



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

*1998/1*

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

© Copyright by:

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence

Commissione della concorrenza

CH-3003 Bern

CH-3003 Berne

CH-3003 Berna

(Herausgeber)

(Editeur)

(Editore)

Vertrieb:

Vente:

Vendita:

Eidgenössische Drucksachen- und Materialzentrale

Office central fédéral des imprimés et du matériel

Ufficio centrale federale degli stampati e del materiale

CH-3000 Bern

CH-3000 Berne

CH-3000 Berna

Preis Einzelnummer:

Prix au numéro:

Prezzo per esemplare:

Fr. 25.--

Fr. 25.--

Fr. 25.--

Preis Jahresabonnement:

Prix de l'abonnement annuel:

Prezzo dell'abbonamento:

Fr. 80.--

Fr. 80.--

Fr. 80.--

(Form: 701.000.98/1)

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

1998 / 1

*Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden.* Sammlung von Entscheidungen und Verlautbarungen zur Praxis des Wettbewerbsrechts und zur Wettbewerbspolitik.

*Organe de publication des autorités suisses de concurrence.* Recueil des décisions et communications sur le droit et la politique de la concurrence.

*Organo di pubblicazione delle autorità svizzere in materia di concorrenza.* Raccolta di decisioni e comunicazioni relative al diritto e alla politica della concorrenza.

März / mars / marzo 1998

<i>Systematik</i>	<p><b>A</b> <i>Tätigkeitsberichte</i>  A 1 Wettbewerbskommission  A 2 Preisüberwacher</p> <p><b>B</b> <i>Verwaltungsrechtliche Praxis</i>  B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission  B 2 Wettbewerbskommission  B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen  B 4 Bundesgericht  B 5 Bundesrat  B 6 Preisüberwacher</p> <p><b>C</b> <i>Zivilrechtliche Praxis</i>  C 1 Kantonale Gerichte  C 2 Bundesgericht</p> <p><b>D</b> <i>Entwicklungen</i>  D 1 Erlasse, Bekanntmachungen  D 2 Bibliographie</p> <p><b>E</b> <i>Diverses</i></p>
<i>Systématique</i>	<p><b>A</b> <i>Rapports d'activité</i>  A 1 Commission de la concurrence  A 2 Surveillance des prix</p> <p><b>B</b> <i>Pratique administrative</i>  B 1 Secrétariat de la Commission de la concurrence  B 2 Commission de la concurrence  B 3 Commission de recours pour les questions de concurrence  B 4 Tribunal fédéral  B 5 Conseil fédéral  B 6 Surveillant des prix</p> <p><b>C</b> <i>Pratique des tribunaux civils</i>  C 1 Tribunaux cantonaux  C 2 Tribunal fédéral</p> <p><b>D</b> <i>Développements</i>  D 1 Actes législatifs, communications  D 2 Bibliographie</p> <p><b>E</b> <i>Divers</i></p>
<i>Sistematica</i>	<p><b>A</b> <i>Rapporti d'attività</i>  A 1 Commissione della concorrenza  A 2 Sorveglianza dei prezzi</p> <p><b>B</b> <i>Prassi amministrativa</i>  B 1 Segreteria della Commissione della concorrenza  B 2 Commissione della concorrenza  B 3 Commissione di ricorso in materia di concorrenza  B 4 Tribunale federale  B 5 Consiglio federale  B 6 Sorvegliante dei prezzi</p> <p><b>C</b> <i>Prassi dei tribunali civili</i>  C 1 Tribunali cantonali  C 2 Tribunale federale</p> <p><b>D</b> <i>Sviluppi</i>  D 1 Atti legislativi, comunicazioni  D 2 Bibliografia</p> <p><b>E</b> <i>Diversi</i></p>

**Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice****1998 / 1****B Verwaltungsrechtliche Praxis  
Pratique administrative  
Prassi amministrativa****B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission**

Secrétariat de la Commission de la concurrence

Segreteria della Commissione della concorrenza

- |  |           |
|--|-----------|
| <b>1. Vorabklärungen / Enquêtes préalables / Inchieste preliminari</b> | <b>1</b>  |
| 1.1 APERTO-Geschäfte   | 1         |
| 1.2 Elektroanlagen Pikett-Service                                      | 6         |
| 1.3 SBB-Gruppenreiseverkehr  | 10        |
| 1.4 Schweizer Spielmesse St. Gallen                                    | 14        |
| <b>2. Beratungen / Conseils / Consulenze</b>                           | <b>20</b> |
| 2.1 Virtuelle Kalenderfabrik Schweiz (VKFS)                            | 20        |
| <b>3. Stellungnahmen / Préavis / Preavvisi</b>                         | <b>29</b> |
| 3.1 Projet de loi fédérale sur le Tribunal fédéral (pLTF)              | 29        |

**B 2 Wettbewerbskommission**

Commission de la concurrence

Commissione della concorrenza

- |   |            |
|---|------------|
| <b>1. Vorsorgliche Massnahmen / Mesures provisionnelles / Misure cautelari</b>                    | <b>32</b>  |
| 1.1 SWICA (Anordnung vorsorglicher Massnahmen)  | 32         |
| <b>2. Unternehmenszusammenschlüsse / Concentrations d'entreprises / Concentrazioni di imprese</b> | <b>40</b>  |
| 2.1 Le Temps  | 40         |
| 2.2 Roche / Corange   | 62         |
| 2.3 DiAx Mobile AG  | 86         |
| 2.4 Comtop II   | 89         |
| 2.5 Zschokke / Locher   | 91         |
| <b>3. Sanktionen / Sanctions / Sanzioni</b>   | <b>92</b>  |
| 3.1 Druckerei Wetzikon AG / Anzeiger von Uster AG   | 92         |
| 3.2 Merial  | 98         |
| <b>4. Andere Entscheide / Autres décisions / Altre decisioni</b>                                  | <b>108</b> |
| 4.1 Händlerverträge im Automobilgewerbe   | 108        |

<b>5.</b>	<b>Stellungnahmen / Préavis / Preavvisi</b>	<b>109</b>
5.1.	Avant-projet de loi fédérale sur les professions médicales/ LPMéd	109
<b>B 3</b>	<b>Rekurskommission für Wettbewerbsfragen</b> Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza	
1.	Le Temps	114
<b>B 4</b>	<b>Bundesgericht</b> Tribunal fédéral Tribunale federale	
1.	Le Temps	123
<b>C</b>	<b>Zivilrechtliche Praxis</b> <b>Pratique des tribunaux civils</b> <b>Prassi dei tribunali civili</b>	
<b>C 1</b>	<b>Kantonale Gerichte</b> Tribunaux cantonaux Tribunali canonali	
1.	Kiesaufbereitungsanlage (Obergericht des Kt. Luzern)	125
<b>C 2</b>	<b>Bundesgericht</b> Tribunal fédéral Tribunale federale	
1.	Pharmacie Victoria SA	132
<b>D</b>	<b>Entwicklungen</b> <b>Développements</b> <b>Sviluppi</b>	
<b>D 1</b>	<b>Erlasse, Bekanntmachungen</b> Actes législatifs, communications Atti legislativi, comunicazioni	
<b>1.</b>	<b>Erlasse / Actes législatifs / Atti legislativi</b>	<b>147</b>
1.1	KG-Gebührenverordnung	147
1.2	Ordonnance sur les émoluments LCart	150
1.3	Ordinanza sugli emolumenti LCart	152
<b>2.</b>	<b>Bekanntmachungen / Communications / Comunicazioni</b>	<b>154</b>
2.1	Bekanntmachung «Homologation und Sponsoring bei Sportartikeln»	154
2.2	Communication «homologation et sponsoring des articles de sport»	158

2.3	Comunicazione «omologazione e sponsoring degli articoli sportivi»	161
2.4	Kommentar des Sekretariats zur Bekanntmachung Bekanntmachung «Homologation und Sponsoring bei Sportartikeln»	165
<b>D 2</b>	<b>Bibliographie</b>	
	Bibliographie	
	Bibliografia	169
<b>E</b>	<b>Diverses</b>	
	<b>Divers</b>	
	<b>Diversi</b>	
1.	Rôle de la concurrence dans la réglementation des banques	170
	<b>Index (deutsch)</b>	<b>VI-VII</b>
	<b>Index (en français)</b>	<b>VIII-IX</b>

---

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

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

**B 1**     *1er Vorabklärungen*  
 Enquêtes préalables  
 Inchieste preliminari

**B 1.1**    *APERTO-Geschäfte*

*Unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens; Art. 7 KG.*

*Pratiques illicites d'une entreprise ayant une position dominante; art. 7 LCart.*

*Pratiche illecite di imprese che dominano il mercato; art. 7 LCart.*

*Schlussbericht vom 3. November 1997 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Vergabe APERTO-Geschäfte*

**A. Sachverhalt und Verfahren**

1. Dem Sekretariat der Wettbewerbskommission («Sekretariat») wurde zur Kenntnis gebracht, dass die Schweizerischen Bundesbahnen («SBB») gemischte Typen (Food und Presseerzeugnisse) der Aperto-Geschäfte angeblich ausschliesslich an die Kiosk AG zum Betrieb vergeben würden. Dabei nutze die Kiosk AG ihre starke Stellung auf dem Markt für Presseerzeugnisse aus, um sich mit überhöhten Mietzinsangeboten den ausschliesslichen Betrieb von gemischten Apertos zu sichern. Die Eingabe stammt von einem Unternehmen («Unternehmen x»), das anonym bleiben möchte.

2. Die SBB stellen Franchisenehmern Verkaufsflächen in Bahnhöfen unter dem Namen «Aperto» mit teilweise vorgegebenem Verkaufskonzept zur Verfügung. Beim Aperto-Konzept wird grundsätzlich zwischen drei Betriebstypen unterschieden: Food, Food und Presseerzeugnisse sowie Presseerzeugnisse und Bar.

3. Die SBB wählen die Franchisenehmer für neue Standorte mittels einem Ausschreibeverfahren aus.

4. Im Rahmen der Vorabklärung soll geprüft werden, ob allenfalls Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens vorliegen. Insbesondere stellt sich die Frage, ob Kiosk AG mit ihrem Verhalten andere Unternehmen in der Aufnahme des

Wettbewerbs behindert. Dazu wird u.a. untersucht, ob die gemischten Apertos tatsächlich vollständig und aufgrund überhöhter Mietzinsangebote an die Kiosk AG vergeben worden sind.

5. Das Sekretariat teilte dem Unternehmen x, der Kiosk AG und den SBB am 16. Juli 1997 die Eröffnung einer Vorabklärung gemäss Art. 26 KG mit. Zur Abklärung des Sachverhaltes wurden Fragebogen verschickt.

## *B. Erwägungen*

### *1 Anwendbarkeit der materiellrechtlichen Bestimmungen des KG*

#### *1.1 Unternehmen*

6. Laut Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994 spricht der Geltungsbereich des Gesetzes diejenigen Marktteilnehmer an, die sich als Anbieter oder als Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen selbständig am Wirtschaftsprozess beteiligen. Diese Marktteilnehmer sind Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes (vgl. BBl 1995 I 533). Die Kiosk AG ist als solches Unternehmen zu qualifizieren.

#### *1.2 Vorbehaltene Vorschriften*

7. 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).

8. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

#### *1.3 Marktbeherrschendes Unternehmen (Art. 4 Abs. 2 KG)*

9. 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).

10. Um festzustellen, ob sich Kiosk AG tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

### *1.3.1 Der relevante Markt*

#### a) Sachlich relevanter Markt

11. 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 lit. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU).

12. Die Marktgegenseite von Kiosk AG und des Unternehmens x bietet Verkaufsfläche bzw. -kanäle an. Der Markt kann weiter dahingehend abgegrenzt werden, dass sich die Leistungen im vorliegenden Fall durch spezielle Öffnungszeiten (Abend und Wochenende) auszeichnen. Darunter würden neben den hier im Zentrum stehenden Verkaufsflächen in Bahnhöfen u.a. auch solche bei Tankstellen oder Autobahnraststätten fallen.

13. Eine weitere mögliche Abgrenzung wäre, den Markt für Aperto-Geschäfte als relevant zu bezeichnen. Eine derartige Abgrenzung ist denkbar, weil sich diese Verkaufslokalitäten durch das zentral von den SBB unterstützte und vermarktete Konzept von anderen Geschäften in Bahnhöfen und auch anderen Standorten mit speziellen Öffnungszeiten unterscheiden.

14. Eine noch engere Definition würde den sachlich relevanten Markt auf gemischte Aperto-Geschäfte begrenzen. Hierzu gilt es allerdings zu beachten, dass die Leistungen zwischen den verschiedenen Aperto-Typen zu grossen Teilen substituierbar sind. Deshalb würden sie nach dem Konzept der funktionellen Substituierbarkeit eigentlich dem gleichen relevanten Markt angehören.

15. Auf eine exakte Festlegung der Marktabgrenzung wird vorläufig verzichtet. Um festzustellen, ob allenfalls eine marktbeherrschende Stellung der Kiosk AG und unzulässige Verhaltensweisen vorliegen, werden den folgenden Überlegungen jeweils die verschiedenen Marktabgrenzungen (gem. RZ 12-14) zugrunde gelegt. Falls effektiv Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen vorliegen, wäre der Markt noch genauer abzugrenzen.

#### 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 lit. b VKU).

17. Die Vorabklärung beschränkt sich auf die Schweiz. Im vorliegenden Fall wurde der räumliche Markt bereits teilweise mit dem sachlich relevanten Markt definiert.

### **1.3.2 Marktstellung**

18. Aufgrund der Angaben der SBB werden die momentan 21 Aperto-Geschäfte von insgesamt 7 verschiedenen Betreibern geführt. Neben zwei Betreibern mehrerer solcher Geschäfte (Kiosk AG und Alimentana Sista Holding) sind die anderen ausschliesslich auf einen Standort konzentriert. Die Vielzahl der Betreiber von Aperto-Geschäften lässt den Schluss zu, dass die Kiosk AG im Markt für Aperto-Geschäfte (Abgrenzung gem. RZ 13) keine beherrschende Stellung einnimmt.

19. Bei der weniger engen Marktabgrenzung (gem. RZ 12) lässt sich eine beherrschende Stellung der Kiosk AG noch einfacher ausschliessen. Die verschiedenen vorhandenen Verkaufsflächen in Bahnhöfen oder Autobahnraststätten sind von einer Vielzahl verschiedener Betreiber/Mieter belegt.

20. Unter RZ 14 wurde eine sehr enge Abgrenzung des Marktes auf gemischte Apertos erwähnt. Zur Absicherung der vorstehenden Ergebnisse wird den folgenden Überlegungen diese enge Abgrenzung zugrunde gelegt.

21. Die Kiosk AG erhielt die gemischten Apertos mit einer Ausnahme zugesprochen. Die Tatsache, dass neben der Kiosk AG ein anderer Betreiber eines gemischten Aperto-Geschäftes existiert, entkräftet die Hauptaussage des Unternehmens x erheblich.

22. Bei der Offertstellung für den Betrieb von gemischten Apertos spielt der benachbarte Markt für Vertrieb und Verkauf von Presseerzeugnissen sicher eine wichtige Rolle. Auf diesem Markt hat die Kiosk AG in der Deutschweiz eine äusserst starke Stellung. Dies könnte der Kiosk AG ein unabhängiges Verhalten ermöglichen. Kiosk AG hätte somit u.a. die Möglichkeit, mit gezielter Subventionierung einzelner Standorte andere Betreiber in einer Offertstellung mit überhöhten Mietzinsangeboten zu überbieten. Dieser Frage wird in Kapitel B.II nachzugehen sein, um festzustellen, ob allenfalls eine unzulässige Verhaltensweise vorliegt.

23. Bei dieser sehr engen Abgrenzung könnte die Kiosk aufgrund der Stellung im benachbarten Markt eine marktbeherrschende Stellung einnehmen. Zu berücksichtigen sind jedoch die Vorbehalte gegenüber dieser Marktabgrenzung (vgl. RZ 14).

### **1.3.3 Ergebnis**

24. Bei der Marktabgrenzung gemäss der Praxis der Wettbewerbsbehörden (gem. RZ 12/13) gibt es keine Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung der Kiosk AG.

## 2 *Unzulässige Verhaltensweisen (Art. 7 KG)*

25. Für ein unzulässiges Verhalten nach Art. 7 KG ist eine marktbeherrschende Stellung Voraussetzung. Obwohl für eine solche Stellung bei der üblichen Marktabgrenzung (gem. RZ 12/13) keine Anhaltspunkte bestehen, sollen an dieser Stelle für den Fall der engsten Marktabgrenzung (gem. RZ 14) einige Überlegungen zum Verhalten der Kiosk AG angeführt werden. Es soll dabei hauptsächlich geklärt werden, ob sich die Kiosk AG den Betrieb der gemischten Aperto-Geschäfte aufgrund überhöhter Mietzinsangebote gesichert hat.

26. Die Ausschreibung der Aperto-Geschäfte erfolgt durch die SBB teilweise bevor diese über den Aperto-Betriebstyp im konkreten Fall entschieden haben. Als Folge gehen in der Regel Offerten ein, die bei der Höhe der Umsatzmiete von unterschiedlichen Ausgangslagen ausgehen. Dieser Sachverhalt konnte vom Sekretariat als ein Grund identifiziert werden, weshalb das Unternehmen x in konkreten Fällen den Zuschlag durch die SBB nicht erhielt. Ihre Offerte war auf der Basis eines reinen Lebensmittel Aperto-Geschäftes kalkuliert, währenddem der Zuschlag an Kiosk AG für den Betrieb eines gemischten Apertos erfolgte.

27. Typischerweise ist der als Miete an die SBB bezahlte Anteil des Umsatzes bei Verkaufsstellen von Presseerzeugnissen höher als bei solchen mit Lebensmitteln. Diese Aussage gilt in der Schweiz nicht nur für Aperto-Geschäfte oder von Kiosk AG bzw. Naville betriebene Kioske, sondern auch für von anderen Betreibern geführte Kioske. Darin liegt auch der Grund für die höheren Umsatzmietansätze bei gemischten Apertos.

28. Das nicht von Kiosk AG betriebene gemischte Aperto-Geschäft zahlt eine in Prozenten absolut vergleichbare Umsatzmiete an die SBB wie die Kiosk AG. In diesem Fall ist zusätzlich zu beachten, dass der angesprochene Betreiber die Presseerzeugnisse zu den in der Deutschschweiz üblichen Bedingungen bei Kiosk AG bezieht. Es wäre demnach für andere potentielle Betreiber möglich, Presseerzeugnisse bei Kiosk AG zu beziehen und trotzdem konkurrenzfähige Offerten für neue Aperto-Standorte einzureichen. Die Kiosk AG erklärt sich zu derartigen Lieferungen für Aperto-Geschäfte bereit.

29. Die SBB geben bei der Beschreibung des Ausschreibeverfahrens zu verstehen, dass sie neben den rein wirtschaftlichen Aspekten (Höhe des Umsatzmietansatzes) auch sachliche Kriterien bei der Auswahl des Betreibers berücksichtigen. Konkret werden die folgenden Kriterien genannt: das vorgelegte Ladenkonzept, fachliche Qualifikation und Bonität des Kandidaten sowie die Bereitschaft, das Franchisekonzept Aperto nach den Vorgaben der SBB zu betreiben. Die SBB bevorzugen für gemischte Apertos - bei sonst gleichen Bedingungen - Kandidaten mit ausgewiesenen Erfahrungen im Presseverkauf. Begründet wird dies mit den höheren Kundenfrequenzen, die ein Geschäft erreicht, welches ein breites und vor-

allem auf die aktuellen Bedürfnisse ausgerichtetes Pressesortiment auslöst. Die höheren Kundenfrequenzen wirken sich ebenfalls positiv auf die Umsätze im Lebensmittelbereich und damit gesamthaft positiv auf die von den SBB erzielten Mieteinnahmen aus. Diese Sortimentsgestaltung kann aber nur ein Betreiber erreichen, welcher u.a. über Kenntnisse der aktuellen «Pressehitparade» verfügt.

30. Aufgrund der dem Sekretariat vorliegenden Verträge bzw. Angaben zu den Umsatzmietansätzen für Aperto-Geschäfte sowie Kioske und auch Lebensmittelläden in Bahnhöfen ergeben sich aus der Höhe der durch Kiosk AG angebotenen Mietansätze keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise.

### *C. Schlussfolgerungen*

31. Es wurden keine Anhaltspunkte gefunden, die auf eine marktbeherrschende Stellung der Kiosk AG hindeuten.

32. Es wurden keine Anhaltspunkte für ein kartellrechtlich unzulässiges Verhalten der Kiosk AG gefunden.

33. Die Vorabklärung wird deshalb ohne Eröffnung einer Untersuchung abgeschlossen.

#### **B 1.1      2. Elektro Anlagen Pikett Service**

*Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 4 Abs. 1, Art. 5 KG.*

*Accords illicites; art. 4 al. 1, art. 5 LCart.*

*Accordi illeciti; art. 4 cpv. 1, art. 5 LCart.*

*Schlussbericht vom 17. Dezember 1997 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Elektro Anlagen Pikett Service*

#### **A. Sachverhalt**

34. Für die Gemeinden Baden, Ennetbaden, Neuenhof, Obersiggenthal, Wettingen und Würenlos wird seit Jahren von den ansässigen und benachbarten Elektroinstallationsfirmen ein Notfall-Reparatur-Pikettdienst angeboten.

35. Dieser wird mittels eines Planes organisiert, auf welchem die Adressen der Elektroinstallateure und deren jeweilige Einsatzperiode vermerkt sind. Der Plan wird an sämtliche Elektrizitätsabonnenten der in RZ 1 erwähnten Gemeinden versandt.

36. Daneben wird auf diesem Plan auch ein Richtpreis für diese Dienstleistung vermerkt. Dieser soll dazu dienen, dass der Kunde sich des vergleichsweise hohen Rechnungsbetrags für diese Dienstleistung ausserhalb der Geschäftszeiten bewusst wird, bevor er einen Auftrag vergibt. Der

Richtpreis versteht sich als Höchstpreis. Der Kunde soll davon ausgehen können, dass ihm pro Stunde nicht mehr als dieser Betrag in Rechnung gestellt wird. Der einzelne Installateur kann abgesehen davon jedoch nach eigenem Ermessen Rechnung stellen.

37. Der Pikettdienst beruhte ursprünglich auf einer Auflage im Zusammenhang mit der Konzessionierung als Elektroinstallateur für Hausanlagen. Die Konzession wurde jeweils nur erteilt, wenn sich die Konzessionäre zu Pikettdiensten verpflichteten. Um die Last für kleinere Installateure nicht zu gross werden zu lassen, organisierten sie sich im Notfall-Reparatur-Pikettdienst.

38. Inzwischen ist die Gesetzgebung bezüglich Konzessionierung liberalisiert worden. Der Pikettdienst wird jedoch weiterhin angeboten. Er wird nun auf privater Ebene von einem der Elektroinstallateure organisiert. Die Befragten gaben an, dass der Pikettdienst als reine Dienstleistung am Kunden zu verstehen sei und nicht als rentable Unternehmenstätigkeit. Bei der geringen Anzahl Einsätze und den relativ hohen Kosten für den Bereitschaftsdienst sowie Investitionen in die nötige Kommunikationsinfrastruktur ist der Pikettdienst allenfalls selbsttragend.

39. Die Elektroinstallateure können freiwillig bei diesem Pikettdienst mitmachen. Jeder der Teilnehmer könnte jedoch auch selber einen Pikettdienst anbieten, falls dies in seinem Interesse läge. Bis anhin hat das lediglich ein Elektroinstallations-Unternehmen getan. Für diesen Elektrounternehmer wurde dieser Schritt notwendig, weil er relativ viele Firmenkunden betreut, die einen 24-Stunden-Service erwarten und ohne einen solchen Service den Elektroinstallateur höchstwahrscheinlich wechseln würden. Diese Kunden haben teilweise komplizierte Elektroanlagen und sind darauf angewiesen, dass ein kundiger Elektromonteur diese auch im Notfall innert nützlicher Frist reparieren kann. Da dieser Elektroinstallateur deshalb eine Pikett-Infrastruktur aufgebaut hat, bietet er diese auch Dritten an.

40. In der Regel betreuen auch die organisierten Elektroinstallateure wichtige grössere Kunden selber und stehen für diese, aber teilweise auch für kleinere Kunden, ausserhalb der Geschäftszeiten zur Verfügung. Ein Pikettdienst wird in der Regel aber nicht aufgebaut.

41. Der in Frage stehende Elektropikettdienst bietet somit in erster Linie Privatpersonen und kleineren Firmenkunden einen 24-Stunden-Service, der jederzeit erreichbar ist.

42. Ein Immobilitentreuhänder, Kunde des Elektropikettdienstes, hat sich beim Preisüberwacher beschwert. Dieser hat das Dossier der Wettbewerbsbehörde überwiesen, weil die Prüfung der Zulässigkeit einer Preisabrede (Tarif) der Prüfung auf Preismissbrauch vorgeht.

43. Im Rahmen der Vorabklärung ist zu prüfen, ob sich aus den Vereinbarungen der Elektroinstallateure Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen ergeben.

### ***B. Verfahren***

44. Die Vorabklärung wurde am 17. September 1997 eröffnet.

45. Nebst dem Organisator des Pikettdienstes wurden zwei potentielle Konkurrenzunternehmen sowie der im Sachverhalt erwähnte Elektroinstallateur, der nicht mehr am Pikettdienst beteiligt ist, befragt.

### ***C. Erwägungen***

#### ***1 Anwendbarkeit der materiellrechtlichen Bestimmungen des KG***

##### ***1.1 Unternehmen (Art. 2 KG)***

1. Elektroinstallateure bieten selbstständig Dienstleistungen am Markt an. Sie sind daher Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes (vgl. BBl 1995 I 533).

##### ***1.2 Vorbehaltene Vorschriften (Art. 3 KG)***

46. 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).

47. Reparaturen an Hausinstallationen dürfen nur von dafür konzessionierten Unternehmen durchgeführt werden. Diese Konzession wurde ursprünglich nur unter der Auflage der Teilnahme an einem Elektropikettdienst erteilt. Mittlerweile ist diese Vorschrift gestrichen worden. Vorschriften, die Wettbewerb in den hier zu beurteilenden Märkten nicht zulassen, bestehen daher nicht. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

##### ***1.3 Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG)***

48. 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).

49. In den folgenden Abschnitten soll in erster Linie die Frage abgeklärt werden, ob der beschriebene Sachverhalt eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellt. Dabei ist vor allem zu prüfen, ob der Elektropikettdienst eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.

50. Um einen Elektropikettdienst, wie er im Sachverhalt beschrieben wird, zu organisieren, sind die Elektroinstallateure auf ein Minimum an Abstimmung angewiesen. Zumindest müssen sie sich auf die jeweilige Einsatzzeit einigen. Das Erfordernis des bewussten und gewollten Zusammenwirkens ist daher erfüllt.

51. Die im Elektropikettdienst organisierten Unternehmen und Aussen-seiter betreuen Ihre Kunden und Dritte in Notfällen auch ausserhalb der üblichen Geschäftszeiten, beziehungsweise überlassen diese Tätigkeit nicht ausschliesslich dem Elektropikettdienst. Dabei wenden sie ihre eigenen Tarife an.

52. Die im Sachverhalt beschriebene Kooperation der Elektroinstallateure bringt somit im Prinzip einen zusätzlichen Konkurrenten im Bereich 24-Stunden-Elektro-Pikett-Dienst auf den Markt, der ohne die Kooperation nicht existieren würde.

53. Aus diesem Grund bezweckt oder bewirkt der Elektropikettdienst keine Wettbewerbsbeschränkung. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt mangels Erfüllung dieses Tatbestandselementes daher nicht vor.

#### *D. Schlussfolgerungen*

2. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die obenstehenden Erwägungen,

1. stellt fest, dass

- die Vereinbarungen betreffend die Organisation eines 24-Stunden-Elektropikettdienstes für die Gemeinden Baden, Ennetbaden, Neu-enhof, Obersiggenthal, Wettingen und Würenlos keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellen,
- die materiellrechtlichen Bestimmungen des KG daher nicht zur Anwendung gelangen;

2. teilt den Parteien mit, dass die Vorabklärung gemäss Art. 26 KG abgeschlossen wird;

3. informiert den Preisüberwacher über die Schlussfolgerungen dieser Vorabklärung.

#### **B 1.1 3. SBB-Gruppenreiseverkehr**

*Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen; Artikel 7 KG.*

*Pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante; art. 7 LCart.*

*Pratiche illecite di imprese che dominano il mercato; art. 7 LCart.*

**Schlussbericht vom 4. Februar 1998 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend SBB-Gruppenreiseverkehr**

**A. Sachverhalt**

1. Der schweizerische Nutzfahrzeugverband («ASTAG») ist ein Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB mit Sitz in Bern. Er bezweckt insbesondere, sich für die Lösung aller Probleme im Zusammenhang mit dem motorisierten Nutzfahrzeugverkehr (Werk- und gewerbsmässiger Verkehr, Personen- und Güterverkehr) auf der Basis der Marktwirtschaft einzusetzen (Art. 2 ASTAG-Statuten). Er ist unterteilt in sogenannte Fachgruppen, die die gemeinsamen Interessen der Mitglieder einer bestimmten Sparte wahrzunehmen haben (Art. 23 ASTAG-Statuten). So umfasst die Fachgruppe Car («FG Car») ca. 400 private Carunternehmer, die zusammen 1'800 ReiseCars betreiben (Stand: Dezember 1997).

54. Mit Schreiben vom 21. Juli 1997 hat die Direktion Personenverkehr der SBB alle am «Tarif für Gruppenreisen (T660)» beteiligten - konzessionierten - Transportunternehmungen darüber orientiert, dass die Kommission Personenverkehr eine Wettbewerbsmassnahme für Gruppenreisen genehmigt hätte, wonach die Bahnen und Automobilunternehmungen gegen Vorweisen einer Carofferte einen gegenüber dem Car um bis zu [...] % günstigeren Gruppenpreis offerieren könnten. Die Inkraftsetzung des neuen Tarifs T660, in den die Massnahme integriert werden sollte, war auf den 1. Oktober 1997 geplant, verzögerte sich jedoch in der Folge.

55. Die Massnahme wurde gemäss Aussage der SBB in dieser Form nicht umgesetzt. Auch enthalten weder der dem Sekretariat vorgelegte «Tarif für Gruppenreisen (T660)», gültig ab 1. Januar 1998, noch der Entwurf der Weisungen betreffend Wettbewerbsmassnahmen, die ab Mitte März 1998 angewandt werden sollen, eine solche gegen Carunternehmer gerichtete Unterbietung von Preisen. Den Verkäufern wird indessen in Anwendung von Art. 10 Abs. 2 Transportgesetz (vom 4. Oktober 1985, TG; SR 742.40) Spielraum eingeräumt, um je nach den Umständen des Einzelfalles auf Wettbewerbssituationen reagieren zu können. So sind Ermässigungen von bis zu [...] % vom Normaltarif vorgesehen.

56. Das Marktvolumen in den vergangenen fünf Jahren sei gemäss übereinstimmenden Aussagen konstant geblieben. Die Erträge der SBB waren in dieser Periode rückläufig (Abnahme um ca. 25%). Auch die im ASTAG organisierten Carunternehmer haben Umsatz- und Marktanteilsbussen zu verzeichnen. Die SBB begründet den Rückgang insbesondere mit ihrer im Vergleich zu Carreiseanbietern mangelnden Flexibilität und unterlegenen Dienstleistungen sowie deren aggressiven Preispolitik. Der ASTAG beklagt ebenfalls eine aggressive Preispolitik seitens der SBB sowie die zunehmende Konkurrenz durch Billigflugangebote vor allem in den Bereichen Badeferien und Städtereisen. Als in den letzten Jah-

ren neu aufgetretene Marktteilnehmer werden in erster Linie klein strukturierte Carhalter mit 1 bis 3 Cars sowie Hochgeschwindigkeitszüge (ICE, TGV, Cisalpino) genannt.

57. Die Angaben über die Grösse des Marktvolumens sind dagegen sehr unterschiedlich: sie bewegen sich zwischen ca. CHF 100 Mio. und CHF 1 Mia. Der Erlös der SBB im Bereich der Gruppenreisen belief sich im Jahr 1996 auf CHF [...] Mio. Aufgrund der Angaben des ASTAG lässt sich errechnen, dass der Erlös der organisierten Carunternehmer zusammen ca. CHF [...] Mio. beträgt.

## *B. Verfahren*

2. Mit Schreiben vom 11. November 1997 reichte der ASTAG beim Sekretariat der Wettbewerbskommission («Sekretariat») ein Gesuch um Eröffnung einer Vorabklärung «über Wettbewerbsbeschränkungen durch die Schweizerischen Bundesbahnen im Bereich des Gruppenreiseverkehrs» ein. Der ASTAG rügte insbesondere,

- dass die SBB entgegen dem zwischen ihnen und dem ASTAG am 6. Februar 1991 abgeschlossenen Kooperationsvertrag keinen Kooperationswillen erkennen liessen, da sich deren Verhältnis zu den Carunternehmern nicht geändert hätte;
- dass die der Tarifordnung T660 unterstehenden konzessionierten Transportunternehmungen von den SBB schriftlich angehalten wurden, Offerten von Carreiseunternehmen um bis zu [...] % zu unterbieten und
- dass damit klar sei, dass dieser Tarif nicht nur zu einer einmaligen Dumping-Aktion führt, sondern zu einer allgemeinen Preisbasis, welche unternehmerisch überhaupt nicht mehr nachvollziehbar ist.

58. Das Sekretariat eröffnete am 17. November 1997 eine Vorabklärung im Sinne von Art. 26 KG, um zu prüfen, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 KG vorliegen. Im Rahmen der Sachverhaltsermittlungen wurden sowohl die SBB als auch der ASTAG befragt.

## *C. Erwägungen*

### *1 Anwendbarkeit der materiellrechtlichen Bestimmungen des KG*

#### *1.1 Unternehmen (Art. 2 KG)*

3. Das Kartellgesetz (KG) ist auf diejenigen Marktteilnehmer anwendbar, die sich - sei es als Anbieter oder als Nachfrager - selbständig als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen. Diese Marktteilnehmer gelten als Unternehmen im Sinne des KG (vgl.

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994 [BBl 1995 I 468 ff., 533]). Im vorliegenden Fall sind sowohl der ASTAG als auch die SBB als Unternehmen im Sinne des KG zu qualifizieren.

## **1.2 Vorbehaltene Vorschriften (Art. 3 KG)**

59. 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).

60. Der Berechnung der Tarife für Gruppenreisen durch die SBB liegt der jeweils im Eisenbahnnamtsblatt publizierte «Tarif für Gruppenreisen», basierend auf Art. 9 TG (Tarifbildung) zugrunde. Art. 10 Abs. 2 TG gewährt Spielräume für die Tarifbildung in Wettbewerbssituationen. In diesen Bereichen ist das KG somit vollumfänglich anwendbar.

## **1.3 Marktbeherrschendes Unternehmen (Art. 4 Abs. 2 KG)**

4. 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). Um festzustellen, ob sich die SBB tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten können, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

### **1.3.1 Der relevante Markt**

5. Der relevante Markt hat eine sachliche und eine räumliche Dimension. Sie ergeben zusammen den relevanten Markt.

a) Sachlich relevanter Markt

6. 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 lit. a VKU).

7. Die befragten Anbieter definieren Gruppenreisen in der Regel über die Anzahl Teilnehmer. Der Zweck der Reise und die Destination spielen dagegen eine untergeordnete Rolle.

8. Sowohl der ASTAG als auch die SBB gewähren Gruppentarife ab 10 Personen. Auf individuelle Wünsche der einzelnen Teilnehmer wird dabei im Gegensatz zu Individualreisen kaum eingegangen.

9. Einer Gruppe bieten sich für Reisen sowohl im Inland als auch ins europäischen Ausland folgende Transportmöglichkeiten an: im Flugzeug, per Bahn, mit dem Car oder mit dem PKW. Diese Verkehrsträger sind im Bereich Gruppenreisen durchaus als substituierbar anzusehen, auch wenn

jeder seine spezifischen Vor- und Nachteile je nach Reisedauer und Destination hat. Den Ausschlag geben gruppenspezifische, nicht zu verallgemeinernde Präferenzen.

10. Als Arbeitshypothese ist von einem sachlich relevanten Markt für Gruppenreisen im Inland und ins europäische Ausland auszugehen. Auch bei einer engeren, vermehrt auf die einzelnen Altersgruppen mit ihren besonderen Bedürfnissen abstützenden Abgrenzung würden in jedem Fall genügend Substitutionsmöglichkeiten verbleiben, so dass die kartellrechtliche Würdigung zu keinem anderen Resultat führen würde.

b) Räumlich relevanter Markt

11. 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 lit. b VKU).

12. Die Nachfrage nach Gruppenreisen erfolgt in der Regel sowohl bei den Mitgliedern des ASTAG als auch bei den SBB in der Schweiz. Entsprechend werden sie dort auch angeboten, so dass die Schweiz als räumlich relevanter Markt anzunehmen ist. Dies gilt auch dann, wenn die Destination im Ausland liegt.

### ***1.3.2 Marktstellung***

13. Um zu beurteilen, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, ist neben aktueller und potentieller Konkurrenz auch die Stellung der Marktgegenseite zu untersuchen.

14. Auf dem Markt für Gruppenreisen ist aktuelle Konkurrenz vorhanden. So stehen reisewilligen Gruppen nicht nur verschiedene Verkehrsträger zur Verfügung, sondern innerhalb der Verkehrsträger auch mehrere Anbieter. Im Bereich Carreisen bieten neben den im ASTAG organisierten Unternehmen auch Dritte, die zum Teil erst kürzlich auf den Markt getreten sind, entsprechende Produkte an. Im Bahnbereich ist insbesondere für Städtereisen das Angebot in letzter Zeit um Verbindungen mit Hochgeschwindigkeits- oder anderen Spezialzügen (z.B. ICE, TGV, Cisalpino bzw. Pablo Casals, City Night Line) erweitert worden. Ebenfalls für Städtereisen sowie für Badeferien werden zudem vermehrt Billigflüge (nicht nur Charter) zu sehr konkurrenzfähigen Preisen angeboten.

15. Die Heterogenität des Marktes erklärt, weshalb die Schätzungen betreffend das Marktvolumen derart unterschiedlich sind. Immerhin scheint festzustehen, dass die SBB und die im ASTAG organisierten Carunternehmer insgesamt über vergleichbare Marktanteile verfügen. Dabei ist den Aussagen beider Seiten zu entnehmen, dass sie sich zumindest bei der Preisgestaltung aneinander orientieren. Unabhängiges Verhalten und damit eine marktbeherrschende Stellung der SBB auf dem Markt für Gruppenreisen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG liegt demnach nicht vor. Die

Prüfung hinsichtlich der potentiellen Konkurrenz sowie der Stellung der Marktgegenseite erübrigt sich somit.

#### **1.4 Ergebnis**

16. Die SBB können sich im Bereich der Gruppenreisen nicht unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten, sondern sehen sich vielmehr dazu gezwungen, sich an der Konkurrenz zu orientieren. Sie sind demnach nicht marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG.

17. Infolgedessen erübrigt sich die Prüfung der Frage, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG vorliegen, welche die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG rechtfertigen würden.

#### **D. Schlussfolgerungen**

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

- stellt fest, dass die SBB auf dem schweizerischen Markt für Gruppenreisen nicht marktbeherrschend ist und dass keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen;
- beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
- teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.

#### **B 1.1 4. Schweizer Spielmesse St. Gallen**

*Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen  
Art. 7 KG.*

*Pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante;  
art. 7 LCart.*

*Pratiche illecite di imprese che dominano il mercato; art. 7 LCart.*

*Schlussbericht vom 4. Februar 1998 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Schweizer Spielmesse St. Gallen*

#### **A. Sachverhalt**

1. Mit Schreiben vom 17. September 1997 beklagte sich die Genossenschaft Fata Morgana, Bern («Fata Morgana») beim Sekretariat der Wettbewerbskommission («Sekretariat») über die Nichtzulassung zur Schweizer Spielmesse in St. Gallen («Spielmesse»).

61. Fata Morgana wurde 1982 als Vereinigung von Musikern gegründet. Die Genossenschaft hat sich neben Schallplatteneditionen auf die Herstellung und den Vertrieb von Spielen spezialisiert. Dabei werden bei diesem heutigen Hauptgeschäftszweck Eigenproduktionen wie auch Spiele von

anderen Herstellern verkauft. Die Genossenschaft verfügt über zwei Verkaufsgeschäfte in Bern bzw. Solothurn.

62. Die Spielmesse wird durch die Genossenschaft Olma Messen St. Gallen und Privatpersonen gemeinsam organisiert und durchgeführt. Die Spielmesse mit den Themenbereichen Spiele, Spielwaren, Modellbau und Hobby ist die grösste reine Spielwarenmesse in der Schweiz und hat zwischen dem 9. und 14. September 1997 stattgefunden.

63. Der Nichtteilnahme an der Spielmesse und der Beschwerde beim Sekretariat gingen längere Verhandlungen und Briefwechsel zwischen Fata Morgana und der Spielmesse voraus. Die Leitung der Spielmesse hatte Befürchtungen, dass sich Rechtsstreitigkeiten von Fata Morgana mit einem deutschen Lieferanten negativ auf das Klima an der Messe auswirken würden. Zu diesen Rechtsstreitigkeiten von Fata Morgana kam es, weil der deutsche Lieferant seinen Generalvertreter in der Schweiz gewechselt hat und Fata Morgana seither auf grösseren Mengen dieser Produkte sitzen blieb.

64. Die obengenannten Rechtsstreitigkeiten, in die Fata Morgana verwickelt ist, sind aus kartellrechtlicher Sicht nicht relevant und werden in dieser Vorabklärung nicht weiter behandelt.

65. Die für die vorliegende Vorabklärung relevanten Meinungsdivergenzen bestanden im wesentlichen darin, dass die Spielmesse von Fata Morgana verlangte, nur Eigenproduktionen zu präsentieren. Fata Morgana hatte aber die Absicht auch importierte Spiele zu präsentieren.

### ***B. Verfahren***

66. Das Sekretariat teilte Fata Morgana und den Organisatoren der Spielmesse am 21. Oktober 1997 die Eröffnung einer Vorabklärung gemäss Art. 26 Kartellgesetz (KG) mit. Im Rahmen der Vorabklärung soll geprüft werden, ob allenfalls Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens vorliegen. Die Fragen, ob die Spielmesse ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG darstellt und ob Fata Morgana aufgrund unzulässiger Verhaltensweisen der Spielmesse nicht an der Messe teilnehmen konnte, stehen dabei im Vordergrund.

67. Zur Abklärung des Sachverhaltes wurden Fragebogen an beide Parteien verschickt.

## *C. Erwägungen*

### **1 *Anwendbarkeit der materiellrechtlichen Bestimmungen des KG***

#### **1.1 *Unternehmen (Art. 2 KG)***

68. Laut Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft) vom 23. November 1994 spricht der Geltungsbereich des Gesetzes diejenigen Marktteilnehmer an, die sich als Anbieter oder als Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen selbstständig am Wirtschaftsprozess beteiligen. Diese Marktteilnehmer sind Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes (vgl. BBl 1995 I 533). Die Spielemesse ist als solches Unternehmen zu qualifizieren.

#### **1.2 *Vorbehaltene Vorschriften (Art. 3 KG)***

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

#### **1.3 *Marktbeherrschendes Unternehmen (Art. 4 Abs. 2 KG)***

3. 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).

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

##### **1.3.1 *Der relevante Markt***

a) Sachlich relevanter Markt

5. 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 lit. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU).

6. Die Marktgegenseite der Spielemesse sind Hersteller und Händler von Spielen und Spielwaren. Diese fragen die Leistungen der Messe - Ausstellungsfläche - nach, um ihre Produkte dem Messepublikum zu präsentieren.

7. Die Nachfrager nach Ausstellungsfläche wollen mit der Präsentation ihres Unternehmens und der Produkte in erster Linie eine Werbewirkung erzielen. Erst in zweiter Linie dient die Präsenz bei einer Messe dem Verkauf von Produkten.

8. Die Spielmesse kann aufgrund der klaren Spezialisierung auf Spiele, Spielwaren, Modellbau und Hobby als Fachmesse bezeichnet werden.
  9. Die mittels eines Standes an einer Fachmesse erzielte Werbewirkung kann prinzipiell auch mit anderen Mitteln erreicht werden. So hat ein Hersteller oder Händler immer die Möglichkeit, mit den üblichen Werbemaßnahmen (z.B. Prospekte, Inserate, usw.) auf seine Produkte hinzuweisen. Ebenso bieten die grossen Messen wie die MUBA in Basel oder die BEA in Bern Ausstellungsfläche für Produkte aus den unterschiedlichsten Branchen an. Der Aufwand zur Erreichung derselben Wirkung ist jedoch bei einer Fachmesse im Unterschied zu den üblichen Werbemaßnahmen und auch den grossen Messen ungleich kleiner, weil automatisch das spezifisch interessierte Publikum anwesend ist und die Werbebotschaft nicht breit an interessierte und nichtinteressierte Personen gestreut werden muss.
  10. Unter Berücksichtigung des Verwendungszwecks (Werbewirkung) und den Eigenschaften (spezifisch interessiertes Publikum) drängt sich eine relativ enge Abgrenzung des Marktes auf Ausstellungsfläche bei Fachmessen und im konkreten Fall bei der Spielmesse auf. Alle anderen Werbemaßnahmen haben den Nachteil, dass die Informationen nicht gezielt an interessierte Personen gelangen, einen geringeren Wirkungsgrad erzielen und damit nur bedingt Substitute darstellen.
  11. Der sachliche Markt umfasst im vorliegenden Fall Ausstellungsfläche bei Fachmessen für Spiele und Spielwaren.
  12. Fachmessen zeichnen sich dadurch aus, dass sie zeitlich begrenzt in der Regel einmal im Jahr stattfinden. Dadurch könnte sich auch eine zeitliche Abgrenzung des Marktes aufdrängen. Fachmessen im gleichen sachlichen (und räumlichen) Markt finden meistens nicht gleichzeitig statt. So könnte jede Fachmesse als einzelner relevanter Markt definiert werden.
  13. Eine derartige Marktabgrenzung ist jedoch nicht zulässig, weil aus der Sicht der Marktgegenseite, das Bedürfnis, potentielle Käufer über die eigenen Leistungen zu informieren, mehr oder weniger symmetrisch über den Verlauf eines Jahres verteilt ist. Ausstellungsfläche an einer Messe im September ist somit substituierbar mit derjenigen an einer Messe im März.
  14. Eine zeitliche Abgrenzung des Marktes ist deshalb nicht erforderlich.
- b) Räumlich relevanter Markt
69. 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 lit. b VKU).
  70. Spiele und Spielwaren sind in der Regel nicht auf nationale Märkte ausgerichtet. Stattdessen kann die Sprache, in der Spielanleitungen oder Bezeichnungen auf Spielkarten geschrieben sind, zur räumlichen Abgrenzung dienen.

71. Im vorliegenden Fall wären Ausstellungsflächen bei Fachmessen für Spiele und Spielwaren in Deutschland oder Österreich ein Substitut zur Spielmesse in St. Gallen. Und der Markt könnte auf die deutschsprachigen Teile Europas begrenzt werden.

72. Eine engere Abgrenzung ergibt sich, wenn man die Besucher der Messe ebenfalls in Betracht zieht. Privatpersonen oder Familien besuchen eine derartige Messe nur, wenn sie in ihrer näheren Umgebung stattfindet. Auch institutionelle Käufer z.B. Ludotheken, Grossisten, Spieläden werden sich mehrheitlich im Inland über Lieferanten und deren Neuigkeiten informieren.

73. Unter Berücksichtigung des Verhaltens der potentiellen Besucher einer Messe könnte der Markt auf die deutschsprachige Schweiz begrenzt werden.

74. Für die Zwecke des vorliegenden Falls kann auf die exakte räumliche Marktabgrenzung verzichtet werden, weil bei der engsten wie bei allen weiteren Marktabgrenzungen keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens vorliegen (vgl. RZ 35 ff.).

### ***1.3.2 Marktstellung***

75. Bei einer räumlichen Abgrenzung des Marktes auf die deutschsprachigen Teile Europas, kann der Spielmesse keine beherrschende Stellung zugeordnet werden. Sowohl in Deutschland wie auch in Österreich gibt es vergleichbare Messen wie in St. Gallen.

76. Bei einer engeren Abgrenzung auf die deutschsprachige Schweiz nimmt die Spielmesse eine sehr starke Stellung ein, weil im relevanten Markt keine vergleichbaren Messen existieren.

77. Der potentielle Wettbewerb zur Spielmesse wird durch die Tatsachen eingeschränkt, dass die Organisation einer Messe sehr aufwendig ist und die zur Verfügung stehenden Ausstellungshallen in der Schweiz recht gut belegt sind. So waren denn auch in den letzten Jahren keine entsprechenden Markteintritte zu beobachten.

### ***1.3.3 Ergebnis***

78. Aus obenstehenden Gründen könnte bei einer engen räumlichen Abgrenzung des Marktes auf die deutschsprachige Schweiz durchaus von einer beherrschenden Stellung der Spielmesse (gem. Art. 4 Abs. 2 KG) ausgegangen werden.

79. Bei allen weiteren Abgrenzungen könnte die Spielmesse nicht als marktbeherrschend betrachtet werden.

80. Für die nachfolgenden Erwägungen wird von einer marktbeherrschenden Stellung der Spielmesse ausgegangen.

## 2 *Unzulässige Verhaltensweisen (Art. 7 KG)*

15. Die Spielmesse gab in ihrer Stellungnahme an, dass sie prinzipiell die Generalvertretungen von Spieleherstellern für die Messe berücksichtigt. Dieses Verhalten ist kartellrechtlich auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen zulässig, weil keine Diskriminierung vorliegt. Die Spielmesse hat ein Interesse daran, ein möglichst breites Angebot zu präsentieren. Dem Veranstalter ist das Recht zuzugestehen, den knappen zur Verfügung stehenden Raum möglichst effizient zu nutzen.

16. Ein Ausschluss eines Interessenten von der Spielmesse könnte eine unzulässige Verhaltensweise der hier annahmeweisen marktbeherrschenden Spielmesse darstellen.

17. Aus den dem Sekretariat vorliegenden Briefwechseln geht klar hervor, dass die Spielmesse Fata Morgana wiederholt das Angebot gemacht hat, die eigenen Spiele an der Messe auszustellen. Fata Morgana war jedoch nicht bereit, auf dieses Angebot einzugehen.

18. Dadurch ist die Nichtteilnahme von Fata Morgana an der Spielmesse als Verzicht und nicht als Ausschluss zu bewerten.

19. Zusammenfassend ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die Spielmesse unzulässig im Sinn von Art. 7 KG verhalten hat.

### *D. Schlussfolgerungen*

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

- stellt fest, dass keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG durch die Spielmesse vorliegen.
- beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen.
- teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.

B 1 **2. *Beratungen***  
Conseils  
Consulenze

B 1.2 **1. *Virtuelle Kalenderfabrik Schweiz (VKFS)***

*Unzulässige Wettbewerbsabrede, Art. 5 KG; Unternehmenszusammenschluss, Art. 4 Abs. 3 KG.*

*Accord illicite, art. 5 LCart; concentration d'entreprises, art. 4 al. 3 LCart.*

*Accordo illecite, art. 5 LCart; concentrazione di imprese, art. 4 cpv. 3 LCart.*

***Bericht vom 6. Februar 1998 in Sachen Beratung gemäss Art. 23 Abs. 2 KG betreffend Virtuelle Kalenderfabrik Schweiz (VKFS)***

***A. Sachverhalt***

1. Die Unternehmen

- AZ Grafische Betriebe AG, Aarau, eine Tochtergesellschaft der AZ Mediengruppe,
- Biella-Neher AG, Biel,
- Calendaria AG, Immensee und
- Unionsdruckerei Luzern AG, Luzern, (Kalenderfabrik Luzern AG)

sind in der Druckbranche tätig und beschäftigen sich unter anderem mit der Produktion und dem Vertrieb von Kalendern, Planern, Agenden und dergleichen.

2. Mit dem Ziel, das Exportgeschäft zu intensivieren und international wettbewerbsfähige Produkte anbieten zu können, wollen diese Unternehmen miteinander kooperieren, ohne aber ihre rechtliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit zu verlieren.

Sie beabsichtigen deshalb folgendes:

3. Die einzelnen Unternehmen spezialisieren sich auf ihre Kernkompetenzen und schränken ihre Produktionstiefe und -breite ein.

4. Zudem gründen die beteiligten Unternehmen eine gemeinsame Vertriebsorganisation, in die die bisher voneinander unabhängigen Marketing- und Verkaufsorganisationen der Beteiligten einfließen. Die Vertriebsorganisation soll Verkauf und Vertrieb der Produkte wahrnehmen.

5. Dieses Vorhaben wirft zwei kartellgesetzlich relevante Fragen auf:

- Handelt es sich bei der Gründung der Vertriebsgesellschaft um einen Zusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes und, wenn ja, untersteht er der Meldepflicht?
- Sind die produktionsseitigen und - falls die gemeinsame Vertriebsorganisation kein Unternehmenszusammenschluss darstellt - die absatzseitigen Kooperationen unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG?

***B. Verfahren***

6. Am 7. Oktober 1997 fand ein Gespräch zwischen zwei Vertretern der Calendaria (federführendes Unternehmen für das Projekt) und zwei Mitarbeitern des Sekretariats statt. Die beiden Vertreter der Calendaria stellten das Vorhaben vor und wünschten eine Beratung durch das Sekretariat.

7. Wegen der Vertraulichkeit des Projektes konnte das Sekretariat die für die Beratung notwendigen Informationen einzig bei der Calendaria einholen. Diese hat ihren Unterlagen unter anderem eine Marktfor- schungsstudie über Kalender und Agenden beigelegt. Die nachfolgenden Erwägungen stützen sich auf diese Informationsquellen.

### *C. Erwägungen*

#### **1 *Anwendbarkeit der materiellrechtlichen Bestimmungen des KG***

##### **1.1 *Unternehmen (Art. 2 KG)***

8. Laut Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft) vom 23. November 1994 spricht der Geltungsbereich des Gesetzes diejenigen Marktteilnehmer an, die sich als Anbieter oder als Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen selbständig am Wirtschaftsprozess beteiligen. Diese Marktteilnehmer sind Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes (vgl. BBl 1995 I 533). Die beteiligten Unternehmen (vgl. RZ 1) sind als solche zu qualifizieren.

##### **1.2 *Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3)***

9. Als Unternehmenszusammenschluss gilt:

a) die Fusion von zwei oder mehr voneinander unabhängigen Unternehmen;

b) jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.

b1) Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 lit. b des Gesetzes dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU).

b2) Gründen zwei oder mehr Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen die Funktionen nach Absatz 1 erfüllt und in es Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (Art. 2 Abs. 2 VKU).

10. Die Vertriebsgesellschaft bezweckt Outsourcing und Zusammenlegung von bisher unabhängigen Marketing- und Verkaufsorganisationen. Die strategischen Entscheidungen der Vertriebsorganisation werden ge-

mäss Kooperationsvertrag (im folgenden Vertrag) mit Mehrheitsentscheiden bzw. Zweidrittelsmehrheiten für Statutenänderungen gefällt.

11. Im Vertrag existieren keine Abmachungen, insbesondere keine Veto-rechte einzelner Unternehmen, die darauf schliessen lassen, dass zwei oder mehr beteiligte Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über die Vertriebsgesellschaft erlangen. Es kann somit zu wechselnden Allianzen kommen, was sowohl eine gemeinsame Kontrolle als auch die Kontrolle eines einzelnen über das Gemeinschaftsunternehmen ausschliesst.

12. Zudem wird das Joint-Venture auch nicht auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen; so wird es beispielsweise im Einkauf nicht unabhängig sein, sondern kann gemäss Vertrag nur diejenigen Produkte vermarkten, die die beteiligten Unternehmen herstellen.

13. Des weiteren sieht der Vertrag eine Kündigungs- und Austrittsmöglichkeit vor.

14. Das Vorhaben ist daher kein Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 VKU.

15. Die Vertriebsorganisation ist auch keine Fusion im Sinne des Kartellgesetzes, da die eingebrachten Geschäftstätigkeiten (Marketing und Verkauf) keine selbständigen Unternehmensteile sind (vgl. RZ 9a).

16. Die Schaffung einer gemeinsamen Vertriebsorganisation im Rahmen des Vorhabens virtuelle Kalenderfabrik Schweiz ist kein Unternehmens-zusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes.

17. Die Vertriebsorganisation ist daher wie die produktionsseitige Kooperation unter dem Aspekt der Wettbewerbsabrede zu beurteilen.

### **1.3 Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG)**

18. 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).

19. Die Beteiligten verpflichten sich, die Geschäftstätigkeit auf ihre jeweilige Kernkompetenz einzuschränken und die anderen Geschäftstätigkeiten einzustellen. Die produktionsseitige Zusammenarbeit bewirkt daher eine Wettbewerbsbeschränkung und ist somit als Wettbewerbsabrede zu qualifizieren.

20. Der Aufbau der gemeinsamen Vertriebsorganisation ist eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 KG. Mit der Absicht, die Instrumente des Marketing-Mix, namentlich die Preisgestaltung und den Vertrieb gemeinsam auszuarbeiten, liegen die Tatbestandsmerkmale der Wettbe-

werbsabrede - ein bewusstes und gewolltes Vorgehen sowie das Bewirken oder Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung - vor.

## **2 Beurteilung nach Artikel 5 KG der Abrede über produktionsseitige Kooperationen**

21. Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden unzulässig, 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.

22. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen und über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 KG).

23. Die produktionsseitige Abrede bezweckt eine Einschränkung bzw. Einstellung der Produktion von gewissen Erzeugnissen der beteiligten Unternehmen (vgl. RZ 3). Sie beseitigt daher vermutungsweise den wirksamen Wettbewerb.

24. Um festzustellen, ob die Abrede den wirksamen Wettbewerb tatsächlich beseitigt, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

### **2.1 Der relevante Markt**

25. Der Markt hat eine sachliche und eine räumliche Dimension; diese beiden Dimensionen bestimmen zusammen den relevanten Markt.

#### **a) Sachlich relevanter Markt**

26. 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 lit. VKU).

27. Die Marktgegenseite ist einerseits der Handel, der die Waren in Abhängigkeit der spezifischen Bedürfnisse der Produktverwender nachfragt, andererseits Grosskunden (Industriekunden), die die Waren teilweise nach ihren Vorgaben in grossen Mengen nachfragen. Bei den fraglichen Waren handelt es sich um ge- oder bedruckte Kalender und Agenden. Da sich der Verwendungszweck des Wandkalenders von demjenigen einer Taschenagenda unterscheidet, können diese Erzeugnisse nicht als Substitute betrachtet werden. Grundsätzlich ist somit von verschiedenen sachlich relevanten Märkten auszugehen.

28. Da die Marktgegenseite (Handel und Grosskunden) häufig sämtliche Kalenderarten nachfragt und sich auf dieser Marktstufe keine typischen Nachfrage- und Bedürfnisgruppen bilden lassen, dürften sich die Wettbe-

werbswirkungen in allen sachlich relevanten Märkten nicht wesentlich unterscheiden. Im folgenden werden deshalb alle sachlich relevanten Märkte (Taschenagenden, Wandkalender, Jahresplaner) unter dem Oberbegriff Kalendererzeugnisse zusammengefasst. Eine solche Zusammenfassung rechtfertigt sich auch angesichts ähnlich grosser Marktanteile, die die beteiligten Unternehmen in den sachlich relevanten Märkten erzielen.

29. Die beteiligten Unternehmen erzielten 1996 in der Schweiz etwa folgende Marktanteile:

	AZ Grafische Betriebe	Biella-Neher	Calendaria	Unionsdruckerei
Taschenagenden	-	0 - 5%	10 - 15%	-
Wandkalender	5 - 10%	-	10 - 15%	0 - 5%
Jahresplaner	-	5 - 10%	5 - 10%	-

b) Räumlich relevanter Markt

30. 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 lit. b VKU).

31. Die Marktgegenseite fragt Kalendererzeugnisse sowohl bei Schweizer als auch bei ausländischen Herstellern nach. Auslandsbezüge erfolgen vornehmlich in den der Schweiz benachbarten Ländern. Der räumlich relevante Markt umfasst daher die Schweiz und zumindest das angrenzende Ausland.

**2.2 Widerlegung der Vermutung**

32. Nachfolgende Tabelle zeigt die schweizerische Marktanteilsentwicklung von Kalenderwaren der beteiligten Unternehmen und der ausländischen Konkurrenz.

	1992	1993	1994	1995	1996
AZ Grafische Betriebe	5 - 10%	5 - 10%	5 - 10%	0 - 5%	0 - 5%
Biella-Neher	10 - 15%	10 - 15%	10 - 15%	10 - 15%	10 - 15%
Calendaria	30 - 35%	30 - 35%	30 - 35%	30 - 35%	30 - 35%
Unionsdruck.	0 - 5%	0 - 5%	0 - 5%	0 - 5%	0 - 5%
ausländische Konkurrenz	5 - 10%	5 - 10%	10 - 15%	10 - 15%	15 - 20%
inländische Konkurrenz	35 - 40%	35 - 40%	25 - 30%	25 - 30%	25 - 30%

33. Angesichts der offenen Grenzen, der Konkurrenz durch in- und ausländische Anbieter, der teilweise sinkenden Marktanteile (vgl. Rz 32; die exakten Zahlen sind dem Sekretariat bekannt) und der Tatsache, dass die Marktgegenseite die den sachlich relevanten Markt umfassenden Waren tatsächlich und vermehrt im Ausland nachfragt (vgl. RZ 31 und 32), ist die vermutungsweise Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt.

### **2.3 Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung**

34. Es existieren keine zuverlässigen Daten über die Marktanteile, die die vier beteiligten Unternehmen im relevanten Markt (Schweiz und angrenzende Gebiete, vgl. RZ 31) erzielen. Als Orientierungshilfe werden deshalb die Daten des schweizerischen Absatzmarktes für Kalenderwaren herangezogen. Danach haben die beteiligten Unternehmen einen Marktanteil von ca. 55%. Dieser Wert muss relativiert werden, weil der relevante Markt weiter als das Gebiet Schweiz abgegrenzt wird; denn die Marktgegenseite bezieht die Waren teilweise direkt im Ausland.

35. Es gilt zu prüfen, ob die Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt.

36. Angesichts der Konkurrenzsituation durch in- und ausländische Wettbewerber (vgl. RZ 44) sowie der Tatsache, dass der räumlich relevante Markt weiter als das Gebiet Schweiz abzugrenzen ist, müsste mit einer genaueren Marktuntersuchung überprüft werden, ob die Kooperationsabrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt. Eine solche Analyse ist wegen der Vertraulichkeit des Vorhabens zum gegebenen Zeitpunkt nicht möglich. Aus diesem Grund wird für die nachfolgenden Erwägungen die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung unterstellt.

#### **2.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen (Art. 5 Abs. 2 KG)**

37. Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie unter anderem:

- a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern...; und
- b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

38. Die Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz erfordert also einen Rationalisierungseffekt in Produktion und/oder Vertrieb, die Voraussetzung, dass dieses Ziel nicht mit weniger wettbewerbsbeschränkenden Mitteln erreicht werden kann (Notwendigkeit) und dass die betreffende Abrede den Wettbewerb nicht beseitigt.

##### a) Rationalisierungseffekt

39. Die Infrastruktur der grafischen Industrie bedient sich heutzutage mehrheitlich Geräten und Software aus der Informatikbranche. Die kurzen Innovationszyklen letzterer und der Wettbewerbsdruck zwingen die grafische Industrie ständig zu Anpassungen ihrer Ausrüstung. Diese laufenden Ausrüstungsanschaffungen bedeuten hohe Investitions- bzw. Fixkosten, was wiederum eine hohe Auslastung der Infrastruktur bedingt, damit die Investitionen amortisiert werden können. Die hohe Auslastung bzw. der hohe Fixkostenanteil erfordert indes eine gewisse Grösse.

40. Die schweizerische grafische Industrie ist kleingewerblich strukturiert und deshalb zu entsprechenden Anpassungen gezwungen. Die Abrede ermöglicht es, die notwendigen Grössenvorteile auszuschöpfen und dadurch die Herstellungskosten zu senken.

41. Der beschriebene Rationalisierungsdruck hat sich in jüngster Zeit deutlich verschärft. Da die Marktgegenseite die Waren angeblich vermehrt direkt bei den preisgünstigeren ausländischen Herstellern beschafft, sieht sich die schweizerische grafische Industrie in ihrer Marktposition geschwächt.

42. Die Kooperation führt zu einer solchen Rationalisierung. Die Beteiligten müssen nicht mehr in die gesamte Fertigungsstätte sondern nur noch in ihre jeweilige Kernkompetenz investieren, was geeignet scheint, um dort mit höherer Produktivität arbeiten zu können.

##### b) Weniger wettbewerbsbeschränkendes Mittel

43. Das Ziel der Kooperation ist nicht mit einem weniger wettbewerbsbeschränkenden Mittel als mit der gegenseitigen Verpflichtung der Beteiligten erreichbar.

##### c) Keine Möglichkeit zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

44. Gemäss den Informationen des Sekretariats gibt es aktuellen Ausenwettbewerb. Einerseits von inländischen Unternehmen (Eidenbenz [Zollikofer], Carpentier, TimeSystem und Engadin Press), andererseits von ausländischen (wie Mohn Druck [Bertelsmann] für Wandkalender und Gundlach, Bielefeld, Baier und Schneider, Heilbronn sowie Lediberg SpA, Italien, für Agenden und Planer), welche nach Angaben der Beteiligten problemlos auf den Schweizer Markt auftreten können und dies auch tun.

45. Zudem kann vom Vorhandensein potentieller Konkurrenz durch andere Druckereien (Buchdrucker etc.) ausgegangen werden, denn diese besitzen in aller Regel ebenfalls das Know-how, um Kalender herzustellen.

### **2.5 Schlussfolgerung**

46. Die produktionsseitige Kooperationsabrede erscheint

- notwendig, um die Herstellungskosten zu senken,
- eröffnet den Beteiligten nicht die Möglichkeit, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen und
- bietet daher keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung.

### **3 Beurteilung nach Artikel 5 KG der Abrede über den gemeinsamen Vertrieb**

47. Gemäss Art. 5 KG sind Abreden unzulässig, 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 bspw. über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen. (vgl. RZ 21 ff.).

48. Die Abrede über den gemeinsamen Vertrieb umfasst die gesamten Marketingaktivitäten der Beteiligten. Aus wettbewerblicher Sicht könnte insbesondere das gemeinsame Vorgehen bei der Preisfestsetzung relevant sein. Dieses ist indessen nicht als Vermutungstatbestand zu qualifizieren, weil das Vorhaben VKFS dazu führt, dass die Unternehmen nicht mehr der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen, weil sie die Produktion in zulässiger Weise auf ihre jeweilige Kernkompetenz beschränkt haben (vgl. RZ 39ff.).

#### **3.1 Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung**

49. Für die nachstehenden Erwägungen wird wiederum die erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs unterstellt (vgl. RZ 36).

50. Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

- a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern...; und

- b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 KG).

### **3.2 Rechtfertigung aus Effizienzgründen (Art. 5 Abs. 2 lit. a KG)**

51. Wie oben (RZ 37 ff.) wird geprüft, ob die Abrede zu einem Rationalisierungseffekt im Vertrieb führt, die Voraussetzung gegeben ist, dass dieses Ziel nicht mit weniger wettbewerbsbeschränkenden Mitteln erreicht werden kann (Notwendigkeit) und ob die betreffende Abrede den Wettbewerb nicht beseitigt.

#### a) Rationalisierungseffekt

52. Die Abrede über den gemeinsamen Vertrieb ist ein logischer Bestandteil des Vorhabens, denn durch einen gemeinsamen Auftritt im Vertrieb können die beteiligten Unternehmen ein breiteres Sortiment anbieten und Kosten sparen (Zentralisierung spart Personal und andere, sonst mehrfach geführten Verwaltungsabläufe). Daher ist die Abrede geeignet, die Vertriebskosten zu senken. Zudem scheint sie geeignet, den Export der Produkte zielgerichtet zu fördern, indem mit einer effizienteren Marktbearbeitung neue Marktpotentiale erschlossen und ausgeschöpft werden können.

#### b) Weniger wettbewerbsbeschränkendes Mittel

53. Das geplante Ziel der Kooperation ist nicht mit einem weniger wettbewerbsbeschränkenden Mittel erreichbar.

#### c) Keine Möglichkeit zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

54. Aufgrund der in Ziffer 44 ff. beschriebenen Marktverhältnisse, kann die Abrede über den gemeinsamen Vertrieb den Wettbewerb nicht beseitigen.

### **3.3 Schlussfolgerung**

55. die Abrede über den gemeinsamen Vertrieb erscheint

- notwendig, um die Vertriebskosten zu senken,
- eröffnet den Beteiligten nicht die Möglichkeit, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen und
- bietet daher keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung.

## **D. Schlussfolgerungen**

56. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf die ihm zur Verfügung stehenden Informationen stellt fest:

- Das Vorhaben virtuelle Kalenderfabrik Schweiz umfasst keinen Unternehmenszusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes. Vielmehr

handelt es sich dabei um eine produktionsseitige Kooperationsabrede sowie eine Abrede über den gemeinsamen Vertrieb.

- Die Abreden dürften den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen. Aufgrund der dem Sekretariat vorliegenden Informationen kann indes davon ausgegangen werden, dass sich die Abreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen liessen. Sie wären daher als nicht unzulässig einzustufen.
- Dieses Ergebnis wurde den Beteiligten mit Schreiben vom 15. Dezember 1997 mitgeteilt.

B 1

### 3. *Stellungnahmen*

Préavis

Preavvisi

#### B 1.3 *1er Projet de loi fédérale sur le Tribunal fédéral (pLTF)*

*Entwürfe von rechtssetzenden Erlassen; Art. 46 Abs. 1 KG.*

*Projets d'actes normatifs; art. 46 al. 1 LCart.*

*Disegni di atti normativi; art. 46 cpv. 1 LCart.*

*Prise de position du secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le secrétariat) du 3 février 1998*

#### *1 Introduction*

##### *1.1 Honoraires des avocats*

Ce marché est réglementé de manière différente selon les cantons. Toutefois, le calcul des honoraires se fait généralement sur la base de tarifs conventionnels et étatiques. Or, de telles pratiques ont pour conséquence de réduire la concurrence sur les prix entre avocats. Le secrétariat estime qu'il est indispensable de libéraliser ce marché, en éliminant toutes les dispositions cantonales qui fixent un tarif en matière d'honoraires des avocats, à l'exception toutefois des honoraires liés à la défense d'office et les mandats d'assistance judiciaire.

##### *1.2 Tarifs en matière de frais et dépens*

Le secrétariat est parvenu à la conclusion que les tarifs étatiques, fixant les dépens judiciaires entre un maximum et un minimum, en fonction de la valeur litigieuse de la cause, limitent et restreignent la concurrence entre les avocats; l'expérience a en effet démontré que ces tarifs servaient de référence aux avocats, s'agissant du calcul de leurs honoraires et ce, également pour leurs prestations extrajudiciaires.

## **2 Prises de position de la Commission de la concurrence**

S'agissant des deux domaines mentionnés ci-dessus, la Commission de la concurrence s'est déterminée à deux reprises:

- Lors de la procédure de consultation du projet de loi fédérale sur la libre circulation des avocats (pLLCA), la Commission de la concurrence a proposé au Conseil fédéral d'introduire un nouvel article 19 pLLCA, dont la teneur est la suivante:

**Art. 19 Interdiction des tarifs étatiques en matière d'honoraires**

Les législations cantonales ne doivent contenir aucun tarif fixant les honoraires des avocats, à l'exception des dispositions relatives aux défenses d'office et aux mandats d'assistance judiciaire.

Le but de cette disposition est de permettre à l'avocat de fixer en premier lieu ses honoraires par convention avec son client et à défaut, conformément aux usages (art. 394 CO). Pour ce faire, il peut être tenu compte notamment du travail effectué, de la complexité et de l'importance de l'affaire, de la responsabilité assumée par l'avocat et de la situation de son client.

- A l'occasion du projet de loi fixant le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives du canton du Valais, la Commission de la concurrence a proposé de supprimer les tarifs étatiques les honoraires dus aux avocats et de remplacer les minima et maxima par une disposition générale dont le contenu est le suivant:

«Les honoraires sont fixés d'après la nature et l'importance de la cause, ses difficultés, l'ampleur du travail, le temps utilement consacré par l'avocat, et la situation financière des parties».

## **3 Projet de loi fédérale sur le Tribunal fédéral**

Le secrétariat profite de l'opportunité qui lui est offerte pour se féliciter d'une réforme en profondeur de l'organisation judiciaire, allant dans le sens d'une simplification du système des voies de droit et d'une organisation plus rationnelle de la justice fédérale.

Néanmoins, subsiste le problème de la fixation des dépens. En effet, l'article 65 al. 2 pLTF précise que la partie qui succombe est tenue de rembourser, selon le tarif du tribunal, tous les frais nécessaires causés par le litige.

De surcroît, l'alinéa 5 de la disposition légale précitée précise que le Tribunal fédéral peut fixer lui-même les dépens d'après le tarif fédéral ou cantonal applicable, ou laisser à l'autorité précédente le soin de les fixer.

Or, le Tarif pour les dépens alloués à la partie adverse dans les causes portées devant le Tribunal fédéral (RS 173.119.1) prévoit aux articles 5 et 6 que les honoraires sont fixés entre des minima et des maxima, en fonction de la valeur litigieuse.

Un système de minima et maxima est également prévu par l'art. 2 du Tarif pour les dépens alloués à la partie adverse dans les causes portées devant le Tribunal fédéral des assurances (RS 173.119.2).

Au vu des efforts entrepris par la Commission afin de supprimer les tarifs étatiques cantonaux en la matière, il apparaît dès lors contradictoire de continuer à appliquer de tels tarifs au niveau de la procédure fédérale.

Par conséquent, le secrétariat est d'avis qu'il convient de profiter de la re-fonte totale de l'organisation judiciaire fédérale afin de mettre un terme aux tarifs étatiques en matière de dépens qui restreignent incontestablement la concurrence entre les avocats suisses.

Il convient de citer l'exemple du canton de Genève, qui ne connaît pas de tarifs étatiques en matière de dépens. Ceux-ci sont fixés par le juge, en fonction du travail effectué par l'avocat, de la complexité de l'affaire, de la responsabilité qu'il a assumée, de la situation de son client (art. 40 de la loi genevoise sur la profession d'avocat). Apparemment, cette solution législative ne soulève pas de difficultés particulières et pourrait sans autre être adaptée au niveau fédéral, en modifiant en conséquence les deux tarifs précités.

#### **4 Proposition du secrétariat de la Commission de la concurrence**

Par ces motifs et vu l'art. 46 al. 1er LCart, le secrétariat propose:

de modifier les alinéas 2 et 5 de l'article 65 pLTF, dont la nouvelle teneur pourrait être la suivante:

<sup>2</sup> En règle générale, cette dernière est tenue de rembourser tous les frais nécessaires causés par le litige.

<sup>5</sup> Le tribunal confirme, annule ou modifie, selon le sort de la cause, la décision de l'autorité précédente sur les dépens. Il peut les fixer lui-même ou laisser à l'autorité compétente le soin de les fixer.

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

### **B 2 1er Vorsorgliche Massnahmen** Mesures provisionnelles Misure cautelari

#### **B 2.1 1er SWICA (Anordnung vorsorglicher Massnahmen)**

*Unzulässige Wettbewerbsbeschränkung; vorsorgliche Massnahmen; Art. 17 und 23 KG in Verbindung mit Art. 56 VwVG.*

*Restriction illicite de la concurrence; mesures provisionnelles; art. 17 et 23 LCart en relation avec l'art. 56 PA.*

*Limitazione illecita della concorrenza; misure cautelari; art. 18 et 23 LCart in relazione con l'art. 56 PA*

*Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. Februar 1998 in Sachen SWICA Gesundheitsorganisation gegen Ärztegesellschaft des Kantons Zürich AGZ, betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen*

### **A. Sachverhalt**

1. Mit Schreiben vom 27. November 1997 stellte die SWICA Gesundheitsorganisation (im folgenden SWICA) bei der Wettbewerbskommission ein Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen gegenüber der Ärztegesellschaft des Kantons Zürich AGZ (im folgenden AGZ).
2. Das Gesuch enthält folgende Anträge:
  - «1. Gegen die AGZ sei eine Vorabklärung durchzuführen und eine Untersuchung zu eröffnen;
  2. Der AGZ sei nach deren Anhörung im Sinne einer vorsorglichen Massnahme sofort zu verbieten, ihre Mitglieder aufzufordern oder ihren Mitgliedern zu empfehlen, gegenüber Patienten in schriftlicher (insbesondere in der Form von Merkblättern, Rechnungsbeilagen, Praxisstellern, Anschlägen etc.) oder mündlicher (insbesondere in der Form von Beratungsgesprächen etc.) Form Aussagen zu machen, welche die Patienten veranlassen oder veranlassen sollen, von der SWICA zu einem anderen Versicherer zu wechseln oder sich nicht bei der SWICA zu versichern oder das Produkt NOVA LIGHT zu meiden;
  3. Der AGZ sei nach deren Anhörung im Sinne einer vorsorglichen Massnahme sofort zu verbieten, in der Korrespondenz und in der Werbung Aussagen zu machen, welche die Versicherten veranlassen oder veranlassen sollen, von der SWICA zu einem anderen Versicherer zu wechseln, sich nicht bei der SWICA zu versichern oder das Produkt NOVA LIGHT zu meiden;
  4. Der AGZ sei nach deren Anhörung im Sinne einer vorsorglichen Massnahme sofort zu verbieten, ihre Mitglieder in irgendeiner Form aufzufordern oder ihren Mitgliedern in irgendeiner Form zu empfehlen, gegen die SWICA oder das Produkt NOVA LIGHT rechtliche Schritte einzuleiten;
  5. Die Anträge 2 bis 4 seien unter Androhung der Überweisung der Organe der AGZ an den Strafrichter zur Bestrafung mit Haft oder Busse wegen Ungehorsam i.S. von Art. 292 StGB im Falle der Zuwiderhandlung auszusprechen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der AGZ.»

3. Die SWICA macht geltend, sie erleide durch das Verhalten der AGZ wesentliche Wettbewerbsnachteile. Mit den nachstehend in RZ 5 geschilderten Boykottmassnahmen versuche die AGZ, die Ärzte und Patienten dazu zu bringen, das von der SWICA neu lancierte Versicherungsprodukt NOVA LIGHT bzw. die SWICA zu meiden.
4. NOVA LIGHT ist ein Versicherungsprodukt der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, welches auf einer eingeschränkten Wahl der Leistungserbringer basiert und mit einer 10%-igen Prämien-reduktion verbunden ist. Die gesetzlichen Pflichtleistungen sind abgedeckt. NOVA LIGHT wurde mit Schreiben des Bundesamtes für Sozialversicherung vom 30. September 1997 mit einem Vorbehalt betreffend die Arzneimittelrückvergütung genehmigt. Allgemein-mediziner sowie Vertreter sämtlicher Fachgruppen (z.B. Gynäkologen, Kardiologen etc.) können ihre ärztlichen Dienstleistungen im Rahmen von NOVA LIGHT anbieten. Ein Auswahlkriterium für die Berücksichtigung auf der Ärzteliste von NOVA LIGHT ist, dass ein Arzt zu den 60% der Ärzte einer Fachgruppe gehört, welche die tiefsten Kosten pro Patient verursachen. Die entsprechenden Daten beruhen auf der Statistik des Konkordats der schweizerischen Krankenkassen (KSK-Statistik). Sie erfasst die von den Leistungserbringern verursachten Kosten.
5. Die AGZ traf bezüglich NOVA LIGHT bis jetzt folgende Massnahmen:
  - a. Sie machte ihre Mitglieder auf die Möglichkeit aufmerksam, betreffend die statistischen Daten mittels Serienbrief nach Art. 8 DSG bei der SWICA Auskunft zu verlangen; dieser Aufruf wurde von knapp tausend Ärzten befolgt.
  - b. Anfangs Oktober erschienen in verschiedenen Tageszeitungen Inserate, mit welchen vor angeblichen erheblichen Nachteilen bzw. der Untauglichkeit von NOVA LIGHT gewarnt wurde.
  - c. Im Schreiben vom 23. Oktober 1997 an die SWICA wies die AGZ darauf hin, dass einzelne Ärzte die Einreichung von Schadenersatzklagen ins Auge fassten, und erklärte, dass die Versicherten mittels Inseraten auf den mit diesen Schadenersatzklagen verbundenen Aderlass an Prämiegeldern aufmerksam gemacht werden sollten, damit sie die Kasse wechseln könnten. Zudem teilte die AGZ der SWICA mit, dass sie (SWICA) von der Liste der präferenzierten Versicherungen gestrichen worden sei (Liste der Versicherungen, mit welchen bis jetzt und in Zukunft präferenziert zusammengearbeitet werden soll).
  - d. Im Schreiben vom 10. November 1997 kündigte die AGZ an, Merkblätter zu produzieren, die von den Ärzten in ihren Praxen aufgelegt und den Rechnungen beigelegt werden sollten. Die Ärzte wurden

zudem u.a. aufgefordert, sich mittels vorgedrucktem Formular von der Ärzteliste streichen zu lassen, um diese unbrauchbar zu machen. Für sämtliche Forderungen gegenüber der SWICA sollen die Ärzte, sowohl die auf der Ärzteliste figurierenden wie auch die nicht darauf aufgeführten, der AGZ eine Vollmacht erteilen, damit diese die Forderungen «mit allen notwendigen rechtlichen Mitteln» durchsetzen könne. Diejenigen Ärzte, die von der SWICA bereits Auskunft nach Art. 8 DSG erhalten hätten, sollten weitergehende Auskunft verlangen.

- e. In einem Bericht vom 20. Dezember 1997 in der Neuen Zürcher Zeitung NZZ teilte die AGZ mit, dass «Hunderte von Ärztinnen und Ärzten im Kanton Zürich» sich von NOVA LIGHT distanzieren wollten.
6. In der Begründung des Gesuches um Anordnung vorsorglicher Massnahmen macht die SWICA geltend, die bereits durchgeführten und angeordneten Boykottmassnahmen stellten unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG (unzulässige Behinderung der SWICA anderen Krankenkassen gegenüber) und Art. 5 Abs. 3 lit. a und b (indirekte Preisfestsetzung durch Verhinderung von Preiswettbewerb; Abrede über Bezugsmengen) dar. Zudem stelle das Verhalten der AGZ eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens gemäss Art. 7 KG dar.
7. Am 9. Dezember 1997 wurde der AGZ das Gesuch der SWICA um Anordnung vorsorglicher Massnahmen zur Stellungnahme zugestellt. Mit Schreiben vom 19. Dezember 1997 nahm die AGZ zu dem Gesuch folgendermassen Stellung:
  - a. Es sei fraglich, ob das KG beim vorliegenden Sachverhalt überhaupt zur Anwendung kommen kann.
  - b. Es würden keine Boykottmassnahmen ausgeübt, sondern lediglich die Nachteile eines konkreten Versicherungsmodells mit eingeschränkter Wahlmöglichkeit aus fachärztlicher, d.h. medizinischer und gesundheitspolitischer Sicht zu verdeutlichen versucht. Den Ärzten könne es zudem nicht verwehrt sein, ihre Patienten im Rahmen ihrer ärztlichen Aufklärungspflicht auf die Vor- und Nachteile von NOVA LIGHT aufmerksam zu machen.
  - c. Die KSK-Statistik sei ein untaugliches Mittel zur Aufteilung der Ärzte in wirtschaftlich und unwirtschaftlich arbeitende Ärzte. Ärzte mit schwerkranken und somit teuren Patienten würden ungerechtfertigterweise auf der Ärzteliste nicht berücksichtigt.
  - d. NOVA LIGHT beruhe auf der datenschutzwidrigen Verwendung von Persönlichkeitsdaten der Ärzte. Dadurch würden das wirtschaftliche Fortkommen der nicht auf der Ärzteliste befindlichen Ärzte behindert sowie ihre wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte verletzt.

- e. Die Behauptung der SWICA, NOVA LIGHT führe zu einem verstärkten Preiswettbewerb unter den Ärzten, sei absurd, da der Preiswettbewerb im Bereich der obligatorischen Versicherungen aufgrund der behördlich administrierten Preise und Tarife sowieso nicht spielen könne (Tarifschutz gemäss Art. 44 KVG).
8. In der vorliegenden Angelegenheit wurde am 22. Januar 1998 eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG eröffnet.

### *B. Erwägungen*

9. Mit dem Erlass von vorsorglichen Massnahmen soll die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden. Voraussetzungen dazu sind, dass (a) die Gesuchstellerin eine günstige Erfolgsprognose glaubhaft macht, dass (b) einer Partei und dem wirksamen Wettbewerb auf einem bestimmten Markt ein nicht leicht wieder-gutzumachender Nachteil droht, dass die anzuordnenden Massnahmen (c) dringend und (d) verhältnismässig sind.

#### a. Erfolgsprognose

10. Im Rahmen der Erfolgsprognose wird geprüft, ob die Wahrscheinlichkeit besteht, dass die behauptete Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich vorliegt bzw. sich verwirklichen wird. Es muss wahrscheinlich sein, dass die vorsorglichen Massnahmen durch den später zu fällenden Hauptscheid bestätigt werden. Nachfolgend wird geprüft, ob die Wahrscheinlichkeit gegeben ist, dass eine Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 (RZ 12) sowie Art. 7 KG (RZ 14, 15) vorliegt bzw. droht.

11. Die Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 KG zeigt sich ganz allgemein darin, dass die geltend gemachte Wettbewerbsbeschränkung für das betroffene Unternehmen spürbar ist. Diese Spürbarkeit kann im vorliegenden Fall dann bejaht werden, wenn man berücksichtigt, dass die SWICA gegenüber anderen Krankenkassen durch die Boykottmassnahmen der AGZ einen Wettbewerbsnachteil erleiden oder einen Wettbewerbsvorteil nicht realisieren kann. Dieses Resultat tritt dann ein, wenn sich die Mehrzahl der auf der Ärzteliste berücksichtigten Ärzte von dieser Liste streichen lassen und das Versicherungsprodukt NOVA LIGHT dadurch scheitern würde. Ein solches Scheitern würde der SWICA einen Imageverlust zufügen, welcher einen Marktanteilsverlust infolge Patientenabwanderung oder ein Ausbleiben von Neuaquisitionen nach sich ziehen kann.

12. Die vorläufige Beurteilung ergibt, dass keine Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG vorliegen.

13. Zudem liegt die Wahrscheinlichkeit vor, dass die in der AGZ zusammengeschlossenen Ärzte (rund 85% der zürcherischen Ärzte) eine kollektiv marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG innehaben. Die

Massnahmen der AGZ erscheinen teilweise geeignet, den Tatbestand des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 KG) zu erfüllen und die SWICA durch diese Massnahmen in der Ausübung des Wettbewerbs zu behindern.

14. Das neue KVG will die Vertragsvielfalt zwischen Leistungserbringern und Krankenversicherern fördern. So sieht denn auch Art. 46 KVG vor, dass «einzelne oder mehrere Leistungserbringer oder deren Verbände einerseits sowie einzelne oder mehrere Versicherer oder deren Verbände andererseits» Parteien eines Tarifvertrages sind. Unzulässig sind somit alle Massnahmen, welche Sonderverträge zwischen Krankenversicherern und einzelnen Leistungserbringern verhindern. Sonderverträge können von den alle Leistungserbringer und Versicherer umfassenden Tarifverträgen abweichen. In diesem Sinne ist es Zweck der «preferred provider organisations», den Preiswettbewerb zum Spielen zu bringen. Durch ihr kollektives Verhalten (Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG) verhindert die Ärzteschaft das Entstehen des Preiswettbewerbes.

15. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen gelangt die Wettbewerbskommission zu einer positiven Erfolgsprognose. Die Wahrscheinlichkeit einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 sowie Art. 7 KG ist gegeben.

b. Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil

16. Bei der Frage nach dem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil wird geprüft, ob bei einem Zuwarten dem wirksamen Wettbewerb einerseits und der Gesuchstellerin andererseits ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

17. Boykottaufrufe der AGZ an ihre Mitglieder, sich von der Ärzteliste von NOVA LIGHT streichen zu lassen, können zum Scheitern des Versicherungsproduktes führen. Durch ein solches Scheitern bzw. dem Ausschluss der Möglichkeit, sich mit diesem Produkt zu profilieren, kann die SWICA einen Wettbewerbsnachteil erleiden. Einen weiteren Nachteil kann die SWICA durch den aus einem Scheitern von NOVA LIGHT folgenden Image-schaden erleiden. Den Patienten bzw. potentiellen Patienten wird ein unrechtmässiges Vorgehen der SWICA durch ein «anrühiges» Versicherungsprodukt suggeriert. Dies kann zu einer Patientenabwanderung bzw. einer Verhinderung von Neuaquisitionen führen.

18. Bei der Nachteilsprüfung ist auch zu berücksichtigen, dass sich die gegen NOVA LIGHT gerichteten Boykottmassnahmen unter Umständen nicht auf den Kanton Zürich beschränken werden. Eine gesamtschweizerische konzentrierte Patientenabwanderung würde unter Berücksichtigung der relativ geringen Marktanteile der SWICA (die SWICA verfügt im Kanton Zürich über einen Marktanteil von 11%; gesamtschweizerisch beträgt der Marktanteil knapp 7%) eine Bedrohung ihrer wirtschaftlichen Existenz darstellen.

19. Dem wirksamen Wettbewerb sowie der Gesuchstellerin droht somit ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil. Da diese Bedrohung durch die Boykottmassnahmen der AGZ, insbesondere dem Aufruf an die Mitglieder, sich von der Ärzteliste streichen zu lassen, verursacht wird, besteht zwischen den Massnahmen der AGZ und der Bedrohung ein direkter Kausalzusammenhang.

20. Der Schaden wäre nicht leicht wiedergutzumachen, weil es schwierig sein dürfte bzw. lange Zeit in Anspruch nehmen würde, ein angeschlagenes Image wieder aufzubessern. Ebenfalls schwierig wäre es, abgewanderte Patienten zurückzugewinnen. Praktisch unmöglich wäre es, den der SWICA erwachsenen finanziellen Schaden in einem Schadenersatzprozess zu beziffern.

c. Dringlichkeit

21. Dringlichkeit liegt dann vor, wenn davon ausgegangen werden muss, dass der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil vor Erlass des Hauptentscheides eintreten wird.

22. In dem am 20. Dezember 1997 in der NZZ erschienenen Artikel (RZ 5 lit.e. hat die AGZ ihre Entschlossenheit signalisiert, gegen NOVA LIGHT anzutreten. Die am 22. Januar 1998 eröffnete Untersuchung kann unter Umständen mehrere Monate in Anspruch nehmen. Aufgrund der bereits getroffenen und der Gefahr weiterer Boykottmassnahmen (weitere Aufrufe der AGZ an ihre Mitglieder, sich von der Ärzteliste von NOVA LIGHT streichen zu lassen) kann die zeitliche Dringlichkeit für den Erlass vorsorglicher Massnahmen bejaht werden.

d. Verhältnismässigkeit

23. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist verhältnismässig, wenn die Massnahmen geeignet sind, den wahrscheinlich eintretenden Nachteil abzuwenden, wenn sie erforderlich sind und wenn die Interessen an der Anordnung solcher Massnahmen die entgegenstehenden Interessen überwiegen.

24. Der wahrscheinlich eintretende Nachteil wird durch Boykottmassnahmen der AGZ verursacht. Die Untersagung weiterer Aufrufe der AGZ an ihre Mitglieder, sich von der Ärzteliste von NOVA LIGHT streichen zu lassen, ist geeignet, die drohenden Nachteile für SWICA zu verhindern. Die Verpflichtung der AGZ, ihren Mitgliedern den Inhalt der vorliegenden Verfügung innerhalb von 30 Tagen nach Erlassdatum derselben schriftlich mitzuteilen, scheint zudem geeignet, die bereits eingetretenen Wirkungen des in dem Schreiben vom 10. November 1997 enthaltenen Streichungsaufrufes zu relativieren.

25. Die vorsorgliche Massnahme darf nicht über das Erforderliche hinausgehen. Sie muss den geringstmöglichen Eingriff in die Rechte des Gesuchsgegners darstellen. Die Wettbewerbskommission kommt im vorlie-

genden Fall zum Schluss, dass die von der SWICA beantragten vorsorglichen Massnahmen teilweise über das Erforderliche hinausgehen.

26. Ein Verbot an die AGZ bzw. ihre Mitglieder, sich in mündlicher oder schriftlicher Form über die Qualität von NOVA LIGHT bzw. die Ärzteliste, auf welcher das Produkt basiert, zu äussern, erscheint zur Zeit als nicht erforderlich, da SWICA die Möglichkeit hat, zu den Äusserungen der AGZ bzw. ihrer Mitglieder Stellung zu nehmen und die Ärzteschaft sowie die Patienten von der Qualität ihres Produktes zu überzeugen.

27. Zur Abwendung des drohenden Nachteils bzw. zur Relativierung der bereits eingetretenen Wirkungen genügen die in RZ 24 umschriebenen Massnahmen.

28. Die Interessen an der Anordnung der vorsorglichen Massnahmen müssen die entgegenstehenden Interessen überwiegen. Die eventuellen Einkommens- bzw. Gewinneinbussen derjenigen Ärzte, welche in NOVA LIGHT nicht berücksichtigt werden, ist aufgrund der relativ geringen Marktanteile der SWICA klein. Das Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbes sowie das Interesse der Gesuchstellerin an der Vermeidung gravierender Marktanteilsverluste und an der Verbesserung ihrer Wettbewerbsstellung durch ihr neues Produkt NOVA LIGHT ist als gewichtiger zu bewerten als das Interesse der Ärzteschaft an der Verhinderung der Nichtberücksichtigung eines Teils der Ärzte bei einem neuen Versicherungsprodukt.

29. Die Verhältnismässigkeit des Verbotes an die AGZ, ihre Mitglieder aufzufordern, sich von der Ärzteliste von NOVA LIGHT streichen zu lassen bzw. die AGZ aufzufordern, den Inhalt dieser Verfügung ihren Mitgliedern mitzuteilen, ist somit gegeben.

#### e. Schlussfolgerungen

30. Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen sind die Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen erfüllt. Der AGZ wird verboten, weitere Aufrufe an ihre Mitglieder zu richten, sich von der Ärzteliste des Versicherungsproduktes NOVA LIGHT streichen zu lassen. Zudem wird die AGZ verpflichtet, ihren Mitgliedern den Inhalt der vorliegenden Verfügung innerhalb von 30 Tagen nach Erlassdatum derselben mitzuteilen sowie ihre Mitglieder ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die Kartellrechtswidrigkeit des in dem Schreiben vom 10. November 1997 enthaltenen Aufrufes der AGZ an ihre Mitglieder, sich von der Ärzteliste des Versicherungsproduktes NOVA LIGHT streichen zu lassen, glaubhaft gemacht worden ist.

### *C. Kosten*

31. Über die Kostenregelung wird mit dem Entscheid im Hauptverfahren befunden.

### *D. Dispositiv*

Dem Gesuch der SWICA um Anordnung vorsorglicher Massnahmen wird im Sinne der Erwägungen teilweise entsprochen.

1. Der AGZ wird verboten, ihre Mitglieder aufzufordern, sich von der Ärzteliste des Versicherungsproduktes NOVA LIGHT streichen zu lassen.
2. Die AGZ wird verpflichtet, innerhalb von 30 Tagen nach Erlassdatum der vorliegenden Verfügung den Inhalt derselben ihren Mitgliedern schriftlich mitzuteilen sowie ihre Mitglieder ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die Kartellrechtswidrigkeit des in dem Schreiben vom 10. November 1997 enthaltenen Aufrufes der AGZ an ihre Mitglieder, sich von der Ärzteliste des Versicherungsproduktes NOVA LIGHT streichen zu lassen, glaubhaft gemacht worden ist.
3. [Rechtsmittel].

Diese Verfügung wird eröffnet [...].

## B 2      **2. Unternehmenszusammenschlüsse** Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese

### B 2.2      **1. Le Temps**

*Prüfungsverfahren; Art. 33 KG.*

*Procédure d'examen; art. 33 LCart.*

*Procedura di esame; cpv. LCart.*

*Décision de la Commission de la concurrence du 1er décembre 1997 concernant le projet de concentration «Le Temps» (anciennement «Le Nouveau Journal»)*

#### **1 Le projet et les parties**

##### **1.1 Le projet**

1. Selon un projet notifié à la Commission de la concurrence le 7 août 1997, l'éditeur du «Journal de Genève et Gazette de Lausanne» (ci-après «JdG») et celui du journal «Le Nouveau Quotidien» (ci-après «NQ») ont convenu de créer un nouveau titre de presse («Le Temps») après cessation de la publication des deux titres existants. Le projet prévoit que le nouveau titre sera exploité en commun au sein d'une nouvelle société anonyme (raison sociale : «Le Temps», ci-après TSA) dont chaque partie doit détenir 47 % du capital-actions, le 6 % restant étant attribué à une société des rédacteurs du nouveau titre.

## **1.2 Les parties**

### **1.2.1 La société éditrice du NQ**

2. Le Nouveau Quotidien ERL SA (ci-après «SANQ») est une société anonyme dont le siège est à Lausanne. Son activité principale consiste à éditer le NQ, un journal quotidien lancé en 1991.

3. Le capital-actions de la SANQ est détenu à raison de 80 % par Presse Publications SR SA (ci-après «PPSA»), une société dont le siège est à Lausanne, et à raison de 20 % par le groupe Ringier. Le capital-actions de la PPSA est détenu à hauteur de 75 % par Edipresse SA (ci-après «Edipresse») et à hauteur de 25 % par Publicitas.

4. Edipresse coiffe un important groupe de sociétés. La société est contrôlée par des membres de la famille Lamunière (79,45% des voix et 50,43% du capital). Le groupe édite un certain nombre de quotidiens et d'hebdomadaires diffusés en Suisse romande (notamment «24 Heures», «Le Matin», «Tribune de Genève», NQ).

5. Edipresse possède des imprimeries à Lausanne (Centre d'impression Edipresse Lausanne SA et IRL Imprimeries Réunies Lausanne SA), Genève (Centre d'Impression Edipresse Genève SA), dans le Jura (Imprimerie du Démocrate SA, Delémont) et à Dijon (France). Edipresse détient des participations dans des maisons d'édition en Espagne (El Hogar Y la Moda SA, Barcelone), au Portugal et en Pologne, ainsi qu'une participation minoritaire de 49% dans la société Metrociné qui exploite 16 cinémas totalisant 31 écrans situés principalement à Genève et Lausanne.

### **1.2.2 La société éditrice du JdG**

6. La «Société Anonyme du Journal de Genève et de la Gazette de Lausanne» (ci-après «SAJG») est une société domiciliée à Genève dont l'activité principale consiste à éditer le JdG. Ses principaux actionnaires sont la Fondation de la famille Sandoz (17 %), la Bourse de Genève (16 %) et la Fédération des Syndicats Patronaux (15 %). Le JdG a été fondé en 1826.

## **2 Procédure**

7. L'examen préalable de l'opération a fait apparaître des indices qu'une position dominante est créée ou renforcée sur les marchés affectés. La Commission de la concurrence a donc décidé le 18 août 1997 de procéder à l'examen approfondi de la concentration notifiée (art. 10 al. 1 LCart et art. 32 al. 1 LCart). Elle a simultanément confirmé la suspension de l'opération (art. 33 al. 2 LCart).

8. Cette décision a été communiquée aux parties le même jour. L'ouverture de la procédure d'examen a par ailleurs été publiée dans la Feuille fédérale du 26 août 1997 (FF No 33, p. 1481) et la Feuille officielle suisse du commerce du 21 août 1997 (FOSC No 159, p. 6113).

9. Au début de la procédure d'examen, le Secrétariat a fait parvenir un questionnaire aux personnes, organisations et autorités susceptibles de lui apporter des informations sur les effets de la concentration (éditeurs, associations professionnelles etc.). La majorité d'entre eux ont répondu au questionnaire.

### **3 *L'applicabilité des prescriptions relatives aux concentrations d'entreprises***

#### **3.1 *Entreprises (art. 2 al. 1 LCart)***

10. La SANQ et la SAJG sont des entreprises relevant du droit privé; en conséquence, elles tombent dans le champ d'application de l'art. 2 alinéa 1 LCart. Ce fait n'est pas contesté par les parties.

#### **3.2 *Réserve de l'art. 3 al. 1 LCart***

11. Sur les marchés concernés, il n'existe pas de prescriptions étatiques restreignant la liberté économique. Par ailleurs, les parties n'ont pas fait valoir l'existence de telles prescriptions.

#### **3.3 *Concentration d'entreprises (art. 4 al. 3 LCart)***

12. La création de la TSA par SANQ et SAJG est une concentration au sens de l'art. 4 al. 3 let. b LCart. L'opération constitue par ailleurs une création d'entreprise commune au sens de l'art. 2 al. 2 de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises du 17 juin 1996 (ci-après «OCCE»).

13. En l'espèce, par leur participation de 47 % chacune au capital de la TSA, par la composition égalitaire au sein du conseil d'administration et par les majorités qualifiées requises au sein de l'assemblée générale et du conseil d'administration pour l'adoption des décisions importantes (p. ex. définition de la ligne générale du journal, nomination du directeur-rédacteur en chef, changements d'activités), les parties sont chacune en mesure de bloquer les décisions stratégiques relatives à l'activité de la nouvelle société. La participation au contrôle commun est essentiellement fonction du pouvoir de déterminer les décisions stratégiques de l'entreprise commune (droit de veto concernant les décisions stratégiques) et de la possibilité de contester les décisions prises par l'autre partenaire. Il y a donc contrôle commun sur la TSA au sens de l'art. 2 al. 1 et 2 OCCE.

14. La consultation des milieux intéressés a révélé une certaine inquiétude concernant l'influence que le groupe Edipresse pourrait exercer dans la TSA. Au vu des circonstances, il apparaît en effet probable que le groupe Edipresse devrait jouer un rôle important dans la direction des affaires et le financement de la TSA. Face au groupe Edipresse qui, par le biais de ses multiples participations, continuera à exercer de substantielles activités dans le domaine de la presse et des marchés connexes (notamment en amont, imprimerie, et en aval, distribution), la SAJG devrait être une société qui, en dehors de sa participation dans la TSA, n'exercera plus

aucune activité dans le domaine de la presse ou des médias. Ses principaux actionnaires n'exercent pas non plus d'activités dans ces domaines.

15. La Commission de la concurrence estime cependant que cette situation ne remet pas en question le contrôle commun exercé sur la TSA et, partant, sa qualité d'entreprise commune au sens de l'art. 2 al. 2 OCCE. Les droits conférés à chacun des fondateurs (en particulier par les statuts de TSA) constituent une garantie suffisante. Le passage du contrôle commun au contrôle exclusif constituerait en revanche une nouvelle concentration au sens de l'art. 4 al. 3 let. b LCart (cf. Ducrey/Drolshammer, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zurich 1996, Art. 4, ch. 107) soumise à notification préalable aux conditions de l'article 9 LCart.

16. La TSA accomplira «de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome» (art. 2 al. 1 OCCE). Elle sera dotée des actifs et des ressources propres pour intervenir pleinement sur le marché. A côté de leur apport en capital, les parties fourniront en effet à la TSA tous les moyens nécessaires à l'édition, la rédaction et la commercialisation du nouveau titre. La TSA sera donc en mesure d'avoir une politique commerciale propre.

17. La condition de l'art. 2 al. 2 OCCE, fixant que des activités d'au moins une des entreprises exerçant le contrôle passent à l'entreprise commune, est également remplie. Dans le cas d'espèce, ce sont les activités des deux entreprises contrôlantes qui devraient passer à la TSA. L'opération envisagée peut en effet être assimilée au transfert dans une entreprise commune des activités jusque là exercées séparément par chacune des deux parties dans un segment déterminé de la presse quotidienne.

### **3.4 L'obligation de notifier (art. 9 LCart)**

18. L'obligation de notifier suppose que les seuils prévus par l'art. 9 LCart soient atteints. S'agissant d'entreprises dont l'activité commerciale consiste «à éditer, produire ou distribuer des journaux ou périodiques», il est tenu compte d'un montant équivalent à vingt fois le chiffre d'affaires effectivement réalisé dans ces domaines (art. 9 al. 2 LCart). Ce chiffre doit être augmenté des chiffres d'affaires que les entreprises participantes réalisent dans d'autres domaines (art. 7 OCCE).

19. En l'espèce, les chiffres d'affaires (en mio.) suivants ont été réalisés par les entreprises participantes (cf. art. 5 OCCE):

entreprise	médias	x 20	autres	total
SANQ	298,6	5972,0	65,9	6037,9
SAJG	19,9	398,0	2,0	400,0
total				6437,9

20. Les conditions cumulatives de l'art. 9 al. 1 let. a (500 mio. de francs au moins réalisés en Suisse par les entreprises participantes) et let. b LCart (100 mio. de francs au moins réalisés individuellement en Suisse par deux des entreprises participantes) sont satisfaites. La concentration est donc soumise à l'obligation de notifier.

#### **4 Examen (art. 10 et 33 LCart)**

21. Selon l'art. 10 al. 2 LCart, l'examen de la Commission de la concurrence doit déterminer si la concentration crée ou renforce une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace (let. a) et, le cas échéant, si elle ne provoque pas une amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché, qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante (let. b). Ce n'est en effet qu'à ces deux conditions que la Commission peut interdire la concentration ou, le cas échéant, l'autoriser moyennant des conditions ou des charges.

22. L'appréciation de concentrations entre entreprises opérant dans le domaine de la presse s'effectue selon les règles générales également applicables aux entreprises actives dans d'autres secteurs de l'économie. En dehors de l'art. 9 al. 2 LCart, la LCart ne prévoit en effet aucun régime spécial pour la presse ou les médias<sup>7</sup>. Dans le cadre de la nouvelle LCart en vigueur depuis le 1er juillet 1996, le pouvoir d'examen de la Commission est strictement limité à des motifs relevant exclusivement de la concurrence.

23. En vertu des compétences que lui a conférées le législateur, la Commission n'a pas le pouvoir d'autoriser ou d'interdire une concentration en se basant sur des considérations d'intérêt public étrangères à des motifs de concurrence sur lesquels elle n'a d'ailleurs pas à se prononcer<sup>2</sup>. Si la Commission est consciente de l'importance de la presse pour la formation de l'opinion et le développement culturel des citoyens, il ne lui appartient pas de se substituer aux autorités politiques pour corriger une évolution par hypothèse insatisfaisante au regard de ces intérêts, mais néanmoins compatible avec les règles matérielles de la LCart.

24. L'appréciation du projet des parties au regard des règles de concurrence (ci-dessous, ch. 4.2) suppose que l'on délimite les marchés affectés par l'opération (ci-dessous, ch. 4.1).

---

<sup>7</sup> L'art. 10 al. 3 LCart ménage en revanche une règle spéciale pour le secteur bancaire.

<sup>2</sup> Dans le système de la LCart, la prise en compte de ces motifs relève de la compétence du Conseil fédéral (art. 11 LCart).

#### **4.1 Les marchés pertinents**

25. L'art. 11 al. 3 OCCE indique que les marchés de référence doivent être délimités dans leur dimension matérielle (marchés de produits) et géographique (marchés géographiques). Le marché de produits comprend 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 (art. 11 al. 3 let. a OCCE). Le marché géographique comprend quant à lui 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 de produits (art. 11 al. 3 let. b OCCE).

26. La délimitation des marchés affectés par la concentration suppose la détermination des domaines d'activités des entreprises participantes et de l'objet de l'opération projetée. Les entreprises participant à la concentration sont toutes essentiellement actives dans le domaine de la presse écrite. L'opération projetée doit conduire à la disparition de deux titres de la presse quotidienne romande (NQ, JdG) et à la création d'un nouveau titre («Le Temps»). Les titres qui seront supprimés ont été jusqu'ici édités séparément et en concurrence directe. Le nouveau titre doit quant à lui être édité au sein d'une entreprise commune contrôlée par les parties à la concentration.

27. Selon une distinction déjà adoptée par la Commission de la concurrence (Gasser/Tschudi Druck, DPC 1997/2, p. 179, ch. 33), on peut séparer les marchés des lecteurs (ci-dessous, ch. 4.1.1) et les marchés des annonces (ci-dessous, ch. 4.1.2).

##### **4.1.1 Marchés des lecteurs**

28. S'agissant des marchés des lecteurs, la concentration devrait avoir un impact sensible sur deux segments différents de la presse quotidienne romande : quotidiens supra-régionaux (ci-dessous, ch. 2.1.1.1) et quotidiens des régions de Genève et Lausanne (ci-dessous, ch. 2.1.1.2).

###### **4.1.1.1 Quotidiens supra-régionaux**

###### **a) Marché des produits**

29. Le marché de référence est défini par les trois titres de presse qui sont directement visés par l'opération : le NQ, le JdG et «Le Temps». L'art. 11 al. 3 let. a OCCE commande d'examiner quels sont les produits et les services qui, du point de vue de leurs lecteurs, seraient substituables aux produits de référence. Le cercle des médias entrant en ligne de compte comme substituts est fonction des domaines d'intérêts, ainsi que du degré et de la fréquence des besoins d'informations des lecteurs concernés.

30. Le Temps» est présenté comme un quotidien de langue française d'envergure supra-régionale ne paraissant qu'en semaine. Il devrait s'agir d'un journal à contenu hétérogène offrant aussi bien de l'information (in-

formations politiques, sociales, économiques, culturelles, et, dans une mesure très limitée, informations sportives et faits divers) que des espaces publicitaires. S'agissant de l'information, elle devrait essentiellement être nationale et internationale. Le public visé est plutôt aisé, cultivé et universitaire. De par leur contenu et leur lectorat respectif, le NQ et le JdG ont chacun des caractéristiques largement comparables à celle du quotidien «Le Temps».

31. Bien qu'une délimitation précise soit parfois délicate, le domaine de la presse quotidienne peut être divisé en journaux offrant principalement des informations supra-régionales (quotidiens supra-régionaux) et en journaux offrant principalement des informations régionales et locales (quotidiens régionaux et locaux). Parmi les quotidiens supra-régionaux, on peut également opérer une distinction entre le segment des journaux «populaires» (ou de boulevard) et celui des journaux d'analyse<sup>3</sup>. Les titres de référence appartiennent tous à la catégorie des journaux supra-régionaux (on notera cependant que, à la différence du NQ, le JdG jouit aussi d'un certain ancrage local, voir ci-dessous, ch. 2.1.1.2). Ils ont par ailleurs tous un profil de journaux d'analyse.

32. L'enquête a établi que les grands titres alémaniques à profil comparable («NZZ», «Tages-Anzeiger») étaient considérés comme partiellement substituables aux titres de référence en tant que quotidiens supra-régionaux. Les lecteurs interrogés considèrent en revanche que, faute de développer l'information nationale, les titres de la presse quotidienne étrangère ne sont pas substituables.

33. En tant que journaux à vocation essentiellement régionale, des quotidiens comme «La Liberté», «Le Nouvelliste» et «L'Impartial» n'apparaissent pas substituables aux titres de référence. La question de la substituable apparaît plus complexe dans le cas de grands titres régionaux comme «24 Heures» et la «Tribune de Genève». Bien que ces quotidiens offrent aussi une information supra-régionale relativement développée pour des quotidiens à vocation régionale, l'enquête a révélé que celle-ci n'est pas suffisante pour en faire de véritables substituts (ces titres sont positionnés sur des marchés voisins).

34. «Le Matin» appartient aussi à un segment de marché différent. S'il justifie d'une large diffusion dans l'ensemble de la Suisse romande, ce titre offre en effet un contenu l'apparentant plus à un quotidien de boulevard qu'à un véritable journal d'analyse. L'enquête de la Commission a également établi que les produits de la presse périodique (p. ex. «L'Hebdo») et/ou spécialisée (p. ex. «L'AGEFI») appartenaient à des marchés distincts de celui des produits de référence (déjà dans ce sens, voir Gasser/Tschudi

---

1. 3 Voir p. ex. décision de la Commission des CE du 14 mars 1993, affaire «Newspaper Publishing», ch. 13-14.

Druck, DPC 1997/2, p. 179, ch. 44). Il en va de même pour Internet, ainsi que les émissions d'information diffusées par la télévision et la radio. Ces médias sont plutôt considérés comme des moyens d'information complémentaires (déjà dans le même sens, voir Gasser/Tschudi Druck, DPC 1997/2, p. 179, ch. 43).

35. Du point de vue des lecteurs, le marché de référence peut donc être défini comme celui des journaux quotidiens supra-régionaux à contenu hétérogène, offrant des analyses destinées à un lectorat de formation supérieure.

#### b) Marché géographique

36. Du point de vue géographique, le marché défini par les produits de référence peut être limité à la Suisse romande, voire même à l'Arc lémanique; il s'agit également de la zone dans laquelle le NQ et le JdG sont principalement diffusés.

##### 4.1.1.2 Quotidiens régionaux

37. La concentration aura également des effets sur les marchés de la presse quotidienne des régions de Genève et de Lausanne. A côté de sa dimension supra-régionale, le JdG jouit en effet également d'une forte assise régionale dans ces deux agglomérations<sup>4</sup>. Cet ancrage se manifeste tant au niveau du contenu rédactionnel du titre que de la répartition géographique de son lectorat.

38. En tant que quotidien régional, le JdG est un quotidien à contenu hétérogène offrant des informations dans le domaine politique, économique et culturel. Sur le marché genevois, les principaux substituts sont «Le Courrier» et la «Tribune de Genève». Sur le marché lausannois, le principal substitut est «24 Heures».

#### 4.1.2 *Marchés des annonces*

##### 4.1.2.1 Marchés des produits

39. A côté d'une partie rédactionnelle, les titres de référence offrent des espaces publicitaires destinés aux annonceurs. L'art. 11 al. 3 let. a OCCE commande dès lors d'examiner quels sont les produits et les services qui, du point de vue des annonceurs, seraient substituables aux produits de référence.

40. Les parties ont indiqué qu'en tant que vecteurs de messages publicitaires leur nouveau titre devrait essentiellement offrir des espaces pour la publicité nationale et qu'il devrait dès lors être distingué des vecteurs offrant des espaces pour la publicité locale. Elles ont par ailleurs déclaré que

---

2. <sup>4</sup> La présence simultanée d'un titre sur deux segments de marché de la presse quotidienne n'est pas le propre du JdG. En Suisse alémanique, la NZZ est ainsi à la fois un quotidien supra-régional et le journal de Zurich et de sa région.

le JdG et le NQ étaient des journaux supra-régionaux et qu'à ce titre ils n'intéressaient que de manière marginale les annonceurs locaux. Les parties estiment également que le marché des annonces ne saurait être segmenté en fonction des produits annoncés et du public cible.

41. La Commission de la concurrence admet que le marché des espaces publicitaires soit divisé en marchés des annonces à caractère local et marché des annonces à caractère national (dans le même sens, voir Gasser/Tschudi Druck, DPC 1997/2, ch. 77, à p. 190) et que c'est essentiellement sur ce dernier que la concentration pourrait avoir des effets sensibles. La Commission considère en revanche que le marché des annonces nationales peut être segmenté en fonction des produits annoncés dans la mesure où à cette segmentation correspondent des possibilités de substitution différentes.

42. Si l'on considère les domaines dans lesquels le JdG et le NQ se sont fortement positionnés, ainsi que les déclarations des parties au sujet du portefeuille publicitaire du nouveau titre, on peut distinguer trois segments de marché : annonces financières, offres d'emploi pour cadres et publicité pour produits de luxe (par opposition aux biens de consommation courante).

43. Dans son enquête sur le refus des importateurs d'automobiles d'insérer dans le « Tages-Anzeiger », la Commission des cartels avait déjà clairement mis en évidence que, du point de vue des annonceurs, les différents produits de la presse n'étaient pas nécessairement substituables entre eux ou avec d'autres médias (PublCC 1/1981, à pp. 104-105). Les stratégies publicitaires des annonceurs indiquent en effet plutôt que les différents vecteurs sont souvent plus complémentaires (stratégie du « média-mix ») que véritablement substituables (Gasser/Tschudi Druck, DPC 1997/2, ch. 80-82, à pp. 190-191).

44. S'agissant des offres d'emploi pour cadres, les déclarations des milieux intéressés indiquent une certaine substituabilité d'une partie de la presse quotidienne régionale (p. ex. « 24 Heures », « Tribune de Genève ») et des hebdomadaires (p. ex. « L'Hebdo »). Dans le domaine des annonces financières, la substituabilité apparaît sensiblement plus limitée. Dans ce domaine qui n'obéit pas aux règles traditionnelles de la publicité, les publications d'avis financiers étant le plus souvent obligatoires et le choix des titres n'étant pas nécessairement lié à ses performances, le marché est actuellement dominé par le JdG et « L'AGEFI ». La substituabilité est plus grande pour les produits de luxe. A côté d'une partie de la presse spécialisée, il faut également tenir compte de certains hebdomadaires « haut de gamme ».

45. Le « split-médias » des annonceurs semble indiquer que, dans aucun de ces domaines, les médias électroniques ne constituent de véritables substituts. Une délimitation précise des marchés de référence est cepen-

dant superflue dès lors que, même sur la base d'une définition étroite n'intégrant que des produits de la presse, aucune position dominante n'est créée ou renforcée à la suite de la concentration (voir ci-dessous, ch. 4.2.2).

#### 4.1.2.2 Marché géographique

46. Le marché de référence du point de vue géographique peut être limité à la Suisse romande. Il est en effet essentiellement fonction de la zone de diffusion des vecteurs de messages publicitaires entrant en ligne de compte comme concurrents des titres de référence.

### **4.2 *Evaluation de l'état de la concurrence après réalisation de la concentration***

#### **4.2.1 *Marchés des lecteurs***

##### 4.2.1.1 Quotidiens supra-régionaux

###### a) Structure des marchés

47. Le marché de référence se caractérise actuellement par une situation de duopole symétrique. Edités séparément par des entreprises indépendantes l'une de l'autre, le JdG (126'000 lecteurs pour un tirage d'env. 32'000 ex.) et le NQ (230'000 lecteurs pour un tirage d'env. 38'000 ex.) sont en effet les deux seuls quotidiens intervenants sur le marché de référence. Leurs produits d'exploitation<sup>5</sup> et leurs parts de marché sont à peu près équivalents (avec 54 %, le NQ a un léger avantage sur le JdG qui détient 46 % du marché - chiffres pour 1996). La suppression des deux anciens titres et la création du journal «Le Temps» devrait conduire à une situation de monopole au profit de l'entreprise commune qui doit en assurer l'édition.

48. Même élargi aux titres alémaniques comparables, le marché de référence est caractérisé par une nette prédominance du JdG et du NQ. Là aussi, la réalisation de l'opération devrait conduire à une importante augmentation du taux de concentration. En Suisse romande, la «NZZ» et le «Tages-Anzeiger» ont en effet des parts de marché cumulées inférieures à 15 % et l'on ne saurait s'attendre à un transfert massif de lecteurs du JdG et du NQ vers ces deux titres. La prise en compte de la presse alémanique conduit donc à la conclusion que, consécutivement à la concentration, «Le Temps» devrait jouir d'un quasi-monopole sur son marché.

49. D'autres facteurs indiquent que l'entreprise commune devrait jouir d'une position de force en Suisse romande. Forte d'environ 90 journalistes,

---

3. <sup>5</sup>Plus de CHF 20 mio. chacun.

4. <sup>6</sup> Cette appréciation se vérifie même dans l'hypothèse où, comme l'avancent les parties, la part du nouveau journal ne devrait atteindre que 70 % des parts cumulées du JdG et du NQ.

selon les déclarations des parties, la rédaction du nouveau journal devrait compter parmi les plus grandes rédactions de la presse écrite suisse. Les actionnaires de l'entreprise commune ont une capacité financière considérable. Enfin et surtout, il faut souligner que l'entreprise commune devrait bénéficier d'avantages résultant de son contrôle par le groupe Edipresse qui dispose d'un savoir-faire et de ressources considérables en amont, en aval et dans des domaines voisins du marché de l'entreprise commune. Il existe notamment des synergies non négligeables entre «Le Temps» et d'autres titres contrôlés par Edipresse comme les quotidiens «24 Heures» et la «Tribune de Genève» ou le mensuel économique «Bilan». L'entreprise commune devrait également profiter de l'important pouvoir de négociation dont le groupe Edipresse jouit vis-à-vis des journalistes.

50. Il est indubitable que l'existence de vecteurs d'informations actifs sur des marchés voisins devrait exercer une certaine influence sur le nouveau titre. Des titres de presse indépendants des entreprises participantes, comme «L'Hebdo» et «L'AGEFI», de même que les médias électroniques (essentiellement la TSR) exercent d'ores et déjà une forme de concurrence à l'égard du JdG et du NQ. On ne saurait cependant considérer que ces médias vont sensiblement limiter l'importante marge de manoeuvre dont l'entreprise commune devrait jouir sur son marché.

#### b) Concurrence potentielle/barrières à l'entrée

51. De nouvelles entrées sur le marché apparaissent très improbables à court ou à moyen terme. Cette appréciation est autant confirmée par l'évolution générale du marché que par les risques économiques spécifiques auxquels s'exposeraient d'hypothétiques nouveaux entrants.

52. Depuis plusieurs années, la presse quotidienne romande connaît un profond mouvement structurel. Celui-ci va clairement dans le sens d'une augmentation de la concentration et d'une diminution du nombre de titres offerts (cette évolution n'est d'ailleurs pas propre à la Suisse romande). Parmi les étapes les plus marquantes de ce mouvement, on peut mentionner la disparition de «La Suisse» en 1994 (tirant à plus de 50'000 exemplaires, le titre a cessé de paraître après la faillite de la société éditrice), l'absorption de la «Gazette de Lausanne» par le «Journal de Genève» en 1991 et, la même année, la prise de contrôle de la «Tribune de Genève» par le groupe Edipresse. Selon les spécialistes de la branche, ce processus de restructuration n'est pas encore achevé.

53. Cette restructuration s'explique en grande partie par les difficultés économiques rencontrées par les éditeurs (la régression du marché publicitaire constituant une cause parmi d'autres). S'agissant du marché de référence, l'importance des risques auxquels s'exposeraient de nouveaux entrants est confirmée par les déficits chroniques enregistrés par le JdG et le NQ. Depuis qu'il a été lancé en 1991, le NQ n'est jamais sorti des chiffres

rouges (son déficit pour 1996 s'élève à environ CHF [...]7). Le JdG connaît des difficultés comparables. Bien qu'à deux reprises (1992, 1996) les actionnaires aient été fortement mis à contribution pour assainir le journal, le JdG enregistre encore une perte qui s'élève à CHF 2,9 mio. pour la seule année 1996.

54. Les éditeurs potentiellement susceptibles d'entrer sur le marché ne sont apparemment pas disposés à assumer les risques liés au lancement d'un nouveau titre. Parmi les éditeurs suisses, ce désintérêt apparaît corroboré par les refus réitérés de grands groupes de presse alémaniques de donner suite aux offres de collaboration émises par le JdG en 1993 et par un groupe d'actionnaires en 1997. La combinaison des forces du JdG et du NQ au sein du nouveau titre devrait rendre une entrée sur le marché encore moins attractive qu'elle ne l'est actuellement.

55. Si les barrières devaient rester importantes dans le secteur de la presse écrite, Internet pourrait à terme constituer une source de concurrence non négligeable (on pense à des sites comme Bluewindow, <http://www.bluewin.ch>, un service de Swisscom). L'évolution dans le secteur des télécommunications, ainsi que dans les moyens et les habitudes des lecteurs n'est cependant pas encore suffisamment avancée pour pouvoir tenir compte de ce nouveau support de communication. On notera au passage qu'en inaugurant son site Edicom (<http://www.edicom.ch>) en février 1996, le groupe Edipresse s'est d'ores et déjà bien placé dans ce domaine.

56. Les entreprises notifiantes, de même que plusieurs experts consultés en cours de procédure ont fait valoir que le marché romand n'est pas assez grand pour permettre l'exploitation rentable de deux titres supra-régionaux de la catégorie du NQ et du JdG. La Commission de la concurrence partage cette opinion. Une concentration conduisant à la création d'un monopole sur un marché déterminé ne saurait cependant être sans autre autorisée au seul motif qu'elle a pour cadre un marché sur lequel les caractéristiques de l'offre et de la demande ne laissent de la place que pour un seul offreur (monopole naturel)<sup>8</sup>. Selon la nature du contrôle établi par l'opération (contrôle unique/contrôle commun) et le cercle des entreprises participantes, une telle concentration peut affecter la concurrence de manière plus ou moins intense sur différents marchés. Lorsqu'il existe des alternatives affectant moins gravement la concurrence (et que

---

5. 7 Secret d'affaires.

6. 8 Il y a monopole naturel lorsque les conditions existant sur un marché sont telles qu'une seule entreprise peut mieux exploiter ce marché que ne le feraient deux ou un plus grand nombre d'entreprises. Le monopole naturel s'explique généralement par des économies d'échelle importantes au regard de la demande sur le marché.

les conditions de l'art. 10 al. 2 LCart sont par ailleurs remplies), la Commission de la concurrence est en mesure de s'opposer à l'opération notifiée ou d'assortir sa décision de conditions ou de charges.

c) Création/renforcement d'une position dominante et possibilité de suppression de la concurrence efficace

57. Sur le marché des quotidiens supra-régionaux d'analyse de Suisse romande, l'entreprise commune éditrice du journal «Le Temps» (TSA) devrait détenir une position dominante au sens de l'art. 4 al. 2 LCart. Elle devrait en effet jouir d'une position de monopole ou de quasi-monopole sur un marché où les barrières à l'entrée sont particulièrement hautes et la concurrence potentielle improbable. La pression concurrentielle provenant des médias appartenant à des marchés voisins (autres segments de la presse et médias électroniques) apparaît trop marginale pour remettre en cause cette appréciation.

58. L'émergence d'une position de (quasi-) monopole et le défaut de concurrence potentielle après la concentration font non seulement présumer la création d'une position dominante, mais également la suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 10 al. 2 let. a LCart. Il ressort de l'art. 10 al. 2 let. b LCart qu'une concentration ne peut alors être interdite ou autorisée moyennant des conditions ou des charges que si l'opération ne provoque pas une amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché, qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante. L'opération projetée n'est apparemment pas à l'origine d'une telle amélioration (elle devrait au contraire affecter la situation concurrentielle sur deux marchés régionaux, voir ci-dessous ch. 4.2.1.2. et 4.2.1.3). Un examen approfondi de la réalisation de cette condition est superflu dans la mesure où, en l'espèce, la concentration ne constitue pas la cause véritable de la position dominante (voir ci-dessous, ch. 4.2.1.4).

#### 4.2.1.2 Quotidiens de la région genevoise

a) Structure du marché

59. Le marché genevois se présente actuellement comme un oligopole étroit. Il n'y a en effet plus que trois titres indépendants sur le marché : la «Tribune de Genève», le JdG et «Le Courrier». Avec un tirage d'environ 78'000 exemplaires, dont plus de 88 % vendus dans la région genevoise, la «Tribune de Genève», contrôlée par le groupe Edipresse, est le quotidien le plus important de la place. Le JdG vient en seconde place (53 % de ses lecteurs sont domiciliés dans la région genevoise). Du fait de son faible tirage (environ 5'900 exemplaires) et des difficultés économiques qu'il rencontre (le titre a ainsi bénéficié d'une aide financière de la part d'Edipresse), «Le Courrier» est un concurrent de moindre importance.

60. On peut dès lors considérer que la disparition du JdG devrait conduire à une situation de quasi-monopole de la «Tribune de Genève».

Le seul titre susceptible de lui disputer cette position serait «Le Temps». On ne saurait cependant s'attendre à une véritable concurrence entre deux titres sur la gestion desquels Edipresse devrait exercer une influence déterminante. Il est en effet dans l'intérêt économique du groupe Edipresse de limiter la concurrence marginale qu'un titre dont elle possède un peu moins que la moitié des actions («Le Temps»), mais sur lequel elle devrait néanmoins exercer une influence prépondérante (voir ci-dessus, ch. 3.3), pourrait exercer à l'encontre d'un titre qu'elle contrôle entièrement et dont elle touche la plus grande partie des bénéfices («Tribune de Genève»)9.

b) Concurrence potentielle/barrières à l'entrée

61. De nouvelles entrées sur le marché genevois apparaissent improbables. La disparition de «La Suisse» en 1994 et les difficultés rencontrées par le JdG et «Le Courrier» sont symptomatiques de la crise structurelle affectant le marché et des risques auxquels s'exposerait un nouvel entrant. L'émergence de monopoles régionaux est par ailleurs une tendance générale en Suisse romande (enquête sur la concentration dans la presse, Publ. CCSPR 4/1994, p. 19, à p. 51).

c) Création/renforcement d'une position dominante et possibilité de suppression de la concurrence efficace

62. Avec la «Tribune de Genève», Edipresse jouit d'ores et déjà d'une position dominante sur le marché genevois. La modification structurelle consécutive à la concentration devrait lui permettre de renforcer cette position.

63. La position ainsi acquise par le groupe Edipresse est en mesure de supprimer la concurrence efficace. Ce point peut ne pas être développé dès lors qu'il est établi que la concentration n'est pas la cause véritable du renforcement de la position du groupe Edipresse sur le marché en cause (voir ci-dessous, ch. 4.2.1.4).

4.2.1.3 Quotidiens de la région lausannoise

a) Structure du marché

64. Dans la région lausannoise, le JdG et «24 Heures» sont les quotidiens d'information générale les plus importants. Avec un tirage supérieur à

---

7. 9 Le problème a été évoqué pour le cas d'espèce par un expert consulté en cours de procédure, ainsi que par le Bundeskartellamt dans le cas »Gruner + Jahr-Zeit« du 9.1.1981, voir WuW/E BKartA 1863. On vise moins un »contrôle« d'Edipresse sur la gestion quotidienne du nouveau titre (la Commission de la concurrence part de l'idée qu'il devrait jouir d'une indépendance rédactionnelle) que sur les décisions stratégiques susceptibles de mettre en péril la position acquise par la »Tribune de Genève«.

90'000 exemplaires (dont 87 % vendus dans le canton de Vaud), «24 Heures» est le titre le plus important. Le JdG est sensiblement moins lu dans la région lausannoise que dans la région genevoise (seuls 32 % des lecteurs du JdG sont domiciliés dans le canton de Vaud).

65. Cette situation duopolistique devrait prendre fin avec la suppression du JdG. Le groupe Edipresse devrait alors jouir d'une situation de quasi-monopole que seul «Le Temps» pourrait encore lui disputer. On ne saurait cependant s'attendre à une véritable concurrence entre deux titres sur la gestion desquels Edipresse devrait exercer une influence déterminante. Il est en effet dans l'intérêt économique du groupe Edipresse de limiter la concurrence marginale qu'un titre dont elle possède un peu moins que la moitié des actions («Le Temps»), mais sur lequel elle devrait néanmoins exercer une influence prépondérante (voir ci-dessus, ch. 3.3), pourrait exercer à l'encontre d'un titre qu'elle contrôle entièrement et dont elle touche la plus grande partie des bénéfices («24 Heures»)10.

b) Concurrence potentielle/barrières à l'entrée

66. Tout comme sur le marché genevois, l'importance des barrières à l'entrée dans le domaine de la presse écrite rend l'arrivée de nouveaux concurrents fort improbable. Les difficultés économiques rencontrées par la «Gazette de Lausanne» (qui ont conduit à son absorption par le «Journal de Genève» en 1991) et le retrait de la «Nouvelle revue» du marché des quotidiens (elle est actuellement mensuelle) sont à ce titre révélatrices.

c) Création/renforcement d'une position dominante et possibilité de suppression de la concurrence efficace

67. Avec le journal «24 Heures», Edipresse jouit d'ores et déjà d'une position dominante sur le marché lausannois. La modification structurelle consécutive à la concentration devrait lui permettre de renforcer cette position.

68. La position ainsi acquise par le groupe Edipresse devrait lui permettre de supprimer la concurrence efficace. Ce point peut ne pas être développé plus avant dès lors qu'il est établi que la concentration n'est pas la cause véritable du renforcement de la position du groupe Edipresse sur le marché en cause (voir ci-dessous, ch. 4.2.1.4).

---

8. 10 On vise moins un »contrôle« d'Edipresse sur la gestion quotidienne du nouveau titre (la Commission de la concurrence part de l'idée qu'il jouira d'une indépendance rédactionnelle) que sur les décisions stratégiques susceptibles de mettre en péril la position acquise par »24 Heures«.

#### 4.2.1.4 Théorie de l'entreprise défaillante («failing company defence»)

69. Dans leur notification, les parties ont fait valoir qu'une concentration devait être autorisée dès lors qu'il «n'existe pas de solutions alternatives pour renflouer des entreprises appelées à disparaître». A un stade ultérieur de la procédure, elles ont réitéré cet argument en apportant des éléments suggérant que les difficultés rencontrées par le JdG laissent présager sa disparition prochaine («failing company defence»).

70. D'une façon générale, une concentration qui aboutit à la création d'un (quasi-) monopole ou qui renforce la position d'ores et déjà dominante d'une partie ne saurait être autorisée au seul motif qu'elle permet le sauvetage d'une (ou de plusieurs) entreprise(s) en difficultés (concentration d'assainissement). Les difficultés économiques rencontrées par une ou plusieurs entreprise(s) participante(s) constituent cependant un élément d'appréciation pertinent au regard de l'art. 10 al. 2 let. a LCart lorsqu'il résulte des circonstances du cas d'espèce que l'opération projetée ne constitue pas la véritable cause de la détérioration de la structure du marché consécutive à la concentration. Cette approche est conforme à la pratique de plusieurs autorités de concurrence étrangères dont celles de l'UE (Commission des CE, voir décision du 14 décembre 1993, affaire Kali + Salz/MdK/Treuhand, J.O. No L 186 du 21.7.1994, p. 38; décision du 4 décembre 1996, affaire Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM, J.O. No L 247 du 10.9.1996, p. 1) et de l'Allemagne fédérale (Bundeskartellamt, voir affaire Schott Glaswerke, Mainz, citée in OCDE, Failing Firm Defence (OCDE/GD(96)23), Paris 1996, à p. 57).

71. La Commission de la concurrence estime que le lien de causalité entre, d'une part, la détérioration de la structure des marchés concernés (augmentation du taux de concentration) et, d'autre part, l'opération projetée fait défaut dès lors que :

- l'une des parties à la concentration disparaîtrait rapidement du marché à défaut de soutien externe.
- l'autre partie à la concentration reprendrait l'ensemble ou la plus grande partie des parts de marché de l'entreprise en difficultés si celle-ci venait à disparaître du marché.
- il n'y a pas de solution moins dommageable pour la concurrence que l'opération projetée.

##### a) Disparition du JdG du marché

72. Les difficultés économiques auxquels le JdG doit faire face depuis plusieurs années laissent présager sa disparition prochaine. Ces difficultés tiennent autant à des problèmes propres à l'entreprise qui en assure l'édition qu'à une situation de crise sur les marchés concernés.

73. Les circonstances montrent que le marché de Suisse romande ne peut pas assurer la viabilité de deux quotidiens supra-régionaux de la ca-

tégorie du NQ et du JdG. Les experts consultés en cours de procédure confirment également que les conditions du marché ne laissent de la place que pour un seul offreur (monopole naturel). La saturation du marché de la presse, la stagnation du lectorat, l'augmentation des coûts d'impression, le recul des investissements publicitaires sont autant de facteurs qui expliquent les difficultés rencontrées par le JdG.

74. Depuis plusieurs années, le JdG accumule des déficits considérables (CHF 2,9 mio. en 1996; déficits cumulés depuis 1991, env. CHF 25 mio.). Ses actionnaires ont été à plusieurs reprises mis à forte contribution pour renflouer le journal, en particulier à la suite de l'absorption de la «Gazette de Lausanne» en 1991. De 1992 à 1996, ces contributions peuvent être estimées à CHF 40 mio.. Ces assainissements successifs n'ont cependant pas permis au titre de retrouver un équilibre financier. Un audit externe visant à déterminer les conditions de viabilité du journal a mis en évidence des erreurs de gestion, ainsi que la nécessité d'une alliance avec un autre éditeur.

75. Au vu de sa situation économique actuelle et des perspectives d'avenir, le JdG ne paraît donc pas viable. Au cours des dernières années, sa survie s'explique uniquement par l'engagement financier massif de certains de ses actionnaires. Or, ceux-ci ont confirmé à la Commission de la concurrence qu'ils n'étaient plus disposés à éponger les déficits chroniques enregistrés par le titre.

#### b) Absorption des parts de marché par Edipresse

76. Il est probable qu'en cas de disparition du JdG l'essentiel des parts de marché actuellement détenues par ce titre sur les différents segments de marché concernés passeraient au groupe Edipresse.

77. Sur le marché romand des quotidiens supra-régionaux, le groupe Edipresse devrait être le principal, sinon le seul bénéficiaire d'une disparition du JdG. Du fait de l'improbabilité de nouvelles entrées sur le marché et de la faiblesse de la concurrence exercée par la «NZZ» et le «Tages-Anzeiger» en Suisse romande, les titres du groupe Edipresse devraient en effet constituer les principaux substituts du JdG. Le NQ, éventuellement reprofilé, est bien placé pour attirer le lectorat du JdG (il a déjà su capter une partie des lecteurs de la «Gazette de Lausanne» à la suite de l'absorption de cette dernière par le «Journal de Genève»). A côté du NQ, il faut également tenir compte des possibilités offertes par le reprofilage de titres du groupe Edipresse opérant sur des marchés voisins de celui du JdG («24 Heures», «Tribune de Genève»).

78. La situation est largement comparable sur les marchés genevois et lausannois. Dans la région lausannoise, le groupe Edipresse détient d'ores et déjà avec le journal «24 Heures» une position de force qui devrait se muer en (quasi-) monopole en cas de disparition du JdG («24 Heures» a également su capter des lecteurs de la «Gazette de Lausanne» à la suite de

l'absorption de cette dernière par le «Journal de Genève»). Le groupe Edipresse détient une position analogue sur le marché genevois avec la «Tribune de Genève».

c) Autres possibilités

79. Au vu des circonstances, l'exploitation d'un seul quotidien au sein d'une nouvelle entreprise contrôlée en commun par la SAJG et le groupe Edipresse constitue la solution la moins dommageable pour la concurrence. Les projets visant à maintenir deux titres indépendants en faisant appel à la coopération d'Edipresse ou d'entreprises tierces se sont avérés impraticables, insuffisants ou trop contraires aux intérêts de l'une des parties.

80. Du côté du JdG, plusieurs possibilités de partenariat ont été envisagées après 1991, année de sa «fusion» avec la Gazette de Lausanne et du lancement du NQ. Après le rejet d'une proposition de partenariat avec Edipresse (début 1992), le conseil d'administration de la SAJG a dès 1993 noué des contacts auprès de groupes de presse alémaniques. Malgré les efforts déployés de part et d'autre, ces tentatives n'ont pas pu aboutir. Les propositions qui ont alors été faites vers des groupes francophones étrangers n'ont pas rencontré plus de succès. Les tentatives faites en 1996 d'associer la «NZZ» à une «fusion» du NQ et du JdG ont également échoué. Une dernière «offensive» d'un groupe d'actionnaires du JdG en direction de partenaires potentiels (dont la «NZZ», le «Tages-Anzeiger» et Ringier) a été lancée en septembre 1997; elle s'est également soldée par un échec. En approuvant le 15 octobre 1997 la concentration avec le NQ à 94,37% des votes exprimés, les actionnaires du SAJG ont mis un terme à cette longue série de tentatives avortées<sup>11</sup>.

81. Le désintérêt des tiers contactés par le JdG apparaît motivé par un faisceau de facteurs objectifs de nature à la fois économique et stratégique. Si les partenaires potentiels ont manifestement eu d'autres priorités, il semble surtout logique qu'ils aient voulu éviter une ruineuse «guerre d'usure» contre le NQ dont l'issue aurait de toute façon été très aléatoire.

82. Dans le cadre de l'examen du lien de causalité, il importe non seulement de contrôler qu'aucune entreprise tierce n'est prête à renflouer l'entreprise en difficultés, il faut également s'assurer que l'opération projetée par les parties est conçue de manière à causer le moins de dommages possibles à la concurrence. Dans la mesure où l'opération peut être conçue de

---

9. 11 L'exhaustivité commande de mentionner le succès de l'accord de collaboration rédactionnelle conclu au printemps 1997 avec le quotidien fribourgeois «La Liberté». Un accord existe aussi avec le quotidien «La Côte» et le «Journal du Nord Vaudois». Ces accords ne sont cependant pas de nature à assurer la survie du JdG.

façon à affecter moins gravement la concurrence, la Commission reste donc en mesure de s'opposer à l'opération ou d'assortir sa décision d'autorisation de conditions ou de charges qui, sans modifier l'essence de l'opération projetée, permettraient de ramener les limitations de concurrence au niveau adéquat.

d) Conclusion : défaut de lien de causalité

83. Au vu de l'ensemble des circonstances, la Commission de la concurrence estime que, sous réserve du respect des charges dont est assortie sa décision, la condition énoncée à l'art. 10 al. 2 let. a LCart n'est pas remplie au motif que la concentration n'apparaît pas être la véritable cause de la modification de la structure des marchés consécutive à la concentration.

84. Les circonstances laissent en effet présager avec suffisamment de probabilité qu'au cas où la concentration ne devait pas se réaliser l'une des deux entreprises participantes disparaîtrait du marché à plus ou moins brève échéance et que ses parts de marché passeraient à l'autre entreprise participante. A la suite de cette disparition, le groupe Edipresse se trouverait en situation de (quasi-) monopole sur trois segments de la presse quotidienne de Suisse romande par le biais de titres sur lesquels il exerce un contrôle sans partage : NQ (quotidiens supra-régionaux d'analyse), «Tribune de Genève» (quotidiens de la région de Genève), «24 Heures» (quotidiens de la région de Lausanne). La concurrence marginale qui peut en principe s'exercer entre des titres actifs sur des marchés voisins serait alors complètement éliminée. La situation concurrentielle consécutive à la réalisation de la concentration apparaît donc moins défavorable que celle qui résulterait de sa non-réalisation.

85. La Commission tient à souligner que cette situation ne devrait se produire que dans des cas exceptionnels. La présomption normale étant qu'une concentration qui a pour conséquence la création ou le renforcement d'une position dominante est la cause de cette détérioration de la structure concurrentielle.

#### 4.2.1.5 Charges destinées à garantir l'indépendance de l'entreprise commune

86. La coordination des comportements concurrentiels de la société éditrice du nouveau titre et des autres unités d'entreprise du groupe Edipresse actives sur des marchés voisins constitue le principal danger pour la concurrence. La Commission de la concurrence est consciente du fait que cette coordination ne saurait être complètement éliminée. Elle estime néanmoins que les parties n'ont pas pris toutes les dispositions nécessaires en vue de conférer une indépendance suffisante à l'entreprise commune. L'opération notifiée par les parties ne saurait donc être autorisée sans charges adéquates.

87. A cette fin, il est tout d'abord indispensable de garantir que le Président du Conseil d'administration de la société éditrice du nouveau titre aura une indépendance suffisante vis-à-vis des entreprises qui en exercent le contrôle. Pour satisfaire à cette charge, les statuts de la nouvelle société doivent impérativement prévoir que le Président du Conseil d'administration ne peut pas faire simultanément partie des organes, de l'actionnariat ou du cercle des associés des entreprises contrôlantes ou d'entreprises qui leurs sont liées au sens de l'art. 5 al. 1 OCCE.

88. Le projet de statuts de la nouvelle société prévoit déjà que le Conseil d'administration peut, à certaines conditions, s'opposer au transfert des actions de l'entreprise commune. Il est cependant nécessaire que toute modification de la structure du capital et de la répartition des droits de vote de la société éditrice du nouveau titre soit également soumise à la Commission de la concurrence pour approbation.

#### *4.2.2 Marchés des annonces*

##### 4.2.2.1 Structure des marchés

89. La Commission de la concurrence ne dispose pas de données chiffrées totalement fiables au sujet de la position des entreprises participantes sur les différents segments du marché des annonces. Des transferts éventuels de budgets publicitaires consécutivement à une concentration sont par ailleurs extrêmement difficiles à prévoir. Dans le cas d'espèce, ils le sont d'autant plus que le concept rédactionnel du nouveau journal n'est pas encore définitif. Comme les portefeuilles publicitaires du NQ et du JdG, qui oscillent chacun autour des CHF 18 mio., se recoupent largement (annonceurs dupliqués), il apparaît en tout cas que le chiffre d'affaires publicitaire du nouveau titre ne devrait pas résulter d'une addition pure et simple des produits des deux anciens titres.

90. S'agissant des annonces financières, les experts consultés en cours de procédure ont indiqué que le JdG jouit actuellement d'une situation de quasi-monopole en Suisse romande. Le NQ est en revanche absent de ce segment de marché. En tant que successeur du JdG offrant une partie économique développée, «Le Temps» pourrait à son tour devenir le principal véhicule d'annonces financières de la presse romande. Les experts indiquent également que «L'AGEFI» est en bonne position pour capter une partie du portefeuille du JdG. La prévision est cependant rendue ardue du fait que le domaine des annonces financières n'obéit pas aux règles traditionnelles de la publicité, les choix s'effectuant sur la base de critères plus subjectifs.

91. Les experts se montrent généralement moins préoccupés par les conséquences de la concentration dans le domaine des offres d'emploi pour cadres et des annonces pour produits de luxe. Les possibilités de substitution et le nombre des concurrents apparaissent d'ores et déjà suffisamment importantes. S'agissant plus particulièrement des offres d'em-

plais pour cadres, il faut également mentionner la place non négligeable d'Internet.

#### 4.2.2.2 Concurrence potentielle/barrières à l'entrée

92. Au cours des dernières années, la presse quotidienne a enregistré une importante diminution des volumes publicitaires. Ce recul ne semble pas uniquement déterminé par la mauvaise conjoncture économique, mais également par une tendance générale des annonceurs à recourir à d'autres médias (en particulier les médias électroniques). S'agissant des segments du marché des annonces affectés par la concentration, ce déplacement vers d'autres vecteurs publicitaires devrait à moyen terme plus toucher le domaine des offres d'emplois pour cadres et des produits de luxe que celui des annonces financières.

#### 4.2.2.3 Création/renforcement d'une position dominante et possibilité de suppression de la concurrence efficace

93. La Commission de la concurrence estime qu'à la suite de la concentration l'entreprise commune fondée par les parties (TSA) devrait détenir une forte position dans le domaine des offres d'emplois pour cadres et n'exclut pas qu'elle puisse détenir une position dominante dans le domaine des annonces financières.

94. S'agissant de ce dernier segment de marché, la concentration ne devrait cependant pas modifier la situation concurrentielle étant donné que «Le Temps» pourrait au plus reprendre la position de quasi-monopole d'ores et déjà détenue par le JdG et qu'il n'y a pas d'addition des parts de marché avec le NQ qui est absent de ce segment. En conséquence, il n'y a pas création ou renforcement d'une position dominante à la suite de la concentration (art. 10 al. 2 let. a LCart).

## 5 *Frais*

95. Dans la mesure où la LCart n'y déroge pas, c'est la loi fédérale sur la procédure administrative (LPA) qui est applicable à la procédure d'examen en matière de concentrations. S'agissant d'une décision au sens de l'art. 5 LPA, la question des frais est réglée par l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative (RS 172.041.0). Les frais de procédure doivent être fixés sur la base de l'art. 13, les frais de chancellerie sur la base des art. 14 ss de cette ordonnance. En raison de la complexité particulière du cas d'espèce, il est justifié de fixer le montant des frais à la limite supérieure.

## 6 *Dispositif*

96. Sur la base de ces considérations, la Commission de la concurrence a pris la décision suivante :

1. Il est constaté :

- A. a. que l'entreprise commune créée par les parties détiendra une position dominante sur le marché des journaux quotidiens supra-régionaux d'analyse de Suisse romande;
  - B. b. que la position dominante détenue par le groupe Edipresse sur le marché des journaux quotidiens des régions de Genève et de Lausanne sera renforcée à la suite de la concentration;
  - C. c. que les modifications structurelles consécutives à l'opération sont à même de supprimer la concurrence efficace sur les marchés concernés.
2. En dépit des constatations sous chiffre 1 et sous réserve des charges prévues au chiffre 3, la concentration est autorisée en application de la théorie de l'entreprise défaillante dont les trois conditions sont en l'espèce remplies.
3. Cette décision est assortie des charges suivantes :
- D. a. toute modification de la structure du capital et de la répartition des droits de vote de la société «Le Temps SA» est soumise à l'autorisation préalable de la Commission de la concurrence;
  - E. b. le Président du Conseil d'administration de la société éditrice du journal «Le Temps» doit obligatoirement être une personne indépendante des actionnaires principaux.
4. Frais [...].
5. [Voies de droit].
6. Communications à: [...].

## B 2.2 2. Roche / Corange

*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 et 32 cpv. 1 LCart.*

*Zusammenfassung des Antrages vom 1. Dezember 1997 des Sekretariats an die Wettbewerbskommission sowie deren Stellungnahme gleichen Datums betreffend das Zusammenschlussvorhaben Roche Healthcare Ltd. / Corange Ltd.*

### 1 Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 29. Oktober 1997 erhielt die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben. Danach beabsichtigt die Roche-Gruppe über deren Tochtergesellschaft Roche Healthcare Ltd. (Roche), Bermuda, die Kontrolle über die Boehringer Mannheim-Gruppe sowie De Puy durch Kauf der Corange Ltd. (Corange), Bermuda, zu erlangen.

2. Roche ist ein multinationales Unternehmen mit Hauptaktivitäten in der Herstellung und dem Vertrieb von Pharmazeutika, Vitaminen, Feinchemikalien, Diagnostika, Riechstoffen und Aromen.

3. Corange ist eine Holding ohne wesentliche operative Tätigkeiten, welche die Boehringer Mannheim-Gruppe (BM) sowie De Puy kontrolliert. BM ist Hersteller und Vertreiber von Diagnostika, Pharmazeutika und biochemischen Produkten, während sich De Puy auf die Produktion orthopädischer Implantate und Zubehör konzentriert.

### 2 Anwendbarkeit der Vorschriften über Unternehmenszusammenschlüsse

#### 2.1 Unternehmen (Art. 2 Abs. 1 KG)

4. Laut Botschaft zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG) vom 23. November 1994 (BBl 1995 I 468 ff.; Botschaft) gilt das KG gemäss Art. 2 für diejenigen Marktteilnehmer, die sich - sei es als Anbieter oder als Nachfrager - selbständig als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen (Botschaft, S. 533). Die dieser Definition entsprechenden Marktteilnehmer sind Unternehmen im Sinne des KG. Im vorliegenden Fall sind die beteiligten Unternehmen als solche Unternehmen zu qualifizieren.

#### 2.2 Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG

5. Für die hier zu beurteilenden Märkte gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

### **2.3 Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)**

6. Laut Art. 4 Abs. 3 lit. b KG gilt als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.

7. Im «stock purchase agreement» vom 24. Mai 1997 hat sich Roche verpflichtet, 100% der Corange-Aktien zu erwerben, welche ihrerseits 100% der Aktien der Boehringer Mannheim-Gruppe (BM) und 84,2% der Aktien von De Puy hält. Als Folge des Erwerbs von Corange erhält Roche indirekt die Kontrolle über die Geschäftstätigkeit von BM und De Puy. Diese Transaktion stellt infolgedessen einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 lit. b KG dar.

### **2.4 Meldepflicht (Art. 9 KG)**

8. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss: a) die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Mrd. CHF oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von mindestens 500 Mio. CHF erzielten; und b) mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Mio. CHF erzielten (Art. 9 Abs. 1 KG). Für die Berechnung der Grenzbeträge nach Art. 9 Abs. 1 KG sind die Umsätze des letzten Geschäftsjahres der beteiligten Unternehmen, das heisst in diesem Fall der kontrollierenden (Roche) und der kontrollierten (Corange) Unternehmen, massgebend (Art. 3 Abs. 1 lit. b VKU).

9. Weltweit erwirtschaftete Roche im Geschäftsjahr 1996 einen Umsatz von knapp 16 Mrd. und in der Schweiz einen solchen von 291 Mio. CHF. Der weltweite Umsatz von Corange betrug 5.2 Mrd. CHF, wovon über 100 Mio. CHF auf die Schweiz entfielen (die genauen Zahlen sind dem Sekretariat bekannt).

10. Nachdem die Corange am 1. Oktober 1997 eine Tochtergesellschaft veräussert hat, kamen die Zusammenschlusspartner zum Schluss, dass deren Umsatz nicht in Betracht zu ziehen sei; damit wäre der Schwellenwert gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b KG nicht mehr erreicht worden.

11. Die Wettbewerbskommission hat am 20. Oktober 1997 jedoch wie folgt entschieden:

- Der relevante Zeitpunkt für die Bestimmung des letzten Geschäftsjahres ist der Abschluss des Verpflichtungsgeschäftes.
- Es werden nur diejenigen ausserordentlichen Ereignisse in Betracht gezogen, die vor dem Abschluss des Verpflichtungsgeschäftes stattgefunden haben.

12. Da der erwähnte Verkauf der Tochtergesellschaft nach dem Abschluss des Verpflichtungsgeschäftes erfolgt ist, sind die relevanten Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a und b KG überschritten. Das Zusammenschlussvorhaben ist folglich meldepflichtig.

### **3 Vorläufige Prüfung (Art. 10 KG)**

13. Der Zusammenschluss hat Auswirkungen auf die Pharmazeutika- und Diagnostikmärkte. In den nachfolgenden Erwägungen werden die Bereiche Pharmazeutika (A) und Diagnostika (B) getrennt dargestellt. Dabei wird jeder betroffene Markt auf Anhaltspunkte bezüglich der Begründung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 10 Abs. 1 KG) überprüft.

14. Zur Vorabinformation werden die Bereiche genannt, welche für die vorläufige Prüfung des Zusammenschlusses irrelevant und daher nicht weiter zu überprüfen sind:

- Orthopädie: Roche ist weder in diesem Bereich noch in vor- und nachgelagerten Bereichen tätig; der Zusammenschluss führt zu keinen Synergien.
- Riechstoffe: Roche stellt Riechstoffe für Parfums, Eau de Toilettes, Kosmetika, Seifen und andere Haushaltsprodukte her; die Unternehmen der Corange sind weder direkt in solchen Produktemärkten noch in den vor- oder nachgelagerten Märkten tätig. Durch den Zusammenschluss sind keine Synergieeffekte zu erwarten.
- Aromastoffe: Roche produziert natürliche und synthetische Aromastoffe für Getränke, Nahrungsmittel, Tabakprodukte, Mundhygieneprodukte und Tiernahrung. Die Unternehmen der Corange sind auf diesen Märkten nicht tätig. Der Zusammenschluss hat keine Synergien zur Folge.
- Vitamine: Roche stellt, im Gegensatz zu den Unternehmen der Corange, eine breite Palette von Vitaminen in industriellen Mengen her, welche vorwiegend für Tiernahrungsprodukte, Nahrungsmittel, Kosmetika und die pharmazeutische Industrie Verwendung finden. Diese Vitamine unterscheiden sich völlig vom Markt für Vitaminpräparate, die zu den Pharmazeutika gehören und in Apotheken (nicht rezeptpflichtig) vertrieben werden. Durch den Zusammenschluss erfolgen keine nennenswerten Synergien.
- Feinchemikalien: Roche ist in den Bereichen Carotinoide, Zitronensäure, mehrfach ungesättigte Fettsäuren, medizinische Tiernahrungszusätze, Enzyme für die Tiernahrung, Sonnenschutzmittel und Emulsifikatoren aktiv, die Unternehmen der Corange sind dies dagegen nicht. Es bestehen keine signifikanten Lieferbeziehungen zwischen Roche und BM für diese Produkte, so dass Synergieeffekte kaum auftreten.

- Biochemische Produkte: BM produziert eine grosse Palette biochemischer Substanzen für Forschungslaboratorien in der Industrie, in Spitälern und Universitäten. Der Markt ist stark segmentiert und BM verfügt in der Schweiz nur über geringe Marktanteile. Roche stellt keine entsprechenden Produkte her, so dass durch den Zusammenschluss keine Synergien entstehen.
- Die Tätigkeitsbereiche der am 1. Oktober 1997 veräusserten Corange-Tochtergesellschaft fallen ausser Betracht, da der Erwerb durch eine von den beteiligten Unternehmen unabhängige Drittpartei erfolgte.

### **3.1 Pharmazeutika**

#### **3.1.1 Marktabgrenzung**

15. Um die betroffenen Märkte nach Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU bestimmen zu können, müssen die sachlich und räumlich relevanten Märkte abgegrenzt werden.

##### **3.1.1.1 Sachlich relevanter Markt**

16. Der sachlich relevante 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 lit. a VKU).

17. Arzneimittel können gemäss der ATC-Klassifikation (Anatomical Therapeutic Chemical Classification Index) eingeordnet werden. Diese Klassifikation ist in mehrere Stufen gegliedert. Die erste Stufe gibt die generellen therapeutischen Gruppen wieder. In den höheren Stufen (2, 3 und 4) werden diese Therapiegruppen nach medizinischen Kriterien weiter aufgegliedert. Pharmazeutika derselben höheren Stufe sind in der Regel engere Substitute als auf einer tieferen Stufe.

18. Die ATC-Klassifikation wird von der WHO anerkannt und wurde ebenfalls von der EU-Kommission und den Deutschen Kartellbehörden angewandt [vgl. z.B. Fall IV/M. 632, Rhône Poulenc Rorer/ Fisons vom 21.09.1995; Beschluss des KG Berlin vom 18.10.1995, Kart 18/93 (Fresenius/Schiwa), WuW OLG 5549].

19. Für die Abgrenzung der einzelnen sachlich relevanten Produktmärkte wird in einem ersten Schritt den therapeutischen Klassen der ATC-Klassifikation der Stufe 3 gefolgt. Soweit sich hier kombinierte Marktanteile von über 20% oder alleinige Marktanteile von über 30% ergeben, werden die Produktmärkte auf Stufe 4 dargestellt, was einer noch engeren Marktabgrenzung entspricht.

20. Die gewählte sachliche Marktabgrenzung wird von den befragten Konkurrenten und Kunden als sinnvoll erachtet.

21. Zur Überprüfung werden die in diesem Fall gemäss den ATC-Kriterien betroffenen Märkte mit den therapeutischen Gruppen des Arzneimittel-Kompendiums der Schweiz verglichen. Letzteres dient Ärzten und dem Fachhandel als Entscheidungsgrundlage im Therapie-einsatz und beeinflusst somit den wertmässig grössten Teil der Nachfrage nach Arzneimitteln. Dieser Vergleich ergibt, dass die Marktabgrenzung nach ATC mit den therapeutischen Kategorien des Arzneimittel-Kompendiums übereinstimmt.

22. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass die Medikamente innerhalb der höheren ATC-Klassen funktional austauschbar sind, selbst wenn sie den Wirkstoff-einteilungen innerhalb der therapeutischen Gruppen des Kompendiums nicht immer entsprechen.

23. Die Notwendigkeit eines Expertengutachtens, welche weitere Kriterien (wie z.B. Zusammensetzung, Eigenschaften/Wirkungen, Pharmakokinetik, Indikationen/ Anwendungsmöglichkeiten, Dosierung/ Anwendung, Anwendungseinschränkungen, Unerwünschte Wirkungen, Interaktionen) in Betracht ziehen, ist für die Zwecke der vorläufigen Prüfung nicht gegeben.

24. Es können indes zusätzliche, nachfrageseitige Kriterien zur Markt-abgrenzung beigezogen werden. So kann beispielsweise unterschieden werden zwischen

- rezeptpflichtigen und nicht-rezeptpflichtigen Medikamenten, sowie
- Arzneimitteln, die von Krankenkassen rückvergütet und solchen, die nicht rückvergütet werden.

25. Für rezeptpflichtige Medikamente (IKS-Kategorie A und B oder Rx-Markt) muss die funktionale Austauschbarkeit aus der Sicht der Verschreiber (d.h. des Arztes) geprüft werden, für nicht-rezeptpflichtigen Arzneimittel (IKS-Kategorie C, D und E oder OTC-Markt) ist die Sicht der Patienten oder deren Berater (Apotheker/ Drogist) massgebend.

26. Diese Kriterien dienen aber vor allem der Marktabgrenzung in Fragen des Vertriebs von Arzneimitteln über die verschiedenen Kanäle (Handel, Ärzte) und spielen somit weniger eine Rolle in der sachlichen Markt-abgrenzung als in der räumlichen Definition der relevanten Märkte.

### ***3.1.2 Räumlich relevanter Markt***

27. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Markt-genseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU).

28. Allgemein ist festzustellen, dass die Nachfrage nach Pharmazeutika fast ausschliesslich auf dem schweizerischen Markt gedeckt wird. Allerdings sind die meisten bedeutenden ausländischen Produkte auf dem schweizerischen Markt erhältlich (Importe). Demgegenüber sind Direktim-

porte durch die Endabnehmer und/oder Parallelimporte durch Intermediäre aufgrund von privatrechtlichen Vereinbarungen und öffentlich-rechtlichen Regelungen über den Vertrieb von Medikamenten kaum von Bedeutung. Zu den wichtigsten solchen Regelungen gehören:

- behördliche Zulassungserfordernisse für den Vertrieb in der Schweiz;
- behördliche Regeln, nach welchen die Grossisten nur bei offiziell registrierten Unternehmen (Vertreiber und Importeure) einkaufen dürfen;
- behördliche Regelungen bezüglich des Fachhandels;
- Regelungen der Sanphar (Verein der Hersteller, Grossisten und Fachhändler) betreffend die Zulassung von Grossisten;
- Einräumung von exklusiven Vertriebsrechten seitens der Hersteller an die jeweilige Vertriebsfirma mit der Bedingung, in der Schweiz nur über bestimmte Kanäle zu liefern.

29. Die öffentlich-rechtlichen Vorschriften, welche von in- und ausländischen Anbietern von Arzneimitteln gleichermaßen berücksichtigt werden müssen, konstituieren aus Sicht der Marktgegenseite einen räumlichen Markt, der sich auf die Schweiz beschränkt (Art. 11 RZ 3 lit. b VKU).

### ***3.1.3 Betroffene Märkte***

30. Als vom Zusammenschluss betroffen gelten gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte, 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. Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

31. Die verwendeten Marktanteilsdaten beruhen im wesentlichen auf den IHA/GfM Statistiken, deren Klassifikation weitestgehend der ATC-Klassifikation entspricht.

32. Durch den Zusammenschluss sind gemäss Stufe 4 der ATC-Klassifikation 27 Pharmazeutika-Märkte betroffen, auf denen nur Roche, sowie ein Markt, auf welchem nur BM tätig ist.

33. Die Märkte und die entsprechenden Marktanteile sind dem Sekretariat bekannt. An dieser Stelle wird auf eine detaillierte Darstellung dieser Märkte verzichtet, da eine Aufzählung der betroffenen Märkte zu keinem besseren Verständnis der Argumentation beiträgt.

### **3.2 Aktueller Wettbewerb**

34. Gestützt auf IHA/GfM-Statistiken machen die Parteien geltend, dass der gesamte Pharma-Marktanteil von Roche in der Schweiz zwischen 5 und 10 Prozent betrage. Damit liege Roche insgesamt an zweiter Stelle.

35. Die von BM angegebenen Umsatzzahlen entsprechen nicht völlig jenen, welche in den Marktstatistiken der IHA/GfM erscheinen, da nicht sämtliche Umsätze durch die Statistiken der IHA/GfM erfasst werden. Insgesamt beträgt der Marktanteil von BM in der Schweiz zwischen 0,5 und 1,5 Prozent.

36. An erster Stelle liegt in der Schweiz Novartis, gefolgt von Roche, Glaxo Wellcome, Merck & Co und Astra. Die von der IHA/ GfM erfassten Daten zeigen, dass alle international bedeutenden Anbieter auch in der Schweiz tätig sind. Der Zusammenschluss führt weder zu einer wesentlichen Erhöhung des Gesamtmarktanteils von Roche noch zu einer Veränderung obiger Rangfolge.

37. Weltweit betrachtet war Roche im Pharmazeutika-Markt 1996 an zehnter Stelle hinter u.a. Glaxo Wellcome, Novartis und Merck & Co. BM findet sich an 39. Stelle.

38. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass der Zusammenschluss zwischen Roche und BM sowohl in der Schweiz als auch weltweit zu keiner Beschränkung des wirksamen aktuellen Wettbewerbs führt.

### **3.3 Potentieller Wettbewerb, Forschung und Entwicklung, Produktneueinführungen und Markteintritte**

39. Obwohl sich der räumlich relevante Markt aus Sicht der Nachfrageseite auf die Schweiz bezieht, ist aus der Sicht der Hersteller internationale bzw. globale Konkurrenz zu berücksichtigen. Im Pharmageschäft hat der Herstellerwettbewerb zwei Hauptkomponenten. Einerseits herrscht internationale Innovationskonkurrenz (Wettbewerb um Patentrechte), andererseits kommt nach Ablauf des Patentschutzes globaler Imitationswettbewerb (Generika) hinzu. Patent-rechtlich geschützte Medikamente und Generika werden in der Regel international vermarktet.

40. Der Wettbewerb über Forschung und Entwicklung (Innovationswettbewerb und Imitationswettbewerb) wird global geführt. Die Entwicklung eines neuen Medikaments erfordert dessen weltweite Vermarktung, damit die hohen Kosten der Entwicklung amortisiert werden können.

41. Was Markteintrittskosten auf dem Pharmamarkt anbelangt, sind insbesondere folgende Feststellungen relevant:

- Die Entwicklungskosten eines Medikamentes sind sehr hoch. Gemäss Büchel und Mathis (Interpharma Broschüre (1997), Patente in der Bio- und Gentechnologie, S. 12) betragen diese Kosten durchschnittlich ca. CHF. 500 Mio.

- Die Entwicklung eines Arzneimittels ist sehr zeitintensiv, d.h. sie kann sich über 8 bis 12 Jahre erstrecken.
- Ausserdem müssen hohe Entwicklungsrisiken getragen werden. Die Testperiode der klinischen Versuche gliedert sich in drei Phasen: gemäss den Parteien scheitert die Einführung eines Arzneimittels mit einer Wahrscheinlichkeit von 90% bereits in der Phase 1. Die entsprechenden Wahrscheinlichkeiten für die Phasen 2 und 3 betragen etwa 75% bzw. 50%;
- Zudem müssen Medikamente bei der Interkantonalen Kontrollstelle für Heilmittel (IKS) registriert werden (vgl. Art. 10ff. Regulativ über die Ausführung der Interkantonalen Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel vom 25. Mai 1972, IKS-Regulativ), was mit weiteren Kosten und Zeitverlusten verbunden ist.

42. Diese hohen (strukturellen) Markteintrittsbarrieren helfen zu erklären, weshalb es in den letzten fünf Jahren keine signifikanten Markt-Neuzutritte auf der Stufe der 'global players' (Glaxo Wellcome, Novartis) gegeben hat. Hingegen treten kontinuierlich kleinere, sog. 'start-up companies' in den Markt ein. Besonders in den USA gibt es zahlreiche, auf die Entwicklung neuer Produkte spezialisierte Neugründungen, deren Produkte in der Regel nach der Entwicklungsphase über Lizenzen von etablierten Pharmaherstellern vertrieben werden. Es gibt keine besonderen Schwierigkeiten, mit erfolgversprechenden Produkten im Markt aufzutreten.

43. Durch den Unternehmenszusammenschluss Roche-Corange ändert sich kaum etwas am F&E-Potential der Zusammenschlusspartner im Pharmabereich. Zusammen sind sie im Weltmarkt zu klein, um die aktuelle und potentielle Konkurrenzlage diesbezüglich entscheidend zu beeinflussen.

### ***3.4 Nachfragebedingungen bzw. Stellung der Markt-gegenseite***

44. Weder Roche noch BM verfügen in der Schweiz über eigene Vertriebskanäle zum Einzelhandel (Apotheken) beziehungsweise zu den Endverbrauchern, so dass sowohl Roche und BM auf solche angewiesen sind.

45. Der überwiegende Teil der Pharmazeutika wird über den Grosshandel vertrieben; daneben sind hauptsächlich die Spitäler sowie zu einem geringen Anteil andere Abnehmer wie die Armee oder Krankenversicherer von Bedeutung.

46. Der wichtigste Grossist ist Galenica, gefolgt von Habeba/ EVZA, Uhlmann-Eyraud, Voigt AG, Unione und Hausmann.

47. Medikamente werden gemäss dem IKS-Regulativ in Abhängigkeit der Verkaufsart nach folgenden Kategorien eingeordnet:

- a. Abgabe durch Apotheken bei verschärfter Rezeptpflicht;
- b. Abgabe durch Apotheken gegen ärztliches Rezept;

- c. Abgabe durch Apotheken ohne ärztliches Rezept;
- d. Abgabe durch Apotheken und Drogerien;
- e. Abgabe durch alle Geschäfte.

48. Rezeptpflichtige Medikamente werden normalerweise auf ärztliche Verschreibung gekauft, welche üblicherweise gestützt auf das therapeutische Profil der verfügbaren Medikamente erfolgt.

49. Bei nichtrezeptpflichtigen betroffenen Medikamenten konnte keine Beschränkung auf die Wahl bestimmter Produkte festgestellt werden, so dass dem Preis eine wichtigere Bedeutung als bei rezeptpflichtigen Medikamenten beigemessen werden muss.

50. Die Margen der Fachhändler, Grossisten und Hersteller werden in Anhang 1 zum Reglement über die Selbstkontrolle im Arzneimittelhandel der Sanphar (Margenordnung mit Pufferzonen) fixiert. Sie beziehen sich auf die Publikumspreise, die im Katalog Medwin der Sanphar aufgelistet sind.

51. Desweiteren sei bezüglich der Marktstellung der Marktgegenseite an dieser Stelle auf die Bemerkungen in Ziffer 28 hingewiesen.

52. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss Roche-Corange einen Einfluss auf die erwähnten Gegebenheiten des Arzneimittelvertriebs in der Schweiz haben könnte.

### ***3.5 Die einzelnen betroffenen Märkte***

53. Durch den Zusammenschluss sind 28 Märkte betroffen. Diese wurden einzeln hinsichtlich folgender Kriterien untersucht:

- Substitute (gemäss ATC-Klassifikation und Arzneimittelkompendium);
- Marktanteile der verschiedenen Medikamente in der Schweiz für die Jahre 1994, 1995 und 1996;
- Einführungsjahr sowie, falls gegeben, Ablauf des Patentschutzes;
- Forschungs- und Entwicklungsprojekte.

54. Auf die detaillierten Ausführungen wird im Rahmen dieser Publikation verzichtet, da in keinem der betrachteten Märkte Anhaltspunkte einer Verstärkung oder Begründung einer marktbeherrschenden Stellung bestehen.

### ***3.6 Ergebnis Pharmazeutika***

55. Aufgrund der vorgängigen Analyse des Pharmabereichs können zusammenfassend folgende Schlüsse gezogen werden:

- in keinem der 28 betroffenen Pharmazeutika-Märkten kommt es zu einer Addition von Marktanteilen gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU;

- es bestehen keine bedeutsamen Synergien der Zusammenschlusspartner im Pharmabereich;
- die Bedeutung von Corange (BM) auf dem schweizerischen Pharmazeutikamarkt ist gering;
- die zum Teil starke Stellung von Roche in bestimmten Märkten ist bereits vor dem Zusammenschluss gegeben und wird durch diesen nicht weiter verstärkt;
- aktuelle und potentielle Konkurrenz ist und bleibt wirksam.

56. Aus diesen Gründen ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss von Roche und Corange eine marktbeherrschende Stellung im Pharmabereich begründen oder verstärken könnte (Art. 10 Abs. 1 KG).

## **4 Diagnostika**

### **4.1 Marktabgrenzung**

57. Um die betroffenen Märkte nach Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU zu bestimmen, müssen die sachlich und räumlich relevanten Märkte abgegrenzt werden.

58. Bei Diagnostika wird zwischen Anwendungen in-vitro (ausserhalb des Körpers) und in-vivo (innerhalb des Körpers) unterschieden. In-vitro-Diagnostika (nachfolgend IVD) können weiter in die zwei Hauptsegmente Labordienstleistungen und Herstellung sowie Vertrieb von Reagenzien und Analysegeräten aufgeteilt werden.

59. Der Zusammenschluss zwischen Roche und BM hat Auswirkungen auf den schweizerischen Märkten für IVD, in welchem sich Überschneidungen der Geschäftstätigkeiten der beteiligten Unternehmen im Angebot von Analysegeräten und Reagenzien ergeben. Hingegen sind weder Roche noch BM in der Schweiz auf dem Markt für in-vivo-Diagnostika sowie dem Bereich Labordienstleistungen aktiv.

#### **4.1.1 Sachlich relevanter Markt**

60. Der sachlich relevante 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 lit. a VKU).

61. Die European Diagnostics Manufacturers Association (nachfolgend «EDMA»), hat eine Klassifikation der IVD, den sogenannten «EDMA-Code», entwickelt. Diese Klassifikation ist allgemein unter Betroffenen (Konkurrenten und Kunden) akzeptiert und dient als Basis für ein System zur Erfassung von Marktstatistiken.

62. In der Klassifikation nach der EDMA wird zwischen Reagenzien und Analysegeräten unterschieden. Die Reagenzien werden gemäss dem EDMA-Code in fünf Klassen eingeteilt (erste Stufe), welche ihrerseits in wei-

tere Stufen gegliedert sind. Die Analysegeräte werden lediglich aggregiert ausgewiesen:

- Klasse 11: Reagenzien für die klinische Chemie

Hier geht es um Verfahren, bei welchen mittels chemischer Reagenzien die Konzentration gewisser (vom menschlichen Körper selbst erzeugten) Substanzen in menschlichen Körperflüssigkeiten gemessen wird. Diese Verfahren kommen insbesondere als Routineuntersuchungen für die Diagnose von Erkrankungen wie Diabetes, Kreislauferkrankungen usw. zur Anwendung.

- Klasse 12: Reagenzien für die Immunchemie

Darunter fällt die Verwendung der Antigen-Antikörper-Reaktion im Blut zur Feststellung vor allem infektiöser Erkrankungen, aber auch von Tumoren, hormonalen Dysfunktionen, Allergien, rheumatoiden Erkrankungen und Autoimmun-Erkrankungen.

- Klasse 13: Hämatologie/ Histologie

Dabei wird die Feststellung der Anzahl roter und weisser Blutzellen im Zusammenhang mit der Abklärung von Anämien, Infektionskrankheiten und der Blutgerinnungsfaktoren bezweckt.

- Klasse 14: Mikrobiologie (Kulturen)

Darunter fällt der Nachweis gewisser Bakterien und Viren (durch Züchtung bzw. Verstärkung und ähnliche Techniken).

- Klasse 15: Immunologie der Infektionskrankheiten

Darunter versteht man bspw. die Erkennung von Hepatitis oder anderen Viruserkrankungen.

- Klasse 20: Analysegeräte

63. Die sachliche Marktabgrenzung erfolgt jeweils auf der zweiten Stufe der EDMA-Klassifikation für Reagenzien. Dafür spricht einerseits, dass sich die Tests dieser Unterklassen in technischer Hinsicht unterscheiden und andererseits die entsprechenden Marktanteile der Unternehmen jeweils stark variieren.

64. Eine Ausnahme bilden die Klassen 11.01 (Enzyme), 11.02 (Substrate), 11.03 (Elektrolyten), 11.04 (Elektroden und Biosensoren) sowie 11.50 (Standards und Controls), welche in der klassischen klinischen Chemie zur Anwendung kommen. Diese Klassen werden zusammen als ein Markt betrachtet. Diese Zusammenfassung ist sinnvoll, da diese Reagenzien gleiche gemeinsame Eigenschaften aufweisen und i.d.R. jeweils vom selben Hersteller bezogen werden.

65. Soweit die Unternehmen ihre Daten der EDMA melden, entspricht diese Abgrenzung für Schnelltests praktisch ohne Einschränkungen den Marktrealitäten, da diese Tests ohne Analysegeräte durchgeführt werden.

66. Die Plazierung bzw. Verbreitung der Analysegeräte ist für die Zwecke der vorläufigen Prüfung nur mit einem unverhältnismässigen Aufwand zu ermitteln. Daher stellt sich die Frage, ob und wie diese in die Marktabgrenzung der diagnostischen Tests gemäss der zweiten Stufe der EDMA-Klassifikation für Reagenzien einbezogen werden können, welche mittels Analysegeräten durchgeführt werden.

67. Folgende Gründe sprechen für eine gekoppelte Betrachtungsweise der Reagenzien und Analysegeräte:

- Alle wichtigen Anbieter von Analysegeräten bieten gleichzeitig auch eine entsprechende Palette von Testreagenzien an.
- Die Kunden beziehen die Reagenzien i.d.R. vom Anbieter der Analysegeräte. Für Kunden von Roche trifft dies zu 90% zu, der entsprechende Anteil bei BM beträgt 80%.
- In der klassischen klinischen Chemie und der Immunchemie werden praktisch 100% der Tests auf Analysegeräten durchgeführt.
- Die Bezahlung der Analysegeräte erfolgt in vielen Fällen indirekt über den Bezug der Reagenzien, d.h. die Verkäufe von Analysegeräten sind implizit in den Umsätzen für Reagenzien enthalten. In welchem Ausmass dies zutrifft, ist aber nicht bekannt.
- Analysegeräte sind in den Statistiken lediglich aggregiert ausgewiesen, also nicht in weitere Segmente, analog der Klassen für Reagenzien, aufgeteilt.

68. Abklärungen haben ferner ergeben, dass es auch aus folgendem Grund sinnvoll ist, Analysegeräte den Märkten für Reagenzien zuzuordnen:

Hinsichtlich der technologischen Entwicklung im IVD-Markt ist eine klare Entwicklung hin zu geschlossenen Systemen festzustellen, d.h. es werden Analysegeräte angeboten, die ausschliesslich zum Verbrauch von Reagenzien desselben Herstellers geeignet sind.

69. Dementsprechend ist die grosse Mehrheit der befragten Marktteilnehmer davon überzeugt, dass die Beziehung zwischen Reagenzien und Geräten in Zukunft noch enger werde und eine getrennte Betrachtung der Märkte nicht sinnvoll wäre.

70. Folglich ist es nicht zweckmässig, Analysegeräte und Reagenzien getrennt zu betrachten. Diese Abgrenzung gemäss der Reagenzienklassen beinhaltet implizit auch die Analysegeräte, d.h. die Umsatzzahlen bzw. Marktanteile betreffend die jeweiligen Reagenzienklassen entsprechen deshalb auch den gesamten Anteilen (Reagenzien und Analysegeräte) im IVD-Markt.

71. Im Hinblick auf eine vorsichtige und umfassende Argumentation wurden die Analysegeräte, soweit ermittelbar, insbesondere in qualitati-

ver Hinsicht in die Erwägungen einbezogen, da diesen eine vorentscheidende Bedeutung bezüglich dem Umsatz mit Reagenzien in den IVD-Märkten beikommt.

72. Als relevanter sachlicher Markt werden auch die sogenannten Amplifikations-Technologien betrachtet, in welchem Roche mit der PCR-Technologie (Poymerase Chain Reaction) präsent ist. Mittels dieser Technologie können Tests durchgeführt werden, welche sowohl die in den EDMA-Statistiken erfasste Mikrobiologie als auch die Immunologie infektiöser Erkrankungen betreffen. Mit der PCR-Technologie kann innert kürzester Zeit ein einzelnes Gen oder ein Segment von DNA millionenfach kopiert werden (Amplifikation), was eine rasche Feststellung von Krebszellen, Infektions- und Erbkrankheiten erlaubt.

#### **4.1.2 Räumlich relevanter Markt**

73. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren und Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU).

74. Die vorläufige Prüfung hat ergeben, dass es sich bei dem Markt für IVD aus der Sicht der Nachfrage um einen nationalen Markt Schweiz handelt, in welchem praktisch alle bedeutenden nationalen und ausländischen Hersteller präsent sind. Für eine nationale Abgrenzung des Marktes sprechen folgende Gründe:

- Die Kunden beziehen die benötigten IVD-Produkte fast ausschliesslich in der Schweiz.
- Insbesondere bei Analysegeräten kommt einem zuverlässigen und prompten Service eine hohe Bedeutung zu, um Betriebsausfälle, insbesondere im Bereich von Notfall-Labors, auf ein Minimum zu reduzieren. Die Wahrnehmung einer rund-um-die-Uhr Serviceleistung bedingt die nationale Präsenz.
- Es wurde verschiedentlich das Argument vorgetragen, dass zum Teil beträchtliche internationale Preisdifferenzen für IVD-Produkte bestehen. Diese ergeben sich vor allem wegen den lokal unterschiedlichen Vertriebskosten.
- Der Bezug von IVD-Produkten auf dem internationalen Markt ist gemäss Kundenangaben administrativ aufwendig (Zoll) und daher kaum eine valable Alternative.
- Gemäss Aussagen einiger Kunden, verweigern die Vertreiber im Ausland, Geräte oder Reagenzien in grossen Mengen (parallel) in die Schweiz zu exportieren.

#### **4.1.3 Betroffene Märkte**

75. Vom Zusammenschluss betroffen werden gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte, 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. Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

76. Die ermittelten Marktanteile beruhen auf den nationalen EDMA-Statistiken, welche in der Schweiz durch den Schweizerischen Verband der Diagnostika- und Diagnostika-Geräte- Industrie (SVDI) erstellt werden. Für die Schweiz kann davon ausgegangen werden, dass angesichts der gemeldeten Daten rund 85-90% der Umsätze auf statistischen Angaben beruhen, der Rest wird jeweils geschätzt.

77. Die folgende Tabelle zeigt die betroffenen IVD-Märkte, in welchen der gemeinsame Marktanteil von Roche und BM 20% oder mehr beträgt. Die Marktanteile sind dem Sekretariat bekannt. Auf die Publikation der Daten wird verzichtet, da die Parteien glaubhaft gemacht haben, dass aufgrund des Meldesystems des SVDI den Herstellern lediglich die eigenen Marktanteile zugänglich sind (Geschäftsgeheimnisse) und deren Veröffentlichung zum Vorteil anderer Marktteilnehmer gereichen würde.

<i>Markt</i>	<i>EDMA-Code</i>
<i>Klassische klinische Chemie</i>	11.01-.04,50
<i>Immunchemie/</i> Tumor Markers	12.03
<i>Immunchemie/</i> Toxikologie/ Drogen-nachweis	12.09
<i>Immunchemie/</i> Standards und Controls	12.50
<i>Immunchemie/</i> Schnelltests	12.70
Andere <i>Immunchemie</i>	12.12,90

78. BM weist in folgenden Märkten einen alleinigen Marktanteil von mehr als 30% auf. Auf ein Veröffentlichung der Marktanteile wird mit der in RZ 77 genannten Begründung verzichtet.

<i>Markt</i>	<i>EDMA-Code</i>
<i>Klinische Chemie/</i> Rapid Strip/ Tablet Tests	11.70
<i>Hämatologie/</i> Hämostasis	13.02

79. Als betroffener Markt werden auch die Amplifikationstechnologien betrachtet. Dabei handelt es sich um einen enorm dynamischen und stark

wachsenden Bereich des Diagnostika-Marktes, in welchem Roche mit der PCR-Technologie eine sehr starke Stellung einnimmt.

#### **4.2 Aktueller Wettbewerb (insgesamt)**

80. Das Volumen des weltweiten IVD-Marktes betrug 1995 USD 16 Mia., wovon 34% in Europa umgesetzt wurden. Mit einem Anteil von 39% ist Nordamerika der bedeutendste Diagnostika-Markt. In Japan werden rund 17 Prozent des weltweiten Umsatzes erzielt, in den übrigen Ländern rund 10%.

81. Gemäss einer Studie der unabhängigen Investmentbank CS-First Boston sind Roche und BM zusammen die weltweit grössten Anbieter von Diagnostika, wobei sie insbesondere in der klinischen Chemie eine starke Stellung einnehmen (neben Beckman und Johnson & Johnson). Auf dem Weltmarkt für Diagnostika sind folgende Anbieter (neben Roche und BM) von Bedeutung: Abbott, Johnson & Johnson, Dade (inkl. Behring), Becton Dickinson, Bayer, Coulter, Chiron, Beckman, Biomérieux und Sanofi Pasteur.

82. Gemäss den EDMA-Statistiken des SVDI beträgt das Gesamtumsatzvolumen des schweizerischen IVD-Marktes für das Jahr 1996 CHF 276,57 Mio., wobei CHF 60,65 Mio. (21,9%) auf Analysegeräte und CHF 215,57 Mio. (78,1%) auf Reagenzien entfallen. Allerdings sind diese Anteile irreführend, da, wie bereits erwähnt, die Analysegeräte in vielen Fällen indirekt über den Kauf von Reagenzien bezahlt werden.

83. Auf dem gesamten schweizerischen IVD-Markt hat BM den grössten Marktanteil. Roche folgt hinter Abbott an dritter Stelle. Insgesamt sind gemäss den Statistiken des SVDI auf dem schweizerischen Markt 35 Unternehmen aktiv, wobei die wichtigsten alle international tätig sind.

84. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass Roche und BM auch nach dem Zusammenschluss sowohl in der Schweiz als auch weltweit wirksamem aktuellem Wettbewerb ausgesetzt sein werden.

#### **4.3 Potentieller Wettbewerb, Forschung und Entwicklung, Produktneueinführungen und Markteintritte**

85. Aus der Sicht der Anbieter herrscht im IVD-Markt globaler Wettbewerb, dessen Motor die Forschung und Entwicklung ist. Eine statische bzw. strukturelle Betrachtung stellt lediglich eine Momentaufnahme eines sich schnell wandelnden Marktes dar.

86. Die Beachtung dynamischer Aspekte bezieht sich insbesondere auf die technische Entwicklung der Analysegeräte, welche weitgehend den Verkauf der Reagenzien und die künftige Entwicklung des IVD-Marktes bestimmt.

87. Die Entwicklung der Analysegeräte hat in den letzten Jahren enorme Fortschritte gemacht und steht, gemäss Angaben der Parteien, zur Zeit

an der Schwelle einer technischen Revolution, die zu einer völlig neuen Generation von Geräten führt. Die Hauptmerkmale dieser Entwicklung, welche sowohl von Konkurrenten als auch Kunden und neutralen Sachverständigen bestätigt wurden, sind Folgende:

- Die Einführung sogenannter integrierter oder modularer Systeme; vereinfacht ausgedrückt heisst dies, dass die Analysegeräte Tests verschiedener IVD-Segmente (Klassische klinische Chemie, Immunchemie etc.) durchführen können, d.h. die Testmenues breiter werden.  
Solche Systeme werden bereits von verschiedenen Unternehmen angeboten (z.B. Abbott, Dade/ Behring, Beckman/ Coulter etc.).
- Es ist ein eindeutiger Trend in Richtung geschlossener Systeme festzustellen, d.h. ein Analysegerät bedingt die Verwendung bestimmter Reagenzien (i.d.R. des Herstellers des Analysegerätes). Dies ermöglicht eine Optimierung der Durchführung der Tests, führt aber zu einer Aneinanderkoppelung der Märkte für Reagenzien und Analysegeräte.

88. Diese Entwicklung zwingt die Anbieter von IVD, komplette Produktpaletten für die verschiedenen Segmente anzubieten, ihr Angebot gegebenenfalls also auszudehnen. Dadurch wird die vorherrschende Aufteilung des IVD-Marktes in die verschiedenen Segmente (Klassische klinische Chemie, Immunochemie, Hämatologie etc.) mit jeweiligen Marktführern in den einzelnen Bereichen tendenziell abnehmen.

89. In der Ausgabe vom 23. Mai 1996 des Magazins SPECTRUM wird in diesem Zusammenhang festgestellt:

«The emergence of such multidiscipline automated instrumentation has placed new pressure on IVD manufacturers that may be dominant in a single diagnostic segment. The versatility of such systems permits single-system analysis across diagnostic disciplines hitherto regarded as discrete and individual laboratory units, including chemistry, haematology, virology and immunology».

90. Die Tendenz in Richtung «generelle Anbieter» von IVD bzw. der Kampf um die Plazierung der neuen Systeme bewirkt erwartungsgemäss eine Schwächung der heute teilweise vorhandenen dominanten Stellung von Herstellern in bestimmten IVD-Segmenten, wie z.B. der starken Stellung von BM in der klassischen klinischen Chemie.

91. Eine grosse Herausforderung für die klassische klinische Chemie stellt die Entwicklung von Technologien dar, die keiner Reagenzien mehr bedürfen und daher in der Lage sind, die herkömmlichen Technologien komplett zu ersetzen. Zu diesen Technologien sind beispielsweise Sensoren und Infrarot-Spektroskopie zu zählen (vgl. Analytical Chemistry, Vol. 66 No 1 January 1, 1994; Clinical Chemistry, 38, 1623,1992).

92. Die Forschungs- und Entwicklungsmöglichkeiten anderer Hersteller werden durch den Zusammenschluss nicht eingeschränkt. Ebenfalls bestehen keine nichttarifären oder diskriminierenden Handelshemmnisse, welche die Vermarktung einer Neuentwicklung im schweizerischen Markt beschränken.

93. Im Zusammenhang mit diesen weitreichenden Entwicklungen und der Marktdynamik sind auch die vielen Allianzen und Akquisitionen im IVD-Markt zu sehen, welche die Neustrukturierung in diesem Markt belegen:

- 12.1993: Abbott kauft Sequoia Turner (Hämatologie);
- 10.1994: Bain erwirbt das diagnostische Geschäft von Baxter und bildet Dade;
- 11.1994: Johnson & Johnson kauft Kodak Clinical Diagnostics;
- 5.1995: Dade kauft die diagnostische Division von Du Pont;
- 9.1995: Beckman kauft Hybritech (Immunchemie);
- 6.1995: Behring kauft Syva;
- 4.1996: Abbott kauft Medisense (Patient Care);
- 3.1997: Beckman kauft einen Teil von Sanofi's Division Diagnostika;
- 3.1997: Abbott kauft Alcyon (klinische Chemie);
- 3.1997: Behring und Dade fusionieren;
- 5.1997: Abbott bildet eine Allianz mit Toshiba auf dem Gebiet der klinischen Chemie (neue Analysegerätegeneration);
- 9.1997: Beckman kauft Coulter (Marktführer Hämatologie).

94. Zusammenfassend kann auf dem IVD-Markt ein rascher Wandel festgestellt werden, welcher insbesondere durch die Entwicklung im Bereich der Analysegeräte sowie der Entwicklung neuer Technologien bestimmt wird. Dieser Wandel hat zum Teil bereits eingesetzt; es besteht jedoch weitgehend Konsens, dass sich die Entwicklung in Zukunft beschleunigen wird und in den kommenden Jahren eine erhebliche Verschiebung von Marktanteilen bewirken dürfte.

95. Allein aus dieser Optik scheint die Wahrscheinlichkeit, dass durch den Unternehmenszusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG in den relevanten sachlichen Märkten entsteht, kaum bzw. nicht gegeben. Potentielle Konkurrenz ist und bleibt auch nach dem Zusammenschluss wirksam.

#### ***4.4 Nachfragebedingungen bzw. Stellung der Marktgegen-seite***

96. Bei der Nachfrage nach IVD kann unterschieden werden zwischen Schnelltests sowie Tests, welche sowohl Analysegeräte als auch Reagenzien bedingen.

97. Schnelltests (z.B. zur Überprüfung des Blutzuckerspiegels, Schwangerschaftstests) werden direkt von Ärzten oder dem Publikum (Laien) angewendet, d.h. sie bedürfen keiner Analysegeräte. Die Tests müssen bei der IKS registriert werden, falls sie an das Publikum verkauft werden bzw. in Drogerien oder Apotheken erhältlich sind.

98. Tests, welche den Einsatz von Reagenzien und Analysegeräten bedingen, werden von medizinischen Laboratorien, Spitälern oder Ärzten (Kleinlabors) nachgefragt.

99. Im Gegensatz zu Pharmazeutika erfolgt der Vertrieb von IVD-Produkten zu etwa 80% oder mehr direkt an die Endabnehmer.

100. Hinsichtlich der Nachfragestruktur, dem Nachfrageverhalten sowie den Nachfragebedingungen konnten folgende relevante Feststellungen gemacht werden:

- Von Seiten der Abnehmer von IV-Diagnostika wird geltend gemacht, dass bezüglich der Wahl von Reagenzien oder Analysegeräten immer die Wahl zwischen verschiedenen Anbietern besteht.
- Deregulatorischer Kostendruck im schweizerischen Gesundheitswesen: seit 1991 sind die Tarifpunkte für Labordienstleistungen um rund 15-20% zurückgegangen. Diese Preissenkungen werden wenn immer möglich auf die Hersteller überwältzt, deren Produkte mit einem Kostenanteil von etwa 25% den zweitgrössten Kostenfaktor für Labors darstellen (die Personal-kosten betragen etwa 50%). Dementsprechend preis-/ leistungs-bewusst wird eingekauft.

101. Auf Seiten der Nachfrager führt dieser Rationalisierungs- und Kostendruck tendenziell auch zu einem Konzentrationsprozess. Beispiele für den Strukturwandel auf der Nachfrageseite sind die Bildung multinational tätiger Ketten von Laboratorien (wie z.B. die schweizerische Unilab-Gruppe) oder von Einkaufsgemeinschaften. Dies ermöglicht der Nachfrageseite, stärker auf dem Markt aufzutreten und die Preise immer mehr zu beeinflussen. Hinsichtlich der Preisentwicklung der Reagenzien kann eine tendenzielle Erodierung festgestellt werden, welche neben einer verstärkten Nachfragemacht auf den Rückgang im Reagenzienverbrauch, auf Überkapazitäten auf Herstellerseite sowie auf den erwähnten Kostendruck im Gesundheitswesen zurückzuführen ist.

#### ***4.5 Die einzelnen betroffenen Märkte***

102. Durch den Zusammenschluss sind acht Märkte gemäss der zweiten Stufe der EDMA-Klassifikation sowie Amplifikationstechnologien betroffen.

103. An dieser Stelle sollen, soweit notwendig, Präzisierungen und allfällige Abweichungen zu den allgemeinen Ausführungen über den aktuellen und potentiellen Wettbewerb sowie die Stellung der Marktgegenseite dargestellt werden.

104. Bezüglich der Analysegeräte, welche integraler Bestandteil aller Tests (ausser Schnelltests) sind, können die Ergebnisse der vorläufigen Prüfung folgendermassen zusammengefasst werden:

- BM ist vorwiegend auf dem Segment für Kleinlabors (Arzt-praxen) tätig. Roche hat sich aus diesem Bereich praktisch ganz zurückgezogen.
- In Zentrallaboratorien nimmt Roche bei den kleineren Geräten (Cobas Mira) sowie mittleren Geräten (Cobas Integra) eine starke Stellung ein. Demgegenüber ist BM vorwiegend im Segment der mittleren und der Gross-geräte tätig.
- Der Zusammenschluss führt dazu, dass Roche und BM in allen relevanten Segmenten der klassischen klinischen Chemie vertreten sind.
- Bezüglich der starken Stellung von BM muss darauf hingewiesen werden, dass die meisten von BM vertriebenen Analysegeräte vom japanischen Unternehmen Hitachi hergestellt werden, welchem auch die Immaterialgüterrechte an der Technologie der Analysegeräte gehören. Die Stellung von BM ist daher vom Weiterbestehen der Lieferbeziehungen mit Hitachi abhängig.
- Von Seiten der Kunden wurde bestätigt, dass in allen Segmenten die Wahl zwischen Geräten verschiedener Hersteller besteht.

#### *4.5.1 Klassische klinische Chemie (EDMA 11.01-04.50)*

105. In der klassischen klinischen Chemie werden die Produktruppen 11.1-04,50 der EDMA-Klassifikation zusammengefasst. Wie oben bereits erwähnt werden diese Tests praktisch zu 100% mit Analysegeräten durchgeführt.

106. Etwa 80% des Umsatzes entfallen auf Enzyme (EDMA 11.01) und Substrate (EDMA 11.02), 10% auf Elektrolyten und weitere 10% auf «Standards and Controls». Standards werden für die Kalibrierung der Tests, Controls für die routinemässige Überprüfung der Richtigkeit der Messresultate im Routinebetrieb gebraucht.

107. Gemäss SVDI-Statistiken sind bezüglich dieser Unterklassen jeweils mindestens zwölf oder mehr Anbieter auf dem schweizerischen Markt tätig.

108. Die vorläufige Prüfung hat ergeben, dass selbst bei der engsten sachlichen Marktabgrenzung, auf der vierten Stufe der EDMA-Klassifikation, für alle von Roche und/ oder BM angebotenen Reagenzien jeweils mindestens eine Alternative auf dem Markt existiert.

109. Ferner hat keiner der angefragten Kunden darauf hingewiesen, dass er in der Wahl der Reagenzien in der klassischen klinischen Chemie auf einzelne Anbieter beschränkt ist.

#### **4.5.2 Schnelltests (Rapid test/ tablet tests, EDMA 11.70)**

110. Der schweizerische Markt für diese Schnelltests wird von sieben international tätige Anbietern bearbeitet.

111. BM ist in diesem Segment ausserordentlich stark vertreten, was vor allem auf die Diabetes-Selbstkontrollprodukte zurückzuführen ist. Roche ist in diesem Segment nicht aktiv, so dass keine Addition von Marktanteilen vorliegt. Durch den Zusammenschluss wird die bereits starke Stellung von BM daher nicht beeinflusst.

#### **4.5.3 Tumor Markers (EDMA 12.03)**

112. Auf diesem Marktsegment sind gemäss SVDI-Statistiken 20 Unternehmen tätig. Abott ist und bleibt auch nach dem Zusammenschluss der grösste Konkurrent. Andere wichtige Marktteilnehmer sind Dade/Behring, Beckman, Chiron, Sanofi und Bühlmann Laboratories.

113. Der kombinierte Marktanteil von Roche und BM ist geringer als der Marktanteil von Abbott.

#### **4.5.4 Toxikologie/ Drogennachweis (EDMA 12.09)**

114. Auf dem schweizerischen Markt sind neben Roche und BM neun weitere Konkurrenten tätig. Der wichtigste Anbieter ist Roche, gefolgt von Abbott und Merck.

115. Trotz des hohen kombinierten Marktanteils, welcher insbesondere auf den Anteil von Roche zurückzuführen ist, kann angesichts der starken Mitkonkurrenten von keiner marktbeherrschenden Stellung gesprochen werden. In der EU beispielsweise beträgt der entsprechende kombinierte Marktanteil von Roche und BM lediglich 5-15%.

#### **4.5.5 Standards und Controls (EDMA-Code 12.50)**

116. Bei diesem Segment handelt es sich um eine Produktgruppe der Immunchemie, welche bei sämtlichen anderen immunochemischen Tests zum Einsatz kommt. Dementsprechend könnten diese Tests den anderen Testkategorien proportional zugeordnet werden.

117. Aus der SVDI-Statistik geht hervor, dass einerseits eine grosse Anzahl (22 im Jahr 1996) von Herstellern entsprechende Reagenzien anbietet und andererseits sich die Reihenfolge der wichtigsten Hersteller gegenüber dem Vorjahr stark verändert hat, was die aktuellen Konkurrenzverhältnisse auf diesem Markt belegen.

#### **4.5.6 Rapid Tests Immunchemie (EDMA-Code 12.70)**

118. Diese Tests werden ohne Verwendung von Analysegeräten, also nicht in Laboratorien, sondern i.d.R. in Arztpraxen durchgeführt.

119. In diesem Markt kann von keiner Begründung oder Verstärkung von einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss gesprochen werden, da einerseits weitere starke Konkurrenten in diesem Markt

auftreten und andererseits sich der kombinierte Markt-anteil innerhalb eines Jahres beinahe halbiert hat.

#### **4.5.7 Andere Immunochemie (EDMA 12.12,90)**

120. Hierbei handelt es sich vorwiegend um Produkte, welche nicht eindeutig den einzelnen Segmenten in der Immunchemie zugeordnet werden können (z.B. Universalröhrchen, Antisera, Pufferlösungen etc.).

121. Der Zusammenschluss hätte gemäss den EDMA-Statistiken eine starke Konzentration des gemeinsamen Marktanteils von Roche und BM zur Folge. Allerdings gibt es klare Hinweise, dass dieser Anteil nicht der Realität entspricht und dieser Bereich aus wettbewerblicher Sicht unproblematisch ist:

- Die EDMA-Klassifikation wurde zwischen 1995 und 1996 neu eingeteilt. Es ist daher sehr wahrscheinlich, dass einzelne Hersteller der EDMA entsprechende Umsätze in anderen Produktgruppen als «Andere Immunchemie» melden. Diese würde auch insbesondere das rapide Ansteigen des Marktanteils von BM erklären.
- gemäss SVDI-Statistiken 1996 sind zehn entsprechende Anbieter auf dem Markt tätig.
- Das Marktvolumen ist mit CHF 0,91 Mio. sehr gering, was etwa 1,5% der gesamten Immunchemie ausmacht (CHF 61,86 Mio 1996).

#### **4.5.8 Hämostasis**

122. Gemäss SVDI-Statistiken sind neben BM zwölf weitere Anbieter entsprechender Reagenzien auf dem Markt aktiv. Allerdings macht der in diesem Segment wichtigste Wettbewerber Coulter keine Meldungen an die EDMA.

123. Auf diesem Markt kommt es zu keiner Marktanteilsaddition und zu keiner Veränderung der Stellung von BM, da Roche in diesem Segment nicht tätig ist.

#### **4.5.9 Amplifikationstechnologien**

##### **4.5.9.1 In-vitro-Diagnostika**

124. In diesem sehr schnell wachsenden Bereich der molekularen Diagnostik nimmt Roche weltweit die führende Stellung ein. Im November 1996 hat das Europäische Patentamt (EPA) Roche das Patent auf Schlüsselenzyme der PCR-Technologie erteilt. Die Basispatente laufen in der Schweiz im Jahr 2006 aus. Allerdings besitzt Roche neben den Basispatenten ein Portfolio von zusätzlichen Patenten mit einer längeren Laufzeit von zehn bis zwanzig Jahren.

125. Ein von Patentschutzbereichen völlig freier Marktzugang wird angesichts bestehender Patente von Roche und anderen Herstellern in der PCR-Technologie deshalb nach Ablauf der Basispatente nicht bestehen.

126. Folgende Technologien, welche grundsätzlich austauschbar sind (vgl. Clinical Laboratory News, <http://aacc.org/clin/96features/dec96feat.html>), werden in der Schweiz angeboten:

<i>Amplifikationstechnologien</i>	<i>Anbieter</i>	<i>Ablaufsjahr Patent</i>
bDNA Amplifikation von Chiron	Chiron	2008
NASBA (nucleid acid sequence-based amplification) von Organon Teknika	Organon	2009
LCR (ligase chain reaction) von Abbott	Abbott	2008
TMA transcription mediated amplification für die Detektion von C. Trachomatis	GenProbe	2010
PCR (polymerase chain reaction)	Roche	2006 (Basispatent)

127. Andere Amplifikationstechnologien werden zur Zeit von Labors entwickelt, sind aber noch nicht marktreif («Home brew», vgl. Tabelle unten).

128. Die folgende Tabelle zeigt die Bedeutung der in der Schweiz angewandten Amplifikationstechnologien verschiedener Hersteller. Die Anzahl Sterne gibt die Bedeutung der Hersteller auf dem Markt wieder:

<i>Parameter</i>	<i>STD</i>		<i>HCV</i>		<i>HIV</i>		<i>MTB</i>	
<i>Jahr</i>	1995	1996	1995	1996	1995	1996	1995	1996
<i>Roche</i>	***	**	***	***	***	***	**	**
<i>Abbott</i>	*	**						*
<i>Chiron</i>			*	*		*		
<i>Organon</i>						*		
<i>GenProbe</i>							***	***
<i>Home brew</i>			**	*	*	*		

HCV: Hepatitis C Virus

HIV: Human Immundeficiency Virus

MTB: Mycobacterium Tuberculosis

STD: Sexually Transmitted Diseases (Gonorrhoea)

129. Für den Markteintritt in die PCR-Technologie wird eine Lizenz benötigt und Testkombinationen müssen registriert werden. Roche hat bereits u.a. mit Abbott, Perkin Elmer sowie Johnson & Johnson Lizenzverträge ab-

geschlossen. Eine Lizenzvergabe wirkt sich pro-kompetitiv aus und liegt auch im Interesse von Roche selbst, um die Technologie zu einem weltweit geltenden Standard zu etablieren.

#### 4.5.9.2 Andere Bereiche

130. Neben den oben erwähnten in-vitro-Bereichen wird die PCR-Technologie in der Grundlagenforschung eingesetzt.

131. Roche und BM haben am 19. Juli 1993 einen Lizenzvertrag abgeschlossen. Damit übergibt Roche an BM das Recht, thermostabile Polymerase für den Gebrauch in der PCR Technologie und für das Sequenzieren im Forschungsbereich zu verkaufen (vgl. BM PCR Applications Manual, S. 8ff, <http://biochem.boehringer.com>). Neben BM hat Roche mit 22 anderen Unternehmen derartige Lizenzverträge abgeschlossen.

#### 4.5.9.3 Ergebnis

132. Zusammengefasst zeigt sich folgendes Bild:

- Alternativen zur PCR Technologie sind auf dem Markt vorhanden;
- Roche hat verschiedene Rechte mit Lizenzverträgen übergeben, so dass sie auf dem Markt nicht die einzige Firma ist, die PCR-Technologien anbieten kann;
- BM setzt die PCR Technologie in der Grundlagenforschung ein. Hingegen wendet Roche diese Technologie im IVD-Bereich an.

133. Auch wenn Know-how-Synergien zwischen Roche und BM nicht auszuschliessen sind, hat die Vorprüfung nicht ergeben, dass Roche und BM in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Es bestehen also keine Anhaltspunkte, dass eine marktbeherrschende Stellung in diesem Bereich verstärkt oder begründet wird.

### **4.6 Ergebnis Diagnostika**

134. Aufgrund der vorgängigen Analyse können zusammenfassend folgende Schlüsse gezogen werden:

- Insgesamt wurden acht betroffene Märkte gemäss der Klassifikation nach EDMA auf Stufe 2 sowie Amplifikationstechnologien untersucht. Auf fünf der betroffenen Märkten gemäss EDMA kommt es zu einer Addition von Marktanteilen gemäss Art. 11 Abs.1 lit. d VKU.
- Auf allen betroffenen Märkten bleibt nach dem Zusammenschluss aktuelle und potentielle Konkurrenz wirksam.
- Auf keinem dieser Märkte ergeben sich Anhaltspunkte einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 10 Abs. 1 KG.

## 5 *Ergebnis (Allgemein)*

135. Im Rahmen der Vorprüfung wurden die betroffenen Märkte im Pharma- und Diagnostika-Bereich hinsichtlich einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss untersucht. Die vorläufige Prüfung hat aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte ergeben, dass sich die beteiligten Unternehmen in den betroffenen Märkten nach dem Zusammenschluss von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können. Daher wird der Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung nach Art. 10 Abs. 1 KG sind somit nicht gegeben.

### B 2.2 *3. Diax Mobile 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.*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vertreten durch die Kammer Infrastruktur vom 9. Januar 1998*

#### *1 Das Vorhaben und die Parteien*

1. Am 15. Dezember 1997 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Die Diax Holding AG, Zug («Diax Holding») und die SBC International - Switzerland L.L.C., Delaware, USA («SBCIS») beabsichtigen, die Kontrolle über das Gemeinschaftsunternehmen Diax Mobile AG («Diax Mobile») auszuüben.

2. Mit Diax Mobile wollen sich die Parteien um die zu vergebenden Mobilfunklizenzen in der Schweiz bewerben und anschliessend Dienstleistungen in diesem Bereich in Konkurrenz zur Swisscom anbieten.

3. Aktionäre der Diax Holding sind zur Zeit folgende Unternehmen (genaue Kapitalanteile in % bekannt):

- Aare-Tessin AG für Elektrizität Atel, Olten;
- BKW FMB Energie AG, Bern;
- Centralschweizerische Kraftwerke, Luzern;
- Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, Laufenburg;
- SA l'Energie de l'Ouest-Suisse, Lausanne;
- Nordostschweizerische Kraftwerke, Baden;
- Schweiz. Rückversicherungs-Gesellschaft, Zürich («Schweizer Rück»).

4. SBCIS ist eine Tochtergesellschaft der SBC Communications Inc., San Antonio, Texas, USA («SBC»). SBC ist weltweit eines der grössten Tele-

kommunikationsunternehmen. Ihre Hauptaktivitäten liegen im Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen in Texas, Missouri, Oklahoma, Kansas und Arkansas sowie in den Agglomerationen von Chicago, Boston, Baltimore und Washington DC. Auf internationaler Ebene ist SBC beteiligt an Telekommunikationsunternehmen in Frankreich, Grossbritannien, Israel, Chile, Mexico, Südkorea, Südafrika, Australien und in der Schweiz. Sie beschäftigt rund 110'000 MitarbeiterInnen.

5. Auf eine eingehendere Beschreibung der Parteien wird verzichtet und stattdessen auf die im Publikationsorgan der Wettbewerbskommission «Recht und Politik des Wettbewerbs» (RPW) veröffentlichte Stellungnahme zum Zusammenschlussvorhaben DiAx AG verwiesen (RPW 1997/2, S. 197 ff.).

## **2 Anwendbarkeit der Vorschriften über Unternehmenszusammenschlüsse**

### **2.1 Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)**

6. Die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens (GU) stellt einen Unternehmenszusammenschluss dar, wenn (a) zwei oder mehr Unternehmen ein Unternehmen gründen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, (b) das GU auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (sog. Vollfunktions-GU) und (c) in das GU Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (Art. 2 Abs. 2 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, «VKU»).

7. Auf eine eingehende Beurteilung, ob die drei Bedingungen beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt sind, wird verzichtet. Die Grundsätze für die Gründung der DiAx Mobile (bspw. Anteile am Aktienkapital, Entscheidungsmechanismen, Selbständigkeit des Unternehmens, Dienstleistungsverträge) sind identisch wie bei der Gründung der DiAx AG. Bei der damaligen Vorprüfung hat die Wettbewerbskommission festgestellt, dass ein Unternehmenszusammenschluss nach Art. 4 Abs. 3 lit. b KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 VKU vorliegt (RPW 1997/2, S. 199 f.).

8. DiAx Mobile wird nur auf Dauer bestehen bleiben, falls eine der beiden Mobilfunkkonzessionen durch die Konzessionsbehörde an DiAx Mobile vergeben wird. Die Mutterunternehmen des GU rechnen offensichtlich mit dem Eintreten dieser Bedingung, ansonsten die Gründung sinnlos wäre. Daher kann davon ausgegangen werden, dass das GU auf Dauer angelegt ist. Das Vorhaben ist folglich ein Unternehmenszusammenschluss nach Art. 4 Abs. 3 KG.

### **2.2 Meldepflicht (Art. 9 KG)**

9. Die Meldepflicht ist gegeben, wenn im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss (a) die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden

Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielen; und (b) mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielen.

10. Für die Berechnung der Umsatzschwellen nach Art. 9 Abs. 1 KG ist zunächst zu fragen, wer als am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen gemäss Art. 3 VKU gilt. Im vorliegenden Fall sind es die «kontrollierenden und die kontrollierten Unternehmen» (Art. 3 Abs. 1 lit. b VKU). Kontrolliertes Unternehmen ist Diax Mobile, wobei das neugegründete GU mangels bisheriger Tätigkeit nicht als beteiligtes Unternehmen im Sinn von Art. 3 VKU anzusehen ist (vgl. Komm.KG - Ducrey/Drolshammer, Art. 9 RZ 15, mit Verweis auf die entsprechende Praxis zur EU-Fusionskontrollverordnung). Kontrollierende Unternehmen sind die sechs Elektrizitätswerke («EW»), Schweizer Rück und SBCIS.

11. Dass nicht Diax Holding, sondern die an ihr beteiligten Aktionäre (EW und Schweizer Rück) als beteiligte Unternehmen zu gelten haben, drängt sich aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtung des Sachverhalts auf. Insbesondere deswegen, weil sowohl der Aktionärbindungsvertrag wie auch die Statuten der Diax Holding festlegen, dass sich die EW und die Schweizer Rück in der Diax Holding zum Zwecke zusammengeschlossen haben, Diax AG und jetzt neu auch Diax Mobile zusammen mit der SBCIS zu kontrollieren.

12. Weil mehr als zwei der am Zusammenschluss beteiligten EW Umsätze von mehr als CHF 100 Mio. und alle beteiligten Unternehmen zusammen einen Umsatz von mehr als CHF 2 Mrd. weltweit erzielen (genaue Zahlen dem Sekretariat bekannt), untersteht der Zusammenschluss der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 KG.

### **3 Vorläufige Prüfung (Art. 10 KG)**

13. Vom Zusammenschluss betroffen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU sind in der Regel nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte, 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.

14. Vorab sind die sachlichen und räumlichen Märkte abzugrenzen. Gemäss der Zweckbestimmung von Diax Mobile will das Unternehmen ein umfassendes Bündel an Mobilfunkdienstleistungen anbieten. Der relevante Markt umfasst demnach alle Mobilfunkdienste in der Schweiz.

15. Swisscom hat bis zur Vergabe von zusätzlichen Mobilfunk-lizenzen im Verlauf dieses Jahres eine Monopolstellung für das Angebot von Mobilfunkdiensten. Die an Diax Mobile beteiligten Unternehmen sind denn auch im räumlich relevanten Markt Schweiz noch nicht tätig und erreichen die Mindestmarktanteile von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU weder bei dieser noch bei allen engeren Marktabgrenzungen. Daraus geht hervor, dass

keine Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen (Art. 10 Abs. 1 KG).

#### **4 Ergebnis**

16. Die vorläufige Prüfung ergibt keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Der Zusammenschluss ist daher wettbewerbsrechtlich unbedenklich. Die Wettbewerbskommission, vertreten durch die Kammer Infrastruktur, verzichtet auf die Einleitung eines Prüfungsverfahrens.

17. Der Diax Holding und der SBCIS wird eine Unbedenklichkeitserklärung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU zugestellt (was mit Schreiben vom 9. Januar 1998 bereits geschehen ist).

18. Die vorliegende Stellungnahme ist nicht beschwerdefähig. Fragen wie das vorliegen eines Unternehmenszusammenschlusses, der Meldepflicht sowie die materielle Beurteilung werden - ohne in eine Verfügung gekleidet zu sein - mittels der Form einer Stellungnahme den Parteien und interessierten Kreisen offengelegt.

19. Die Stellungnahme wird der Diax Holding und der SBCIS zugestellt.

#### **20. 4. Comtop II**

*Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 9 KG.*

*Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 9 LCart.*

*Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 9 LCart.*

#### ***Stellungnahme der Kammer Infrastruktur vom 16. Februar 1998***

##### **1 Das Vorhaben und die Parteien**

1. Am 23. Januar 1998 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach ist folgendes beabsichtigt: BKW FMB Beteiligungen AG, Bern («BKW») und AEK Energie AG, Solothurn («AEK»), Muttergesellschaften des Gemeinschaftsunternehmens Comtop AG, Solothurn («Comtop»), sind übereingekommen, die Industriellen Betriebe Aarau, Aarau («IBA») als dritten Partner in Comtop aufzunehmen und diese fortan gemeinsam zu kontrollieren.

2. Gemäss Beteiligungsvertrag vom 23. Dezember 1997 soll das Aktienkapital von Comtop um CHF 125'000.-- auf CHF 375'000.-- erhöht werden, wobei die drei Aktionäre gleiche Anteile halten und der Verwaltungsrat den Beteiligungsverhältnissen entsprechend besetzt werden soll. Die IBA werden ihren Geschäftsbereich Telematik ausgliedern und in das Gemeinschaftsunternehmen einbringen.

3. BKW ist die Beteiligungsgesellschaft der BKW Gruppe. Der Zweck der Muttergesellschaft, BKW FMB Energie AG, Bern, ist die Versorgung und der Handel mit Energie einschliesslich deren Erzeugung sowie die

Erbringung von Energie-, Ingenieur- und weiteren damit zusammenhängenden Dienstleistungen. Der konsolidierte Umsatz von BKW FMB Energie AG betrug im letzten Geschäftsjahr (1996; Zahlen für 1997 liegen noch nicht auf geprüfter Basis vor) CHF 1,067 Mrd..

4. AEK bezweckt den Erwerb, die Erstellung und den Betrieb von Energieerzeugungs- und Verteilanlagen, den Handel mit Energie sowie die Ausführung dazugehöriger Dienstleistungen und die Projektierung, die Erstellung und den Unterhalt von Stark-, Schwachstrom- und Kommunikationsanlagen. Der konsolidierte Umsatz von AEK betrug im letzten Geschäftsjahr (1996) CHF 172 Mio.

5. Die IBA bezwecken die Versorgung der Stadt Aarau und weiterer Gemeinden mit Strom, Gas und Wasser, die Ausführung von Installationsarbeiten sowie die Erbringung damit zusammenhängender Dienstleistungen. Die IBA sind eine öffentlich-rechtliche Anstalt und erzielten im letzten Geschäftsjahr einen konsolidierten Umsatz (1996) von CHF 104 Mio.

6. Comtop ist ein Gemeinschaftsunternehmen von BKW und AEK. Darin werden die Telematikbereiche - eine Kombination von Telekommunikation und Computertechnologie - von BKW und AEK vereinigt. Sie bezweckt die Planung, den Verkauf und die Realisierung von Kommunikationslösungen sowie den Handel mit Komponenten. Der geschätzte Jahresumsatz (1997) von Comtop beträgt CHF 8 Mio.

## **2 Anwendbarkeit der Vorschriften über Unternehmenszusammenschlüsse**

### **2.1 Unternehmen (Art. 2 Abs. 1 KG)**

7. Das Kartellgesetz (KG) ist auf diejenigen Marktteilnehmer anwendbar, die sich - sei es als Anbieter oder als Nachfrager - selbständig als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen. Diese Marktteilnehmer gelten als Unternehmen im Sinne des KG (vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994 [BBI 1995 I 468 ff., 533]). Im vorliegenden Fall sind die beteiligten Unternehmen als solche Unternehmen zu bezeichnen.

### **2.2 Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)**

8. BKW und AEK beabsichtigen, als bisherige, gleichberechtigte und die gemeinsame Kontrolle ausübende Aktionäre die IBA als dritten, gleichberechtigten Partner in Comtop aufzunehmen.

9. Der entsprechende Beteiligungsvertrag datiert vom 23. Dezember 1997. Darin wird als Zweck des Konsortiums die gemeinsame Leitung und der Betrieb der Firma Comtop statuiert (Art. 2 Beteiligungsvertrag). Die Beteiligung der IBA soll über eine Kapitalerhöhung bei Comtop in der Höhe von CHF 125'000.-- auf künftig CHF 375'000.-- erfolgen (Art. 4 f. Beteiligungsvertrag). Gleichzeitig werden die IBA ihren Geschäftsbereich Tele-

matik ausgliedern und in das Gemeinschaftsunternehmen einbringen. Die Besetzung des Verwaltungsrates von Comtop wird entsprechend den Beteiligungsverhältnissen vorgenommen werden (Art. 7 Beteiligungsvertrag).

10. Als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 lit. b KG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 VKU gilt jeder Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten. Im vorliegenden Fall werden die IBA als dritter, gleichberechtigter Partner in Comtop aufgenommen (vgl. oben RZ 9).

11. Die Frage der gemeinsamen Kontrolle im Sinne des KG ist gemäss Aussage der Parteien ausser in der allgemeinen Bestimmung in Art. 2 Beteiligungsvertrag («Zweck des Konsortiums ist die gemeinsame Leitung und der Betrieb der Firma Comtop...») nirgends ausdrücklich geregelt. Infolgedessen sind wechselnde Koalitionen möglich, so dass mangels Vetorechten keine gemeinsame Kontrolle nach Art. 2 Abs. 1 VKU vorliegt und somit der Tatbestand des Unternehmenszusammenschlusses im Sinne von Art. 4 Abs. 3 lit. b KG nicht erfüllt ist. Die weitere Prüfung des Zusammenschlusses erübrigt sich somit.

### **3 Ergebnis**

12. Die Aufnahme der IBA als neuen Partner in Comtop stellt mangels gemeinsamer Kontrolle keinen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 lit. b KG dar und ist somit nicht meldepflichtig.

## **B 2.2 5. Zschokke / Locher**

*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.*

***Stellungnahme der Wettbewerbskommission betreffend den Zusammenschluss Zschokke Holding AG / Locher & Cie AG***

### ***Zusammenfassung***

Am 11. Dezember hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt das Unternehmen Zschokke Holding AG, Genf (Zschokke) die Kontrolle über das Unternehmen Locher & Cie AG, Zürich zu erwerben.

Zschokke zählt zu den führenden Bauunternehmen der Schweiz. Das Unternehmen erbringt ungefähr 88,5% der Leistungen im Inland, diese konzentrieren sich auf die drei Kernbereiche 'Generalunternehmung', 'Produktion' und 'Bewirtschaftung'.

Locher war bis 1996 in Hochbau, Tiefbau, Untertagebau, Spezialtiefbau, Sanierung und Unterhalt, Holzbau, Bauingenieurwesen, Architektur sowie in Generalunternehmungsaufgaben im Tiefbau tätig. Im Verlaufe des Jahres 1997 wurden der Hochbau und der Spezialtiefbau eingestellt.

Zschokke wird von Locher den 'Untertagebau' und den 'Allgemeinen Tiefbau' übernehmen. Vorher werden die übrigen Aktiven bzw. Geschäftsbereiche von Locher an die noch zu gründenden Gesellschaft Locher nova ausgegliedert.

Die sachlich und räumlich relevanten Märkte sind entsprechend dem Zusammenschluss von Batigroup abzugrenzen (vgl. RPW 1997/2, S. 204f.). Aus den Marktanteilen von Zschokke und Locher ergibt sich, dass nach dem Zusammenschluss in keinem dieser Märkte die Marktanteilsschwelle von 20% erreicht wird. Es gibt demnach keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU.

Die Wettbewerbskommission befasste sich trotzdem eingehender mit dem Bereich 'Untertagebau'. Bauvorhaben in diesem Bereich sind regelmässig sehr umfangreich, weshalb ein einzelnes Unternehmen jeweils kaum in der Lage ist, sich alleine für ein entsprechendes Projekt zu bewerben. Aus diesem Grund bilden in der Regel mehrere Unternehmen zusammen Arbeitsgemeinschaften. Letztere könnten im Zusammenschlussfall problematisch sein, wenn immer die gleichen Unternehmen kooperieren würden. Gegebenenfalls würde Zschokke bestehende Bindungen von Locher mitübernehmen und auf diese Weise eventuell indirekt eine marktmächtige Stellung erreichen. Die Ermittlungen der Wettbewerbskommission ergaben jedoch, dass keine derartigen fixen Beziehungen bestehen.

Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte ergeben, dass sich die beteiligten Unternehmen nach dem Zusammenschluss von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten können; der Zusammenschluss wird mithin keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken und ist somit wettbewerbsrechtlich unbedenklich.

B 2      **3. Sanktionen**  
Sanctions  
Sanzioni

B 2.3    **1. Druckerei Wetzikon AG / Anzeiger von Uster AG**

*Verstoss im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen; Art. 51 KG.*

*Infraction liée au contrôle des concentration d'entreprises; art. 51 LCart.*

*Infrazione in relazione con concentrazioni di imprese; art. 51 LCart.*

**Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. Februar 1998 in Sachen Zusammenschluss Druckerei Wetzikon AG / Anzeiger von Uster AG gegen Druckerei Wetzikon AG (nachstehend «DWAG»)**

**A. Sachverhalt**

1. Am 4. September 1997 hat die Wettbewerbskommission die Mitteilung erhalten, wonach TA-Media AG, Zürich («TA») DWAG 33,0% des Aktienkapitals der Anzeiger von Uster AG («AvU») per 1. September 1997 übertragen hätte. Die Beteiligungsverhältnisse vor bzw. nach dem 1. September 1997 waren bzw. sind folgende:

	Bis 31.08.97	Ab 01.09.97
Druckerei Wetzikon AG	43,3%	76,3%
TA-Media AG	43,0%	10,0%
Kleinaktionäre	8,7%	8,7%
Einzelaktionärin	5,0%	5,0%
Total	100,0%	100,0%

2. Die Übernahme der alleinigen Kontrolle durch DWAG war bereits in der der Gründung von AvU zugrunde liegenden «Vereinbarung zwischen der TA-Media AG und der Druckerei Wetzikon AG vom 7. Juni 1996» («Vereinbarung vom 7. Juni 1996») in RZ 2.3 statuiert. Darin erklärte sich TA nämlich bereit, «auf Begehren der Druckerei Wetzikon AG ihrem Partner auf den ersten resp. zweiten Jahrestag nach Gründung der neuen Aktiengesellschaft Aktien zu pari so abzutreten, dass ihr selber noch 30, resp. 20 Prozent am Kapital verbleiben.»

3. Am 16. September 1997 erfolgte die Indossierung von 2 Aktienzertifikaten über je 1'000 Aktien zugunsten von DWAG und von 2 Zertifikaten über je 10 Aktien zugunsten von TA. Per Saldo wurden also 1'980 Aktien (33% von 6'000) von TA auf DWAG übertragen.

**B. Verfahren**

4. Am 4. September 1997 wurde das Sekretariat der Wettbewerbskommission von der Transaktion in Kenntnis gesetzt. Am 12. September 1997 forderte das Sekretariat DWAG auf, eine erleichterte Meldung im Sinne von Art. 12 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4; VKU) einzureichen. Gleichzeitig wurde DWAG mitgeteilt, dass bei Vorliegen wichtiger Gründe wie z.B. die Sanierung eines Unternehmens ein vorzeitiger Vollzug im Sinne von Art. 32 Abs. 2 KG

beantragt werden könne. Die vollständige Meldung ging am 19. September 1997 beim Sekretariat ein, aber ohne Antrag auf vorzeitigen Vollzug.

5. Die Wettbewerbskommission ist im Rahmen der vorläufigen Prüfung gemäss Art. 32 Abs. 1 KG zum Schluss gekommen,

- dass die Übernahme der Kontrolle durch DWAG in AvU einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 lit. b KG i.V.m. Art. 1 VKU darstellt;
- dass DWAG und AvU beteiligte Unternehmen sind (Art. 3 Abs. 1 lit. b VKU);
- dass der Zusammenschluss gemäss Art. 9 Abs. 1 und 2 KG meldepflichtig ist;
- dass keine Anhaltspunkte vorliegen, wonach der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt (Art. 10 Abs. 1 KG). Die Presseerzeugnisse der beiden beteiligten Unternehmen werden in räumlich unterschiedlichen Märkten vertrieben, so dass die Übernahme der Kontrolle keine Marktanteilsaddition zur Folge hat. Zudem führt der substantielle Rückzug von TA zu einer wettbewerblich willkommenen Entflechtung von Interessen.

6. In Erwägung dieser Ergebnisse verzichtete die Wettbewerbskommission am 6. Oktober 1997 auf die Einleitung eines Prüfungsverfahrens (vgl. RPW 1997/4, S. 519 ff). Gleichentags wurde DWAG eine Unbedenklichkeitserklärung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU zugestellt.

7. Um festzustellen, ob ein Verstoss im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen im Sinne von Art. 51 Abs. 1 KG vorliegt, eröffnete das Sekretariat am 21. Oktober 1997 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums ein Verwaltungssanktionsverfahren gemäss Art. 53 Abs. 1 KG.

8. DWAG wurde eingeladen, sich zum festgestellten Sachverhalt zu äussern. DWAG antwortete mit Schreiben vom 14. und 28. November 1997, denen sie Kopien der zu ihren Gunsten am 16. September 1997 indossierten Aktienzertifikate Nr. 40 und 41 über je 1'000 Aktien sowie Auszüge aus dem Aktienspiegel per 17. Dezember 1996 und per 16. September 1997 beilegte. Der Verfügungsentwurf wurde DWAG ebenfalls zur Stellungnahme zugestellt.

9. Mit der Möglichkeit zur Stellungnahme durch die Parteien ist den Anforderungen des rechtlichen Gehörs in Art. 29 f. Verwaltungsverfahrensgesetz (SR 171.021; VwVG) Genüge getan.

## *C. Erwägungen*

### *1 Anwendbarkeit des KG*

10. Gegenstand des Verwaltungsanktionsverfahrens ist die Verletzung der Meldepflicht eines meldepflichtigen Zusammenschlusses, mithin ein Verstoss im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 51 Abs. 1 KG.

11. Die Wettbewerbskommission ist gemäss Art. 18 ff. und Art. 53 KG zuständig für das Aussprechen von Verwaltungsanktionen.

12. Auf die (verwaltungs-) kartellgesetzlichen Verfahren sind gemäss Art. 39 KG die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Art. 53 KG enthält keine abweichende Bestimmung, so dass die einschlägigen Bestimmungen des VwVG anwendbar sind.

### *2 Meldepflicht*

13. Die Gründung von AvU per 1. Juli 1996 war gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. a VKU nicht meldepflichtig. Bereits der Gründungsvertrag (Vereinbarung vom 7. Juni 1996) räumte indessen DWAG eine Kaufoption über ein substantielles Aktienpaket ein. Die Option war somit zwar frühzeitig - sogar vor Inkrafttreten des neuen KG - statuiert, aber der Zeitpunkt und der Umfang ihrer Ausübung waren nicht präzise bestimmt. AvU wurde in der Folge von DWAG und TA gemeinsam kontrolliert. Erst die Ausübung der Option führte schliesslich zur Übernahme der alleinigen Kontrolle durch DWAG. Diese Transaktion erfüllt den Tatbestand eines meldepflichtigen Unternehmenszusammenschlusses.

14. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung hat die Wettbewerbskommission denn auch festgestellt, dass es sich im vorliegenden Fall um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss handelt (vgl. oben RZ 5; RPW 1997/4, ...). Die Meldung ist bei der Erlangung der Kontrolle durch dasjenige Unternehmen einzureichen, welches die Kontrolle erlangt (Art. 9 Abs. 1 lit. b VKU), hier also durch DWAG.

15. Gemäss Art. 32 Abs. 2 KG dürfen die beteiligten Unternehmen den Zusammenschluss innerhalb eines Monats seit der Meldung des Vorhabens nicht vollziehen, ausser wenn die Wettbewerbskommission dies auf deren Antrag aus wichtigen Gründen bewilligt. Vom Vollzugsverbot ist lediglich diejenige Handlung erfasst, die den Zusammenschluss definitiv vollzieht, also zur Veränderung der Marktstrukturen führt (Komm. KG - Ducrey, Art. 32 RZ 23). Im Falle der Kontrollübernahme in einer Aktiengesellschaft handelt es sich um den Zeitpunkt, in welchem die Aktien und somit die Kontrolle auf den Erwerber übergehen.

16. Für die Übertragung der in Namenaktien verkörperten Mitgliedschaft bedarf es der Verfügungsbefugnis des Veräusserers, des Abschlusses eines obligatorischen Rechtsgeschäftes sowie der Übergabe der indossier-

ten Aktientitel (vgl. Art. 684 OR). Damit gehen die Aktionärsrechte grundsätzlich über, doch können sie in der Regel gegenüber der Gesellschaft erst geltend gemacht werden, wenn der Erwerber im Aktienbuch eingetragen ist (vgl. Art. 686 OR).

17. Im vorliegenden Fall sind sämtliche Voraussetzungen für eine gültige Übertragung erfüllt. Für die Bestimmung des Vollzugsmoments sind insbesondere die Indossierung und die Eintragung in das Aktienbuch von Interesse. Beides - und damit der Vollzug - erfolgte am 16. September 1997, also drei Tage vor Eingang der vollständigen Meldung (vgl. oben RZ 3 f.).

### **3 Verstoss**

18. Art. 51 KG regelt Verstösse im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen. Demnach wird ein Unternehmen, welches einen meldepflichtigen Zusammenschluss ohne Meldung vollzieht, mit einem Betrag von bis zu CHF 1 Mio. belastet. Auch wenn ein individuelles Verschulden von Organen bei der Bemessung der Sanktion allenfalls zu berücksichtigen ist, sehen weder das Gesetz noch die Botschaft (BBI 1995 I 619 ff.) eine schuldhafte Verletzung des KG als Voraussetzung für eine Verwaltungsanktion vor. Die Verwaltungsanktionen wurden ins Gesetz aufgenommen, um die direkte Sanktionierung von Unternehmen zu ermöglichen. Gemäss herrschender Lehre sind juristische Personen nämlich nicht deliktfähig im Sinne des Strafrechts, weil ihnen keine Schuld bzw. kein Verschulden zugewiesen werden kann (BBI 1995 I 619 f.).

### **4 Sanktion**

19. Eine Sanktion kann bei Verletzung der Meldepflicht im Sinne von Art. 51 Abs. 1 KG unabhängig vom Resultat der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung ausgesprochen werden. Schutznorm der Bestimmung ist nicht der wirksame Wettbewerb an sich, sondern die Sicherung der präventiven Funktion der Zusammenschlusskontrolle des KG.

20. DWAG und AvU haben als beteiligte Unternehmen einen gemäss Art. 9 Abs. 1 und 2 KG meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss in Form der Erlangung der Kontrolle vor Einreichung der Meldung vollzogen. Eine Verwaltungsanktion ist deshalb auszusprechen.

21. Gemäss Botschaft zur Revision des Kartellgesetzes (BBI 1995 I 621) ist die Höhe der Verwaltungsanktion nach den konkreten Umständen zu bemessen. Im vorliegenden Fall sind folgende Umstände zu berücksichtigen:

- Die Kontrollübernahme durch DWAG ist bereits im Gründungsvertrag vorgesehen (vgl. oben RZ 2). Das Sekretariat hat DWAG mit Schreiben vom 5. Dezember 1996 empfohlen, vor dem Erwerb der Aktien von TA mit ihm Kontakt aufzunehmen, um zu klären, ob es sich um einen meldepflichtigen Zusammenschluss handelt. Die Parteien können sich demnach nicht auf Unkenntnis über das Bestehen

der Zusammenschlusskontrolle im Falle einer Kontrollübernahme berufen. Dieser Umstand wirkt sich erschwerend aus.

- DWAG hat den Zusammenschluss zwar zu spät, aber wenigstens selbst gemeldet. Dieser Umstand wirkt sich mildernd aus.
- Die Wettbewerbskommission hat im Rahmen der vorläufigen Prüfung festgestellt, dass der Vollzug des Zusammenschlusses keine marktbeherrschende Stellung begründet, welche wirksamen Wettbewerb beseitigen könnte (Art. 10 KG). Konkrete Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation liegen denn auch nicht vor. Vielmehr führt der substantielle Rückzug von TA zu einer wettbewerblich willkommenen Entflechtung von Interessen. Zudem führten die finanziellen Schwierigkeiten von AvU zu einer ursprünglich nicht vorgesehenen Beschleunigung der Transaktion. Diese Umstände wirken sich mildernd aus.

22. Die Sanktion ist nach Massgabe der Anzahl und Bedeutung der Handlungen, die zum Verstoss geführt haben, nach den Marktanteilen sowie nach den wirtschaftlichen Stärken festzulegen.

23. Unter Berücksichtigung aller Umstände wird DWAG eine Verwaltungsanktion wegen Verstosses gegen Art. 51 Abs. 1 KG von CHF 5'000.-- auferlegt.

#### *D. Kosten*

24. Die Kosten im Zusammenhang mit Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG sind in der Verordnung über die Kosten und Entschädigung im Verwaltungsverfahren (SR 172.041.0) geregelt. Art. 13 dieser Verordnung i.V.m. Art. 4 VwVG bildet die Grundlage für die Auferlegung von Verfahrenskosten, Art. 14 ff. für die Kanzleigebühren.

25. Angesichts der Tatsache, dass DWAG den Zusammenschluss zwar zu spät, aber wenigstens selbst gemeldet hat, rechtfertigt es sich, bei der Auferlegung der Verfahrenskosten an der unteren Grenze des Gebührenrahmens zu bleiben.

#### *E. Dispositiv*

Gestützt auf den Sachverhalt und die Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Erlangung der Kontrolle von DWAG in AvU war meldepflichtig gemäss Art. 9 Abs. 1 und 2 KG.
2. In Verletzung von Art. 51 Abs. 1 KG hat DWAG den Zusammenschluss erst nach dem Vollzug gemeldet. Sie hat deshalb in Anwendung von Art. 51 KG folgenden Betrag zu entrichten: CHF 5'000.--.
3. Kosten [...].

4. [Rechtsmittel]
5. Mitteilungen an [...].

### B 2.3 2. *Merial*

*Verstoss im Zusammenhang mit einer Unternehmenszusammenschlusskontrolle; Art. 32 Abs. 2 KG.*

*Infraction liée au contrôle des concentrations d'entreprises; art. 32 al. 2 LCart.*

*Infrazione in relazione con concentrazioni di imprese; art. 32 cpv. 2 LCart.*

*Décision de la Commission de la concurrence du 16 février 1998 dans la cause création de l'entreprise commune Merial contre 1. Rhône-Poulenc S.A. (Courbevoie, France) et 2. Merck & CO., INC. (Whitehouse Station, New Jersey, U.S.A.)*

#### *A. Faits*

1. Rhône-Poulenc S.A. (ci-après: RP) est le septième groupe mondial pharmaceutique et chimique. Il est particulièrement actif dans les domaines du développement et de la vente de produits pharmaceutiques, de la santé animale et végétale, de la chimie, des fibres et des polymères. Son chiffre d'affaires mondial a été en 1996 de 85,818 mia. de FF et de 1,289 mia. de FF en Suisse.

2. La compagnie américaine Merck & CO., INC. (ci-après: Merck) est active dans la recherche, le développement et la production de produits pharmaceutiques dans les domaines de la santé humaine, animale et végétale. Son chiffre d'affaires mondial a atteint en 1996 19,829 mia. de US\$ et 0,104'038'529 mia. de US\$ en Suisse.

3. Le 23 mai 1997, les entreprises RP et Merck ont conclu un accord portant sur le regroupement pour le 1er août 1997 d'une partie de leurs activités au sein d'une nouvelle entreprise commune du nom de Merial, dont les domaines d'activités sont la santé animale et la génétique avicole.

4. Le 9 juillet 1997, le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le secrétariat) a reçu une notification concernant la création de l'entreprise commune Merial. Par courrier du 11 juillet 1997, les parties ont été informées que la notification était incomplète. Elles ont été invitées à compléter les informations fournies sur la base de l'article 14 de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises du 17 juin 1996 (OCCE). A cette occasion, la teneur de l'article 32 alinéa 2 de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart) leur a été rappelée.

5. Par un courrier du 22 juillet 1997, les parties ont demandé au secrétariat de considérer le 9 juillet comme point de départ du délai d'un mois de l'article 32 alinéa 1er LCart et ont confirmé que l'opération Merial avait été prévue pour le 1er août 1997. Le 24 juillet 1997, le secrétariat a informé les parties par écrit qu'il prendrait position sur le départ du délai d'un mois de l'article 32 LCart dès qu'il aurait reçu les informations complémentaires requises le 11 juillet 1997.
6. Par télécopie du 31 juillet 1997, les parties ont livré au secrétariat les informations demandées le 11 juillet 1997. Le délai d'un mois pour ouvrir la procédure d'examen au sens de l'article 32 alinéa 1er LCart a commencé à courir le 1er août 1997 (art. 20 OCCE).
7. Le 1er août 1997, les entreprises participantes ont réalisé la concentration d'entreprise Merial.
8. Le 18 août 1997, la Commission de la concurrence a conclu que la création de l'entreprise commune Merial est une concentration d'entreprises au sens de l'article 4 alinéa 3 LCart, qu'elle est soumise au devoir de notifier selon l'article 9 alinéa 1er LCart mais que cette opération ne fait apparaître aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante sur les marchés affectés. Elle a par conséquent renoncé à procéder à l'examen de l'opération de concentration. Le 10 septembre 1997, la prise de position de la Commission de la concurrence a été transmise aux parties par télécopie.
9. Durant la procédure, les parties ont téléphoné à plusieurs reprises au secrétariat pour présenter la thèse selon laquelle l'opération Merial pouvait être réalisée le 1er août 1997 pendant le délai d'interdiction provisoire de l'article 32 alinéa 2 LCart à condition que les ventes des entreprises participantes en Suisse soient interrompues jusqu'à la prise de position de la Commission de la concurrence. Le secrétariat a chaque fois précisé par téléphone qu'une incertitude juridique existe à ce sujet et qu'aucune assurance quant à la pertinence de cette hypothèse ne peut être donnée en l'espèce. Le secrétariat a en outre indiqué que, s'agissant d'une question juridique de cette importance, l'avis de la Commission de la concurrence est de toute manière réservé. En outre, le secrétariat a rappelé aux parties qu'une concentration en Suisse ne peut être réalisée sans réserve que si la Commission décide de renoncer à un examen ou si elle n'a pas donné d'avis avant l'expiration du délai de l'article 32 alinéa 1er LCart.
10. Les 7 et 8 août 1997, devant l'insistance des parties, le secrétariat a confirmé par écrit sa position.

### *B. Procédure*

11. Le 1er octobre 1997, constatant que les parties ont réalisé l'opération de concentration Merial pendant le délai d'interdiction provisoire de l'article 32 alinéa 2 LCart, le secrétariat a ouvert, d'entente avec un mem-

bre de la présidence (art. 53 al. 1er LCart), une procédure de sanctions administratives.

12. Le 16 octobre 1997, les parties ont pris position comme suit:

- a. Il est vrai que selon l'article 2 alinéa 2 LCart, la loi s'applique aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse. Cette disposition n'apporte toutefois pas de solution claire lorsque se pose la question de savoir si une concentration peut être soumise à l'obligation de notification en Suisse alors que les parties n'ont aucune présence en Suisse. En l'espèce, le seul lien de rattachement de l'opération avec le marché suisse est constitué par des ventes effectuées par les parties à partir de l'étranger. Si la Commission de la concurrence devait aboutir à la conclusion que le seul fait d'effectuer des ventes en Suisse produit déjà des effets sur le marché suisse au sens de l'article 2 alinéa 2 LCart, elle devrait alors considérer qu'une opération doit dans tous les cas être notifiée en Suisse lorsque les seuils de l'article 9 alinéa 1 LCart sont atteints et cela sans égard au champ d'application de la loi;
- b. contrairement à l'avis du secrétariat exprimé dans un courrier du 8 août 1997 faisant suite à une conversation téléphonique du 6 août avec les parties, la concentration d'entreprises est divisible, en ce sens que le seul point de rattachement de l'opération avec le marché suisse est constitué par les ventes en Suisse et qu'il est possible d'éviter de contrevenir à la LCart en interrompant ces ventes. Interdire la réalisation à l'étranger dans ces circonstances reviendrait à interdire toute réalisation d'une opération à l'étranger, même si aucun acte de réalisation n'est effectué en Suisse;
- c. étant donné le caractère inoffensif de la concentration, il paraît difficile pour des raisons de proportionnalité de dissocier les décisions à prendre du contexte de l'affaire en question;
- d. les autorités de la concurrence allemandes, dont la pratique consiste à éviter autant que possible tout interventionnisme face aux opérations de concentrations étrangères, n'ont à ce jour jamais imposé d'amendes administratives à des entreprises étrangères ayant contrevenu aux règles procédurales de concurrence. Par ailleurs, le ministère allemand de l'économie a indiqué dans une directive du 3 mai 1980 (J.O. no 103 du 7 juin 1980) que l'application des règles relatives à l'obligation de notifier ne devait pas porter ombrage à la réalisation rapide d'une concentration étrangère, lorsque l'interdiction d'une telle concentration apparaissait déjà improbable au moment de la notification.
- e. Les parties concluent par conséquent à ce que la Commission de la concurrence constate qu'elles n'ont pas contrevenu à l'article 32 ali-

néa 2 LCart et qu'elles ne sont pas passibles d'une sanction administrative au sens de l'article 51 alinéa 1 LCart.

13. Le 16 décembre 1997, le secrétariat a soumis aux parties un projet de décision, sur lequel elles ont pris position le 22 janvier 1998.

14. L'intégralité de la teneur des prises de position des parties des 16 octobre 1997 et 22 janvier 1998 ainsi que le projet de décision du secrétariat ont été soumis à la Commission de la concurrence.

### *C. En droit*

15. La présente procédure porte sur la question de la violation par les parties de l'interdiction provisoire de réaliser une opération de concentration d'entreprises pendant le délai d'un mois de l'article 32 alinéa 2 LCart et de l'application de l'article 51 alinéa 1er LCart.

16. Il va de soi que la Commission de la concurrence est compétente pour prendre des décisions de sanction administrative (art. 53 LCart). L'instruction est menée par le secrétariat sur la base de la Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA, RS 172.021) (FF I 1995, p. 610). Autre est la question de déterminer dans quelle mesure la LCart est applicable.

#### *1 Applicabilité de la LCart*

17. Selon l'article 2 alinéa 1er LCart, la loi s'applique notamment aux entreprises de droit privé qui participent à des concentrations d'entreprises, conditions remplies par RP et Merck.

18. L'article 2 alinéa 2 LCart dispose que la LCart est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger.

19. Pour qu'un tel effet soit reconnu, il n'est pas nécessaire que les entreprises soient physiquement présentes en Suisse. L'exercice d'activités économiques en Suisse, telle que la vente, par des entreprises situées à l'étranger suffit déjà à entraîner l'applicabilité *ratione loci* de la LCart.

20. Placé dans le contexte du contrôle des concentrations, cet effet est donné dès lors que deux au moins des entreprises ont réalisé en Suisse chacune un chiffre d'affaires de CHF 100 mio. (FF I 1995, p. 535s; du même avis Schmidhauser, in Homburger/Schmidhauser/ Hoffet/Ducrey, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zurich 1996, ad art. 2, ch. 37ss; ci-après: commentaire).

21. Cette interprétation est contestée par les parties. Elle s'impose néanmoins si l'on examine la genèse de l'article 9 LCart:

a. L'article 9 alinéa 4 de l'avant projet de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence du 23 novembre 1994 (ci-après: apLCart) disposait qu'une concentration n'était pas soumise

- au régime de l'autorisation lorsque toutes les entreprises participantes ont leur siège à l'étranger et ne sont pas affiliées à une entreprise ayant son siège en Suisse ni ne disposent d'un établissement en Suisse, entreprises ou établissements actifs soit sur les mêmes marchés, soit sur des marchés voisins ou situés en amont ou en aval.
- b. L'article 9 alinéa 4 apLCart a été supprimé par la Commission de l'économie et des redevances du Conseil National (WAK, protocole du 20 février 1995, p. 88s). Les Chambres ont repris la proposition de la Commission de l'économie et des redevances de biffer cette disposition et ont ainsi avalisé le fait que des entreprises, dont les chiffres d'affaires atteignent les seuils de l'article 9 LCart, ont le devoir de notifier, même si elles n'ont pas de présence physique en Suisse (voir commentaire, ad art. 9, ch. 29s). La Commission de la concurrence ne peut qu'en prendre acte. La question de l'interruption des ventes avancée par les parties n'est dès lors pas pertinente.
22. Selon les parties, la Commission de la concurrence devrait s'inspirer de la pratique allemande consistant à éviter toute interventionnisme et à prendre en compte la probabilité d'interdiction d'une opération de concentration par les autorités de la concurrence.
23. La référence au droit allemand n'est pourtant pas pertinente dans ce contexte pour les raisons suivantes:
- a. Une opération doit y être notifiée dès que les seuils de l'article 24a §1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) sont atteints. Or, cette disposition ne distingue pas, contrairement à l'article 9 LCart, les seuils de chiffre d'affaires selon qu'ils ont été réalisés sur le territoire national ou à l'étranger. Il est donc logique que la question de l'effet se pose dans le cas d'une concentration d'entreprises n'ayant pas d'établissement en Allemagne. L'article 98 §2 GWB répond à cette question (Immenga/Mestmecker, ad art. 98 § 2, no 168).
- b. Aux termes de cette disposition: «Dieses Gesetz findet Anwendung auf alle Wettbewerbsbeschränkungen, die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes auswirken, auch wenn sie ausserhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes veranlasst werden. (...)» Il s'agit d'une norme de conflit qui délimite le champ d'application de la GWB (Immenga/Mestmecker, ad art. 98 § 2, no 7). Une opération de concentration qui pourrait potentiellement restreindre la libre concurrence en Allemagne doit ainsi être notifiée si les conditions de l'article 24a GWB sont remplies (Immenga/Mestmecker, ad art. 98 § 2, no 168).
- c. Un tel effet est donné dans le cas d'entreprises qui ne possèdent pas d'établissement en Allemagne lorsque les entreprises en question sont directement ou indirectement actives en tant que concurrent sur le marché national. La diffusion de produits par un importateur

indépendant suffit (Immenga/Mestmecker, ad art. 98 § 2, no 181, 183, 184).

d. Ainsi, contrairement au droit allemand, le droit suisse répond directement à la question de l'effet par une norme de conflit telle que l'article 9 alinéa 1er lettre b LCart.

24. La LCart est par conséquent applicable.

## **2 Conditions d'application de l'article 51 alinéa 1er LCart**

25. Selon l'article 51 alinéa 1er LCart, l'entreprise qui n'aura pas observé l'interdiction provisoire de réaliser la concentration sera tenue au paiement d'un montant de 1 million de francs au plus. Les conditions d'application de cette disposition sont les suivantes:

- a. Il s'agit d'une concentration d'entreprises au sens de l'article 4 alinéa 3 LCart;
- b. l'opération de concentration est soumise à une obligation de notifier incombant aux entreprises participantes au sens de l'article 9 alinéa 1er LCart;
- c. les entreprises participantes ont réalisé l'opération de concentration pendant le délai d'interdiction provisoire de réaliser la concentration (art. 32 alinéa 2 LCart).

### **2.1 Concentration d'entreprises**

26. Par concentration d'entreprises, on entend toute opération par laquelle une ou plusieurs entreprises acquièrent, notamment par prise de participation au capital ou conclusion d'un contrat, le contrôle direct ou indirect d'une ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes ou d'une partie de celles-ci (art. 4 al. 3 let. b LCart). Selon l'article 2 alinéa 2 OCCE, la création, par deux ou plusieurs entreprises, d'une entreprise qu'elles ont l'intention de contrôler en commun constitue une concentration d'entreprises lorsque l'entreprise commune accomplit les fonctions mentionnées à l'article 2 alinéa 1er OCCE et que des activités d'au moins une des entreprises exerçant le contrôle passent à l'entreprise commune. L'article 2 alinéa 1er in fine OCCE indique que l'entreprise commune doit accomplir de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome.

27. L'entreprise commune appartient aux deux groupes, à parts égales. Le conseil d'administration sera également représenté à parts égales par les deux groupes. De ce fait RP et Merck seront en mesure d'exercer une influence déterminante sur l'activité de Merial (art. 1 OCCE).

28. Merial accomplira de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome (art. 2 al. 1 OCCE) puisqu'elle a des produits, des ressources humaines et des moyens propres. L'entreprise commune est créée pour une durée indéterminée.

29. Merial reprend les activités de RP et Merck dans le domaine de la santé animale et de la génétique avicole. Les activités d'au moins une des entreprises exerçant le contrôle passent à l'entreprise commune (art. 2 al. 2 OCCE).

30. Par conséquent, il s'agit d'une concentration d'entreprises au sens de l'article 4 alinéa 3 lettre b LCart.

## ***2.2 Obligation de notifier***

31. Les opérations de concentration d'entreprises doivent être notifiées avant leur réalisation à la Commission de la concurrence lorsque, dans le dernier exercice précédant la concentration: (a) les entreprises participantes ont réalisé ensemble un chiffre d'affaires minimum de 2 mia. de francs ou un chiffre d'affaires en Suisse d'au moins 500 mio. de francs, et (b) au moins deux des entreprises participantes ont réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires minimum de 100 mio. de francs. Le calcul des valeurs seuils visées à l'article 9 alinéa 1er à 3 LCart a lieu sur la base des chiffres d'affaires réalisés par les entreprises participant à la concentration. En cas d'acquisition de contrôle, les entreprises qui acquièrent le contrôle et celles que vise l'acquisition du contrôle sont des entreprises participantes (art. 3 al. 1er let. b OCCE).

32. En acquérant le contrôle de Merial, RP et Merck sont des entreprises participantes au sens de l'article 3 alinéa 1er lettre b OCCE, dont les chiffres d'affaires consolidés, calculés selon les articles 4 à 8 OCCE, sont les suivants: RP a réalisé un chiffre d'affaires mondial de 85,818 mia. de FF en 1996 et de 1,289 mia. de FF en Suisse. Pour la même année, le chiffre d'affaires mondial de Merck s'est élevé à 19,829 mia. de US\$ et à 0,104'038'529 mia. de US\$ en Suisse.

33. RP et Merck sont des entreprises participantes dont les chiffres d'affaires atteignent les seuils de l'article 9 alinéa 1er LCart. Elles devaient par conséquent notifier l'opération de concentration d'entreprises Merial, ce qu'elles ont d'ailleurs fait.

## ***2.3 Violation de l'interdiction provisoire de réaliser les opérations de concentration d'entreprises***

34. Selon l'article 32 alinéa 2 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 de la concurrence ne les ait autorisées à le faire pour des motifs importants.

35. Cette disposition a pour but d'assurer que la Commission de la concurrence puisse examiner les effets que peut avoir une concentration d'entreprises d'une certaine importance sur les structures des marchés affectés (et par là sur la concurrence efficace) avant que celle-ci ne soit réalisée. L'article 32 alinéa 2 LCart, de même que l'article 51 LCart, ont ainsi

pour but d'assurer un contrôle préventif abstrait et structurel des concentrations d'entreprises (FF I 1995, p. 597 ss).

36. Il convient de préciser que ce contrôle préventif n'a été jugé nécessaire par le législateur que pour des opérations d'une certaine importance. Alors même que le chiffre d'affaires d'une entreprise ne reflète pas fidèlement sa puissance économique, ce critère a été retenu pour déterminer la naissance d'une obligation de notifier. Le législateur a par conséquent reconnu qu'il existe un certain lien entre le montant du chiffre d'affaires et la mise en danger abstraite de la concurrence efficace. Ainsi, dès que les seuils de l'article 9 LCart sont atteints, il y a mise en danger abstraite de la concurrence efficace en Suisse nécessitant un contrôle préventif.

37. Les entreprises participantes ont réalisé la concentration d'entreprise Merial le 1er août 1997. La notification complète n'étant parvenue au secrétariat que le 31 juillet 1997, le délai d'un mois de l'article 32 alinéa 1er LCart a commencé à courir le 1er août 1997 (art. 20 OCCE). Les parties n'ont pas requis d'autorisation de réaliser l'opération pour des motifs importants avant l'écoulement du délai d'un mois.

38. Les entreprises participantes ont dès lors réalisé l'opération de concentration d'entreprises pendant le délai d'interdiction provisoire de l'article 32 alinéa 2 LCart.

39. Au vu des chiffres 26 à 38, les conditions de l'article 51 alinéa 1 LCart sont remplies à satisfaction de droit.

### **3 Fixation de la sanction administrative**

40. Merck et RP seront chacune tenues au paiement d'un montant qui doit être fixé en fonction des circonstances concrètes (FF I 1995, p. 609). La sanction doit être nécessaire et adéquate par rapport au but de l'article 51 LCart qui est d'assurer un contrôle préventif des concentrations (FF I 1995, p. 608; Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2ème édition, Zurich 1993, no 921).

41. Lors de l'application des articles 50 à 52 LCart, la faute des entreprises participantes ne peut pas entrer en considération pour les raisons suivantes:

- a. Il ressort d'une interprétation grammaticale de l'article 51 LCart que cette disposition ne prévoit pas de faute.
- b. Les articles 50 à 54 LCart et 54 à 57 LCart ne se trouvent pas dans la même section. La loi opère ainsi une claire distinction entre les sanctions administratives et les sanctions pénales.
- c. L'article 57 alinéa 1er LCart renvoie à la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA, RS 313.0) dont l'article 2 opère un renvoi de principe au code pénal. Or l'article 57 LCart n'est pas applicable en l'espèce.

- d. La Commission de la concurrence ne peut que prendre acte de la volonté du législateur de ne pas tenir compte de la faute qui ressort clairement des travaux préparatoires (FF I 1995, p. 607ss; WAK, protocole du 10 avril 1995, p. 50).
42. Les éléments suivants seront dès lors retenus pour fixer le montant de la sanction:
- a. A leur décharge, les entreprises participantes n'ont pas cherché à cacher leur comportement illicite étant donné qu'elles ont notifié l'opération Merial au secrétariat et qu'elles ont laissé entendre qu'elles réaliseraient dans tous les cas la concentration le 1er août 1997. Cela constitue un élément permettant d'alléger la sanction.
  - b. Le contrôle préventif des concentrations est le bien juridique touché en l'occurrence. Étant donné que plus une entreprise est puissante sur le marché, plus elle est susceptible de présenter un danger pour la concurrence, il sera tenu compte des chiffres d'affaires réalisés par les parties. Ce raisonnement s'intègre dans le système de la LCart, qui considère qu'un contrôle préventif abstrait doit intervenir dès que certains seuils de chiffre d'affaires sont réalisés par les entreprises participantes (mise en danger abstraite de la concurrence efficace, cf. ch. 36). Au vu des chiffres d'affaires réalisés par les entreprises participantes, cet élément a un effet aggravant.
  - c. En ce qui concerne l'effet de prévention générale que doit assurer le contrôle préventif des concentrations (FF I 1995, p. 608), il convient de prononcer une sanction permettant d'assurer l'efficacité du contrôle préventif des concentrations d'entreprises. En l'occurrence, les entreprises participantes ont clairement démontré qu'elles allaient, quoiqu'il advienne, réaliser l'opération de concentration le 1er août 1997. En ne notifiant que le 9 juillet 1997, alors qu'elles connaissaient l'article 32 LCart, les entreprises participantes ont compté avec l'éventualité d'une sanction, dont elles n'ignoraient pas que le montant peut s'élever jusqu'à 1 million de francs. De part leur notification tardive, elles se sont mises en danger de violation de l'article 32 alinéa 2 LCart. Par ailleurs, en réalisant l'opération le 1er août 1997, elles ont estimé que les coûts engendrés par un retard de l'opération seraient plus élevés qu'une éventuelle sanction de la Commission de la concurrence. Dans ces circonstances, il se justifie de prononcer une peine suffisamment sévère pour que ce genre d'attitude ne soit pas rentable pour les acteurs économiques, à défaut de quoi le contrôle préventif des concentrations perdrait son efficacité.
  - d. Aucune des deux entreprises ne porte une responsabilité prépondérante dans la commission de l'infraction à l'article 32 alinéa 2 LCart, de sorte qu'il ne convient pas de les différencier à cet égard dans la fixation de la peine.

- e. Dans sa prise de position du 18 août 1997, la Commission de la concurrence a conclu à l'absence d'indice de renforcement ou de création d'une position dominante du fait de l'opération Merial. Alors même que le bien juridique protégé par l'article 51 LCart est le contrôle préventif des concentrations, le bien juridique principal protégé par la loi est la concurrence efficace. Cet élément peut dès lors avoir une influence indirecte sur le montant de l'astreinte au paiement. Il en sera tenu compte dans cette mesure à la décharge des entreprises participantes.
43. Par conséquent, la Commission de la concurrence est d'avis qu'il convient d'astreindre chacune des entreprises participantes au paiement d'un montant de CHF 60'000.-.

#### *D. Frais*

44. Selon l'article 39 LCart, la PA est applicable aux procédures cartellaires, dans la mesure où il n'y est pas dérogé dans la LCart.
45. L'article 13 de l'Ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative (RS 172.041.0), applicable par renvoi de l'article 4 PA, constitue la base légale en l'espèce pour fixer les frais.

Par ces motifs, la Commission de la concurrence décide:

1. Les entreprises participantes ayant contrevenu à l'interdiction provisoire de réaliser l'opération de concentration pendant le délai d'un mois de l'article 32 alinéa 2 LCart, chacune d'elles sera, sur la base de l'article 51 alinéa 1er LCart, astreinte au paiement suivant:

Rhône-Poulenc                      CHF 60'000.-

Merck                                      CHF 60'000.-

2. Frais et émoluments [...].
3. [Voies de droit].
4. Notification [...].

B 2 **4e Andere Entscheide**  
Autres décisions  
Altre decisioni

B 2.4 **1. Händlerverträge im Automobilgewerbe**

*Exklusivvertriebsverträge im Automobilgewerbe; Fortsetzung einer Praxis der Kartellkommission durch die Wettbewerbskommission; Nachkontrolle*

*Contrats de distribution exclusifs dans la branche automobile; reconduction par la Commission de la concurrence d'une pratique de la Commission des cartels; suivi de la recommandation.*

*Contratti di distribuzione esclusivi nel settore automobilistico; continuazione da parte della Commissione della concorrenza di una pratica della Commissione dei cartelli; controllo successivo.*

**Zusammenfassung**

Im Jahr 1994 hat die Kartellkommission die Wettbewerbsverhältnisse im Automobilmarkt untersucht. Gestützt auf diese Untersuchung erliess sie Richtlinien über die Ausgestaltung der Verträge zwischen den Lieferanten und Markenvertretern (Händler) von Automobilen und Ersatzteilen. Auf Wunsch des Automobilgewerbes hat die Kartellkommission Anfang 1996 diese Richtlinien konkretisiert und als 'Wettbewerbsrechtliche Rahmenbedingungen für Händlerverträge im Automobilhandel' (Rahmenbedingungen) publiziert (vgl. VKKP/Publ. CCSPR 3/1996). Zudem wurde in Aussicht gestellt, dass die Kartellkommission Händlerverträge, die diesen Rahmenbedingungen oder den praktisch gleichlautenden Vorgaben der Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 1475/95 (GVO) der Europäischen Union entsprechen, als wettbewerbsrechtlich unbedenklich betrachten würde. Die Wettbewerbskommission als Nachfolgeorgan der Kartellkommission hat am 20. Januar 1997 beschlossen, diese Praxis der Kartellkommission fortzusetzen.

Seit November 1997 werden die Händlerverträge vom Sekretariat der Wettbewerbskommission einer Nachkontrolle unterzogen. Die Bilanz, nach Prüfung von ca. 90 % der Verträge, ist weitgehend positiv.

Die interessierten Kreise sind aufgefordert worden, Zuwiderhandlungen fortlaufend dem Sekretariat zu melden. Dieses hat aufgrund entsprechender Meldungen bereits einige Male interveniert, hauptsächlich wegen Verletzung von Kündigungsfristen.

Weitere Abweichungen von den Rahmenbedingungen und der GVO ergaben sich, weil einige Importeure das wirtschaftliche Betätigungsfeld ihrer Händler räumlich auf die Schweiz und Liechtenstein beschränken wollten.

Das Sekretariat zieht in Betracht gegen solche Beschränkungen eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG zu beantragen.

## B 2 **5. Stellungnahmen**

Préavis  
Preavvisi

### B 2.4 **1er Avant-projet de loi fédérale sur les professions médicales/LPMéd**

*Entwürfe von rechtssetzenden Erlassen; Art. 46 Abs. 2 KG.*

*Projets d'actes normatifs; art. 46 al. 2 LCart.*

*Disegni di atti normativi; art. 46 cpv. 2 LCart.*

*Préavis de la Commission de la concurrence du 9 mars 1998 sur l'avant-projet de loi fédérale sur la formation de base, la formation postgrade et la formation continue des professions médicales (loi sur les professions médicales/LPMéd); procédure de consultation*

#### **1 Introduction**

##### **1.1 Appréciation**

1. A titre préliminaire, la Commission souligne l'importance de créer une base légale afin que le titre de spécialiste soit reconnu au niveau fédéral et réponde aux exigences minimales des directives CE en la matière. Cela permettra la libre circulation des personnes de profession médicale sur l'ensemble du territoire helvétique, conformément à la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI). Qui plus est, l'avant-projet rendra possible une libre circulation au niveau international: les titulaires de diplômes et de titres de spécialiste fédéraux pourront exercer à l'étranger et les ressortissants étrangers avec des diplômes et des titres de spécialistes équivalents seront admis en Suisse.

2. La Commission s'est penchée sur trois aspects de l'avant-projet, respectivement la formation de base, la formation postgrade et enfin la formation continue. Elle a mis l'accent sur la formation postgrade et sur la formation continue, estimant que certaines dispositions créent des risques de restrictions à la concurrence.

3. Il convient d'emblée de signaler que les modalités d'exécution s'agissant de l'organisation de la formation ne sont pas encore réglées. La Commission estime ainsi nécessaire de mentionner que les principes de neutralité concurrentielle et de non-discrimination doivent être respectés, que ce soit au niveau de l'élaboration de dispositions d'exécution ou de l'établissement d'éventuels contrats. Cela concerne aussi bien la délivrance, respectivement la reconnaissance des titres fédéraux de spécialiste

(art. 17, 19 et 24), que l'organisation de la formation postgrade et de la formation continue (art. 21, 22 al. 2, 23, 24, 26 et 27).

## **1.2 Proposition**

- ajouter un nouvel article 3 dont la teneur pourrait être la suivante:

### Article 3

Les principes de non-discrimination et de neutralité concurrentielle sont applicables à la présente loi.

## **2 Formation de base**

### **2.1 Appréciation**

4. L'avant-projet élargit le cercle des personnes de profession médicale qui bénéficieront d'une reconnaissance de leur formation de base, concrétisée par l'obtention d'un diplôme fédéral, lequel sera désormais délivré également aux chiropraticiens, psychologues et ostéopathes. La formation continuera à être dispensée par les facultés de médecine des universités cantonales. La Commission se satisfait de cette extension.

5. Elle estime toutefois qu'au niveau des conditions d'octroi du diplôme fédéral (art. 4 de l'avant-projet), l'équivalence des semestres suivis dans une haute école étrangère devrait être reconnue.

### **2.2 Proposition**

- modifier l'article 4 alinéa 1er lettre a du projet comme suit:

### Article 4

<sup>1</sup> Le diplôme fédéral est délivré aux personnes:

- a. ayant acquis une formation correspondante dans une haute école suisse ou étrangère; et
- b. réussi en Suisse l'examen prévu.

<sup>2</sup>(...).

## **3 Formation postgrade**

### **3.1 Appréciation**

6. Il s'agit certainement de la partie la plus innovatrice de l'avant-projet, puisqu'elle conduit à l'obtention d'un titre fédéral de spécialiste qui sera nécessaire pour exercer une profession médicale à titre indépendant.

7. L'avant-projet de loi confère aux organisations faïtières nationales des différentes professions, la responsabilité de la formation postgrade, comme c'est d'ailleurs le cas actuellement, avec la nuance toutefois qu'à l'avenir, elles l'assureront en tant que tâche publique et non plus privée. Ces organisations continueront d'organiser et d'évaluer la formation postgrade. Les tâches effectives en matière de formation incomberont à

des institutions ou à des personnes (ex: hôpitaux, pharmacies, cabinets médicaux...).

8. La Commission partage l'avis du Département fédéral de l'intérieur dans la mesure où ces organisations sont mieux à même de remplir ces tâches que ne le feraient les pouvoirs publics (Confédération ou cantons), ces derniers n'ayant ni l'infrastructure ni l'expérience adéquates.

9. L'attribution des places de stages disponibles s'effectuera par les institutions ou personnes qui assumeront les tâches effectives de la formation postgrade. A ce stade, les organisations faïtières ne pourraient donc théoriquement pas opérer de discriminations.

10. Toutefois, la Commission est d'avis que les organisations professionnelles pourraient privilégier leurs membres quant à l'attribution des places, par des ententes ou un comportement déterminé à ce sujet avec les établissements qui assumeront les tâches effectives de la formation postgrade. (A titre d'exemple, il convient de garder à l'esprit que de nombreux médecins-chefs sont également des membres influents de la FMH et auraient tout intérêt à attribuer les places disponibles aux membres de leur organisation).

11. S'agissant du financement de la formation postgrade (art. 23 de l'avant-projet), il est prévu que les responsables prendront en charge le coût de la formation, mais qu'ils pourront le répercuter sur les personnes à former. Le rapport explicatif mentionne qu'il s'agit d'un émolument auquel s'appliquent les principes du droit administratif: équivalence, proportionnalité et égalité devant la loi.

12. Selon la Commission, ces principes sont insuffisants pour garantir une non-discrimination entre membres et non-membres d'organisations professionnelles. En effet, les coûts de formation sont pour l'essentiel constitués des dépenses engendrées par le suivi de la formation dans les établissements compétents. Néanmoins, les frais administratifs des organisations professionnelles devraient également se greffer dans les coûts répercutables sur les intéressés à la formation postgrade. A ce niveau également, il n'est pas exclu que ces organisations conviennent avec les institutions de répercuter le coût de la formation de manière plus importante chez les non-membres d'organisations professionnelles.

13. En exécutant des tâches publiques, les organisations professionnelles ainsi que les établissements chargés de la formation doivent appliquer les principes découlant de l'art. 4 Cst. La Commission est néanmoins d'avis qu'il faut prendre des précautions supplémentaires afin que les non-membres d'organisations professionnelles ne subissent pas de discriminations.

### 3.2 Propositions

- introduire un deuxième alinéa à l'article 14 pLPMéd, lequel aura désormais la teneur suivante:

#### Article 14

<sup>1</sup> La formation postgrade ne peut être suivie que dans la mesure où il existe des places de formation disponibles.

<sup>2</sup> S'agissant de l'attribution des places de stage, les organisations responsables de la formation postgrade doivent respecter les principes de neutralité concurrentielle et de non-discrimination et ne pas avantager leurs membres par rapport aux non-membres.

- modifier l'alinéa 1er de l'art. 23 pLPMéd qui deviendrait le suivant:

#### Article 23

<sup>1</sup> Les responsables prennent en charge le coût des tâches qu'ils assument dans le cadre de la formation postgrade; ils peuvent répercuter ce coût sur les personnes à former en respectant le principe d'égalité entre membres et non-membres d'organisations professionnelles.

<sup>2</sup>(...)

## 4 Formation continue

### 4.1 Appréciation

14. Contrairement à ce qui est envisagé en matière de formation de base et de formation postgrade, l'avant-projet n'impose pas à la Confédération l'obligation de garantir la formation continue en organisant des cours de perfectionnement. En effet, l'obligation de suivre une formation continue découle de l'éthique médicale, non seulement le maintien, mais également l'élargissement et l'approfondissement des aptitudes et connaissances acquises à l'issue de la formation postgrade.

15. Les responsables de la formation postgrade se verront toutefois attribuer un certain nombre de tâches en rapport avec la formation continue. Ils pourront en particulier proposer au Conseil fédéral de lier l'effet du titre de spécialiste à la preuve d'une formation continue régulière.

16. A la différence de la formation postgrade, les organisations faitières ou autres, dont la tâche sera de dispenser les cours de perfectionnement, auront le monopole de l'offre en la matière. Ce seront donc des entreprises dominant le marché, au sens de l'art. 4 al. 2 LCart. Etant donné que lesdites organisations fixeront elles-mêmes les prix, elles auront donc intérêt à avoir un maximum de participants aux cours. Il en découle qu'une pénurie des places mises à disposition n'entre pas en ligne de compte. Ainsi, la question d'une éventuelle discrimination quant à l'admission à la formation continue ne se pose pas.

17. Compte tenu du principe de la responsabilité personnelle en matière de formation continue, le financement sera à la charge des personnes qui suivront la formation. Le rapport explicatif mentionne qu'il ne s'agit en aucun cas d'émoluments, comme c'est le cas des coûts liés à la formation postgrade.

18. Une discrimination pourrait survenir, dans la mesure où le prix de la formation continue serait répercuté plus lourdement sur les non-membres que sur les membres d'organisations professionnelles. Même si ces organisations étaient des entreprises chargées de l'exécution de tâches publiques selon l'art. 3 al. 1er let. b LCart, elles ne seraient pas pour autant soustraites à la LCart, si bien que les intéressés pourraient se prévaloir de leur qualité d'entreprise pour se plaindre d'éventuels abus au sens de l'art. 7 LCart.

19. Les responsables de la formation continue pourraient également profiter de leur situation monopolistique pour que le prix de la formation soit abusivement élevé. Ce problème tomberait sous l'art. 7 al. 2 let. c LCart et éventuellement dans le champ d'application de la loi fédérale concernant la surveillance des prix (LSPr).

20. La Commission de la concurrence estime par conséquent qu'il convient de pallier aux risques d'une part que le prix de la formation soit plus élevé pour les non-membres que pour les membres d'organisations professionnelles et d'autre part, que les organisations pratiquent des prix abusifs au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart et de la LSPr.

#### **4.2 Propositions**

- ajouter un deuxième et un troisième alinéas à l'art. 27 pLPMéd dont la teneur serait la suivante:

##### Article 27

<sup>1</sup>(...)

<sup>2</sup> Les prix seront les mêmes pour les membres et les non-membres d'organisations professionnelles.

<sup>3</sup>La LCart et la LSPr sont applicables.

- préciser dans le Message du Conseil fédéral pour quelles raisons les deux lois fédérales précitées s'appliquent à la formation continue.

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

**B 3**     ***1er***     ***Le Temps***

*Beschwerde an die Rekurskommission, Art. 44 KG; Beschwerdelegitimation, Art. 48 VwVG.*

*Recours à la Commission de recours, art. 44 LCart; qualité de recours, art. 48 PA.*

*Ricorso alla Commissione di ricorso, art. 44 LCart; diritto di ricorrere, art. 48 PA.*

*Décision sur recours du 23 février 1998 en la cause A. (recours du 22 décembre 1997) contre 1. X et Y, 2. Commission de la concurrence, (décisions du 1er et du 11 décembre 1997) en matière de concentration d'entreprises*

*Vu les faits suivants:*

A. X et Y, dont l'activité consiste en particulier à éditer les quotidiens ont notifié le 7 août 1997 à la Commission de la concurrence un projet tendant à la création d'un nouveau titre de presse, «Z». Ledit projet prévoit, en substance, la disparition des deux titres existants et l'exploitation en commun du nouveau titre par une nouvelle société anonyme Z. Chaque partie détiendrait 47 pour cent du capital-actions, le 6 pour cent restant devant être attribué à une société des rédacteurs du nouveau titre.

Le 1er décembre 1997, la Commission de la concurrence a pris la décision suivante:

«1. Il est constaté:

- a) que l'entreprise commune créée par les parties détiendra une position dominante sur le marché des journaux quotidiens supra-régionaux d'analyse de Suisse romande et;
- b) que la position dominante détenue par le groupe (...) sur le marché des journaux quotidiens des régions de Genève et de Lausanne sera renforcée à la suite de la concentration;
- c) que les modifications structurelles consécutives à l'opération sont à même de supprimer la concurrence efficace sur les marchés concernés.

2. En dépit des constatations sous chiffre 1 et sous réserve des charges prévues au chiffre 3, la concentration est autorisée en application de la théorie de l'entreprise dé-

faillante dont les trois conditions sont en l'espèce remplies.

3. Cette décision est assortie des charges suivantes:
  - a) toute modification de la structure du capital et de la répartition des droits de vote de la société Z est soumise à l'autorisation préalable de la Commission de la concurrence;
  - b) le Président du Conseil d'administration de la société éditrice du journal z doit obligatoirement être une personne indépendante des actionnaires principaux.»

- B. Par courrier du 3 décembre 1997, A a demandé à la Commission de la concurrence de lui notifier la décision du 1er décembre 1997. Il invoquait à l'appui de sa requête sa qualité d'opposant au projet de concentration z. Le 11 décembre 1997, la Commission de la concurrence a refusé de donner suite à la requête de A motif pris qu'il n'avait pas qualité de partie dans la présente procédure.

Par écritures du 22 décembre 1997, mises à la poste le même jour, A recourt auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence contre les décisions du 1er et du 11 décembre 1997 et conclut, sous suite de frais et dépens, à ce qui suit:

«Sur la décision incidente [du 11 décembre 1997]

1. Inviter la Commission de la concurrence à ouvrir l'accès du dossier au recourant.
2. Lui faire notifier la décision du 1er décembre 1997.

Sur le fond

1. Annuler la décision du 1er décembre 1997.
2. Interdire la concentration z, soit la fusion de x et y.

Subsidiairement

1. Inviter le recourant, après avoir pris connaissance du dossier, à compléter les faits allégués dans le présent recours sous chiffre IV.
2. Inviter le recourant à prouver, tant par pièces que par témoins, les faits allégués dans le présent recours sous chiffre IV.»

S'agissant en particulier de la qualité pour agir, le recourant fait valoir, en substance, qu'il est affecté directement dans ses intérêts par la décision attaquée: en sa qualité d'actionnaire de Y, comme abonné à y, en tant que président du Comité de l'Association des Amis de y

constituée à (...) le 16 juillet 1997 et, enfin, en sa qualité d'opposant dans la procédure instruite par les autorités de concurrence. Le recourant souligne que ses intérêts sont à la fois économiques, comme actionnaire et abonné, mais aussi et surtout intellectuels et moraux: à titre personnel et comme président du Comité de l'Association des Amis de y. Pour le recourant, il est constant que la définition de la notion de partie donnée par la loi sur la procédure administrative vaut non seulement quant à la définition de la qualité pour recourir, mais aussi en première instance, avant même tout contentieux: «En bref, la disposition de l'article 43 al. 4 LCart ne peut pas être interprétée à l'encontre d'un principe fondamental de la procédure administrative et du droit positif». De plus, il soutient que l'autorité inférieure viole le principe de la bonne foi dès lors qu'elle l'a considéré comme participant lors de la procédure d'examen.

- C. Le 7 janvier 1998, X et Y, représentées par (...), ont déposé auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence une requête tendant au retrait de l'effet suspensif du recours, sous suite de frais et dépens. A l'appui de leur demande, les sociétés intimées font en particulier valoir que seules les entreprises participantes ont la qualité pour recourir. Se référant à la doctrine, les intimées soulignent que, hormis Balz Gross, les commentateurs voient généralement dans la loi sur les cartels une indication claire que les tiers n'ont pas qualité pour recourir contre les décisions de la Commission de la concurrence. Elles relèvent en outre que même au regard de la loi sur la procédure administrative, le recourant n'a pas la qualité pour agir.
- D. Dans ses observations responsives du 19 janvier 1998, la Commission de la concurrence propose de déclarer irrecevable le recours au motif que A ne jouit pas de la qualité pour agir. Elle estime que, sur la base de la loi sur les cartels, les tiers (non-destinataires de la décision) sont de façon générale privés de la qualité pour recourir contre une décision en matière de con-centration d'entreprises. L'autorité inférieure ajoute que cette exclusion résulte de la volonté du législateur de faire bénéficier les parties d'une procédure rapide et efficace et qu'elle constitue une dérogation licite à la loi sur la procédure administrative. Se fondant sur la jurisprudence, elle considère que l'intéressé n'a pas qualité pour recourir également au regard de la loi sur la procédure administrative.
- E. Par décision incidente du 23 janvier 1998, la Commission de recours pour les questions de concurrence a admis la requête des intimées et a retiré l'effet suspensif au recours. Le 26 janvier 1998, le recourant a demandé la révision de cette décision incidente et la récusation des juges Walter A. Stoffel et Bernard Maitre; parallèlement, il a recouru contre ladite décision incidente auprès du Tribunal fédéral.

Par décision du 30 janvier 1998, la Commission de recours pour les questions de concurrence a déclaré irrecevable la demande de révision. Par lettre du 12 février 1998, ladite commission a pris acte de la demande de Walter A. Stoffel d'être déchargé du dossier et a nommé à sa place Silvio Borner. Par décision incidente du 17 février 1998, elle a rejeté la demande de récusation à l'encontre de Bernard Maître.

Le 18 février 1998, le recourant demande à la Commission de recours pour les questions de concurrence de restituer l'effet suspensif au recours suite à la récusation du juge Walter A. Stoffel; à la même date, les intimées requièrent le retrait de l'effet suspensif dans l'hypothèse où la récusation du juge en question devait affecter la décision incidente du 23 janvier 1998.

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. Les actes attaqués des 1er et 11 décembre 1997 constituent des décisions au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021; art. 5 al. 1 let. b). Comme telles, elles sont susceptibles d'un recours auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence (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 et 71a ss PA en relation 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]).
2. L'article 48 PA reconnaît la qualité pour recourir à quiconque est touché par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (let. a), ainsi qu'à toute autre personne, organisation ou autorité que le droit fédéral autorise à recourir (let. b). En l'occurrence, la loi sur les cartels ne contient aucune disposition qui habilite d'autres personnes, organisations ou autorités à recourir. Elle prévoit en revanche que seules les entreprises participantes ont qualité de parties dans la procédure d'examen des concentrations d'entreprises (art. 43 al. 4 LCart). La Commission de concurrence estime que les tiers sont de façon générale dépourvus de la qualité pour recourir contre une décision finale en matière de concentrations. Pour sa part, le recourant soutient que ce sont les dispositions de la loi sur la procédure administrative qui trouvent application pour déterminer la faculté d'agir en justice et non point la loi sur les cartels.
3. L'article 48 lettre a PA soumet la qualité pour agir à deux conditions cumulatives: une atteinte et un intérêt digne de protection. Cet intérêt peut être juridique ou de fait; il ne doit pas nécessairement corres-

pondre à celui protégé par la norme invoquée. Le recourant doit cependant être touché plus que quiconque ou la généralité des administrés dans un intérêt important, résultant de sa situation par rapport à l'objet litigieux. Un intérêt digne de protection existe lorsque la situation de fait ou de droit du recourant peut être influencée par le sort de la cause (ATF 121 II 171 consid. 2b, 120 Ib 379 consid. 4b et renvois). Ces exigences tendent à exclure l'action populaire et doivent faire l'objet d'un examen particulièrement attentif lorsque, comme en l'espèce, ce n'est pas le destinataire de la décision qui recourt mais un tiers (voir Fritz Gygi, *Vom Beschwerderecht in der Bundesverwaltungsrechtspflege*, in *recht* 1986, p. 8 ss; le même auteur, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, Berne 1983, p. 148; Lucrezia Glanzmann-Tarnutzer, *Die Legitimation des Konkurrenten zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht*, thèse Saint-Gall 1996, p. 23). Enfin, l'intérêt à obtenir un jugement doit être, en principe, actuel et immédiat; selon la jurisprudence, 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).

Le recourant soutient qu'il est affecté directement dans ses intérêts par la décision attaquée: dans ses intérêts économiques en tant qu'actionnaire de Y et comme abonné à y, mais surtout dans ses intérêts intellectuels et moraux - à titre personnel, comme abonné et aussi en qualité de président du Comité de l'Association des Amis de y - et, enfin, en tant qu'opposant dans la procédure devant l'autorité de première instance.

- 3.1. Dans le domaine des concentrations d'entreprises, la procédure doit être rapide et discrète (voir message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, FF **1995** I 472, en particulier p. 597-598 et notes 211 et 605). Confrontée, d'une part, à la nécessité d'une protection juridique suffisante et, d'autre part, aux impératifs d'une procédure que l'on veut rapide et efficace, la jurisprudence considère que seul mérite la protection légale celui qui se trouve dans un rapport suffisamment étroit avec la décision attaquée, ce qui n'est pas le cas de celui qui n'est atteint que de manière indirecte ou médiate (voir par ex. en matière d'extradition: ATF 122 II 132). Elle ne reconnaît ainsi généralement pas la qualité pour recourir aux actionnaires d'une société anonyme motif pris qu'ils ne sont touchés qu'indirectement et qu'en tant qu'actionnaires, ils ne peuvent pas faire valoir un «intérêt propre et immédiat» distinct de celui qui appartient à la société (ATF 110 Ib 105 consid. 1d, 101 Ib 385 consid. 2). Dans un arrêt plus récent, le Tribunal fédéral a réaffirmé que la seule qualité d'actionnaire ne suffisait pas à fonder la qualité pour recourir et a précisé

que le fait qu'un actionnaire était unique ou majoritaire ou, au contraire, minoritaire n'était pas déterminant pour décider s'il avait un intérêt digne de protection à recourir (ATF 116 Ib 331 consid. 1c).

Ainsi donc, A ne saurait se prévaloir de sa qualité d'actionnaire pour recourir dans la présente procédure (la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes dénie, en principe, aux actionnaires la qualité pour agir faute d'être atteints de manière directe et immédiate [voir dans ce sens Frank Scherrer, *Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren*, Zurich 1996, p. 438 et références]).

- 3.2. Le recourant invoque sa qualité d'abonné à y pour s'opposer à la fusion. Il prétend qu'à ce titre, il a un intérêt économique. Il ne précise toutefois pas en quoi sa situation économique sera touchée par la disparition du journal auquel il est abonné; de même, il ne démontre pas qu'il sera touché plus que n'importe quel autre abonné ni non plus l'existence d'un rapport suffisamment direct et intensif avec l'objet du litige («Beziehungs-nähe»). Or, selon la jurisprudence, l'exigence de motivation porte également sur la question de la qualité pour agir (ATF 120 Ib 431 consid. 1). C'est dire que le seul fait d'alléguer un éventuel préjudice économique ne suffit pas à fonder la qualité pour recourir d'un tiers. Du reste, on ne voit pas, en l'espèce, quel préjudice économique pourrait invoquer le recourant en tant qu'abonné. Certes, chaque abonné a un intérêt à recevoir son journal aux conditions prévues dans le contrat d'abonnement (livraison, prix), mais c'est le droit privé qui règle les rapports contractuels entre le journal et l'abonné en cas de disparition du journal. Dans une procédure en matière de concentration d'entreprises, l'abonné n'a pas un intérêt particulier au maintien de l'entreprise qui édite son journal. Admettre le contraire ouvrirait la voie au recours populaire (dans l'ATF 100 Ib 331 consid. 2b, le Tribunal fédéral souligne: «Art. 48 lit. a VwG lässt ein allgemeines Interesse, das jedermann haben kann, nicht genügen. Erforderlich ist vielmehr ein besonderes Interesse, das nur Einzelnen oder jedenfalls nur einem beschränkten Personenkreis eigen ist [BGE 99 Ib 107]. Andernfalls wäre die Zahl der zur Beschwerde Berechtigten vielfach unbegrenzt, und das liefe darauf hinaus, dass die Popularbeschwerde zugelassen würde, die nach Art. 48 lit. a VwG offensichtlich gerade ausgeschlossen sein soll»; voir également ATF 101 Ib 108 consid. 2).

Le recourant soutient par ailleurs qu'il défend surtout des intérêts idéaux: la «sauvegarde d'un journal issu des années ... et ... constitue non seulement un facteur essentiel de la liberté et de la diversité de la presse, mais aussi un élément fondamental du patrimoine national». Or, selon la jurisprudence, la qualité pour recourir n'est pas reconnue à celui dont le recours est avant tout fondé sur des motifs

idéaux ou sur une conviction personnelle (ATF 123 II 376 consid. 4a et les nombreuses références). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral considère que les consommateurs qui s'opposent pour des raisons idéales à une décision autorisant l'importation de produits génétiquement manipulés n'ont pas un intérêt digne de protection à recourir car ils ne sont pas plus touchés par cette décision que le public en général; il souligne que le respect de la santé publique relève des autorités (consid. 4b). Ainsi donc, si la qualité pour recourir est déniée au consommateur qui se soucie de la santé publique, elle doit l'être également à celui qui entend sauvegarder la liberté et la diversité de la presse.

Force donc est de constater que les motifs invoqués par le recourant pour justifier sa qualité de partie sont dénués de toute pertinence.

- 3.3. Selon la jurisprudence, une association peut être admise à agir par la voie du recours de droit administratif, sans être elle-même touchée par la décision entreprise, pour autant qu'elle ait pour but statutaire la défense des intérêts dignes de protection de ses membres, que ces intérêts soient communs à la majorité ou au moins à un grand nombre d'entre eux et, enfin, que chacun de ceux-ci ait qualité pour s'en prévaloir à titre individuel (ATF 121 II 39 consid. 2d/aa, 120 Ib 59 consid. 1a et les arrêts cités). Il ressort de ce qui précède qu'en tant qu'actionnaire et abonné à y, le recourant n'a pas qualité pour agir; par conséquent, il n'a pas non plus la faculté d'agir pour l'association dont il est le président dès lors que ses membres n'ont pas non plus qualité pour s'en prévaloir à ce double titre. D'ailleurs, là encore, le recourant fait défaut à son obligation de motiver (cf. supra consid. 3.2); il n'apporte en effet aucun élément ni indice qui permettrait de conclure que la majorité ou au moins un grand nombre des membres de l'association qu'il préside est dans un rapport étroit avec la décision attaquée.
- 3.4. Enfin, le fait que le recourant ait participé comme tiers dans la procédure d'examen devant l'autorité de première instance ne permet pas d'en déduire la qualité pour agir.

Par lettre du 20 août 1997, le secrétariat de la Commission de la concurrence a demandé au recourant des informations pour l'évaluation de la concentration, comme l'autorise l'ordonnance (art. 15 al. 2 de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises) et lui a rappelé son obligation de renseigner (art. 40 LCart); en annexe, le nom du recourant figurait seul sous la rubrique «opposants». C'est sur cette base que le recourant prétend que l'autorité de première instance lui a reconnu la qualité d'opposant et qu'elle a enfreint le principe de la bonne foi en lui déniait plus tard le droit de consulter le dossier de l'affaire et, partant, la qualité de partie.

Le principe de la bonne foi entre administration et administré exige qu'ils se comportent l'un et l'autre de manière loyale. En particulier, l'administration doit s'abstenir de tout comportement propre à tromper l'administré et ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou d'une insuffisance de sa part. De son côté, l'administré ne peut pas tirer d'une erreur de l'administration un profit susceptible de nuire à autrui (ATF 121 I 181 consid. 2a). Comme le remarque Moor, le principe de la légalité prédomine; c'est dire que celui de la bonne foi ne l'emporte qu'en présence de conditions exceptionnelles dans lesquelles l'application de la loi entrerait manifestement en contradiction avec son but même (Pierre Moor, Droit administratif, vol. I, Berne 1994, p. 427 ss).

En l'occurrence, l'autorité inférieure n'a fait aucune promesse. Elle n'a nullement indiqué dans sa lettre du 20 août 1997 que le recourant était considéré comme partie à la procédure. Au contraire, elle a précisé dans cette missive qu'elle s'adressait à lui en tant que «tiers concerné»; quant au terme d'«opposant», il avait pour but de mentionner la raison pour laquelle le recourant était considéré comme tiers concerné. Dès lors, le recourant ne peut raisonnablement pas se fonder sur ce courrier pour soutenir que l'autorité administrative lui a donné une assurance concernant sa qualité de partie; de plus, le recourant lui-même n'allègue pas qu'il aurait pris des dispositions irréversibles en fonction de cette prétendue assurance (ATF 121 V 65 consid. 2, 118 Ib 367 consid. 9a). Il ne peut donc pas se prévaloir du principe de la bonne foi pour établir sa qualité pour recourir.

Par ailleurs, comme le relève pertinemment l'autorité inférieure, le fait qu'une personne soit consultée dans le cadre d'une enquête ne signifie pas encore qu'elle jouit d'un intérêt digne de protection au sens de l'article 48 PA. En effet, l'autorité chargée de mener une instruction est habilitée à recueillir des renseignements auprès de tierces personnes susceptibles de lui apporter des éléments utiles pour son appréciation sans que ces personnes deviennent automatiquement parties à la procédure (art. 12 PA; voir à ce sujet DPC 1997/2, p. 243, consid. 1.7).

4. Force est donc de constater que le recours déposé contre la décision du 1er décembre 1997 concernant le projet de concentration z est irrecevable au regard de l'article 48 lettre a PA. Dans ces conditions, point n'est besoin d'examiner si l'article 43 alinéa 4 de la loi sur les cartels déroge au droit commun.

En outre, il résulte de ce qui précède que c'est à juste titre que la Commission de la concurrence a refusé au recourant de lui notifier la décision attaquée et de lui ouvrir l'accès au dossier (art. 6 en lien avec l'ar. 48 PA; ATF 123 II 376 consid. 1b non publié et références).

Enfin, le recourant invoque à tort l'application de l'article 6 alinéa 1 de la convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (convention européenne des droits de l'homme, CEDH; RS 0.101). Selon la jurisprudence, cette disposition ne s'applique pas lorsque le recours est déclaré irrecevable (ATF 122 V 47 consid. 3b/dd; voir également ATF 123 II 376 consid. 6).

Vu la présente décision, point n'est besoin d'examiner les demandes déposées le 18 février 1998 par le recourant et les intimées.

5. Les frais, y compris ceux occasionnés par les décisions incidentes, doivent être mis à la charge du recourant qui succombe, sous déduction de l'avance de frais qu'il 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 deux sociétés intimées (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 [...].
3. Dépens [...].
4. [Voies de droit].
5. Notifications [...].

B 4 ***Bundesgericht***  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale

B 4 ***1er Le Temps***

*Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans BGer; Entzug der aufschiebenden Wirkung; Unternehmenszusammenschluss; Art. 72 BZP.*

*Recours de droit administratif devant le TF; retrait de l'effet suspensif; concentration d'entreprises; art. 72 PCF.*

*Ricorso di diritto amministrativo davanti al TF; ritiro dell'effetto sospensivo; concentrazione d'impresie; art. 72 PC.*

*Décision du Tribunal fédéral du 23 mars 1998 statuant sur le recours de droit administratif formé par Pierre Engel contre la décision incidente prise le 23 janvier 1998 par la Commission de recours pour les questions de concurrence, dans la cause qui oppose le recourant aux sociétés Le Nouveau Quotidien ERL SA et Société Anonyme du Journal de Genève et de la Gazette de Lausanne, et à la Commission de la concurrence*

*Considérant:*

- que, par décision du 1er décembre 1997, la Commission de la concurrence a approuvé, moyennant le respect de deux conditions, le projet de concentration présenté par celui du Journal «Le Nouveau Quotidien» visant à créer un nouveau titre de presse «Le Temps»,
- que le 22 décembre 1997, Pierre Engel, ancien Professeur aux facultés de droit de Genève et de Lausanne, a déposé un recours administratif contre cette décision devant la Commission de recours pour les questions de concurrence,
- que le 7 janvier 1998, les sociétés Le Nouveau Quotidien ERL SA et Société Anonyme du Journal de Genève et de la Gazette de Lausanne ont présenté devant cette même autorité une demande tendant au retrait de l'effet suspensif,
- que, par décision incidente du 23 janvier 1998, la Commission de recours pour les questions de concurrence a fait droit à cette requête et retiré l'effet suspensif au recours formé le 22 décembre 1997,
- que le 29 janvier 1998, Pierre Engel a formé un recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral, en concluant à l'annulation de cette décision du 23 janvier 1998,
- qu'il a également présenté une requête de mesures provisionnelles tendant à la restitution de l'effet suspensif qui a été rejetée selon ordonnance présidentielle du 18 février 1998,
- que, par lettre du 23 février 1998, la Commission de recours pour les questions de concurrence a informé le Tribunal fédéral qu'elle avait rendu le même jour une décision finale, par laquelle elle a rejeté le recours administratif de Pierre Engel dans la mesure où il était recevable, si bien qu'à ses yeux, la procédure du recours de droit administratif était devenue sans objet,
- que, par ordonnance présidentielle du 27 février 1998, le recourant, les parties intimées et les autorités concernées ont été invités à se déterminer sur la radiation envisagée de la cause et sur le sort des frais et dépens,
- que, par lettre du 10 mars 1997, le recourant a déclaré maintenir son recours, en précisant que la décision incidente du 23 janvier 1998 était nulle pour cause de vices de procédure et que l'effet suspensif devait donc être restitué,
- qu'il a annoncé en outre son intention de déposer un recours de droit administratif contre la décision finale du 23 février 1998 rendue par la Commission de recours pour les questions de concurrence,

- que, par acte du 9 mars 1998, cette commission a confirmé que, selon elle, la procédure était devenue sans objet et s'en est remise à l'appréciation du Tribunal fédéral s'agissant des frais et dépens,
- que, le 12 mars 1998, les mandataires des parties intimées ont conclu à la radiation de la cause, sous suite de dépens,
- qu'aux termes de l'art. 72 PCF auquel renvoie l'art. 40 OJ, «lorsqu'un procès devient sans objet ou que les parties cessent d'y avoir un intérêt juridique, le tribunal, après avoir entendu les parties mais sans autres débats, déclare l'affaire terminée et statue sur les frais du procès par une décision sommairement motivée, en tenant compte de l'état de choses existant avant le fait qui met fin au litige»,
- qu'en l'occurrence, le recourant a perdu tout intérêt juridique à son recours de droit administratif du 29 janvier 1998 dirigé contre la décision incidente du 23 janvier 1998 du fait qu'entre-temps (soit, le 23 février 1998), la Commission de recours pour les questions de concurrence a rendu une décision finale, mettant ainsi fin au litige portant sur le retrait de l'effet suspensif,
- que le Tribunal fédéral statue sur les frais et dépens de la procédure fédérale après un examen sommaire des chances de succès du recours (ATF 118 la 488 consid. 4a p. 494),
- qu'on peut relever qu'à première vue il est douteux que Pierre Engel ait qualité pour intervenir dans la procédure relative à la fusion des deux entreprises concernées,
- qu'au demeurant, le retrait de l'effet suspensif apparaissait de prime abord justifié, compte tenu des intérêts en présence,
- qu'il se justifie dès lors de mettre les frais judiciaires à la charge du recourant (art. 156 al. 1 OJ),
- que le recourant versera une indemnité à titre de dépens aux parties intimées, soit Le Nouveau Quotidien ERL SA et la Société Anonyme du Journal de Genève et de la Gazette de Lausanne qui ont procédé par le dépôt d'une réponse (art. 159 OJ),

***Par ces motifs, le Tribunal fédéral:  
vu les art. 72 PCF et 40 OJ:***

1. Constate que le recours est devenu sans objet et raie la cause du rôle.
2. Emoluments [...].
3. Dépens [...].
4. Notification [...].

**C      *Zivilrechtliche Praxis*  
*Pratique des tribunaux civils*  
*Prassi dei tribunali civili***

**C 1     *Kantonale Gerichte*  
Tribunaux cantonaux  
Tribunali canonali**

**C 1     *1. Luzern***

*Prozessleitende Verfügung, § 16 Abs. 1 und 2 ZPO; vorsorgliche Massnahmen, § 227 i.V.m. § 231 ZPO*

*Entscheid vom 17. Juli 1997 in Sachen K. AG Gesuchstellerin und Rekurrentin, gegen 1. B. AG, 2. B, Gesuchsgegner*

***Verfügung***

1. Die Rechtsmitteleingabe der Gesuchstellerin wird - entsprechend der Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Entscheid - als Rekurs entgegengenommen.
2. In Ergänzung der superprovisorischen Verfügung des Amtsgerichtspräsidenten II von Willisau vom 21. Mai 1997 wird verfügt:
  - a) Im Falle der Widerhandlung gegen das gerichtliche Verbot wird den Organen der Gesuchsgegnerin nach Art. 292 StGB Haft oder Busse angedroht (§ 236 Abs. 2 lit. a i.V.m. § 294 Abs. 1 ZPO).
  - b) Die Gesuchstellerin wird ermächtigt, zur Durchsetzung des gerichtlichen Verbotes polizeiliche Hilfe in Anspruch zu nehmen (§ 236 Abs. 2 lit. a i.V.m. § 295 lit. b ZPO).
3. Kosten [...].
4. Diese Verfügung ist den Parteien zuzustellen.

*Entscheid vom 7. August 1997 in Sachen K. AG Gesuchstellerin und Rekurrentin, gegen 1. B. AG, 2. B, Gesuchsgegner betreffend vorsorgliche Massnahmen*

vorsorgliche Massnahmen nach § 227 ZPO.

***Erwägungen***

1. Mit Entscheid vom 13. Juni 1997 trat der Amtsgerichtspräsident II von Willisau auf die Massnahmebegehren der Gesuchstellerin vom 20. Mai 1997 betreffend ein Verbot zum Betrieb einer neuen Aushub- und Kieswaschanlage auf dem Grundstück Nr. 299, GB Ufhusen, mangels sachlicher

Zuständigkeit nicht ein, weil für die vorfrageweise Beurteilung, ob Kartellrecht zur Anwendung komme, der Obergerichtspräsident als einzige kantonale Instanz zuständig sei. Gleichzeitig hob er das am 21. Mai 1997 dringlich angeordnete Verbot auf. In der Rechtsmittelbelehrung verwies er auf den Rekurs.

2. Mit rechtzeitigem Rekurs vom 23. Juni 1997 stellte die Gesuchstellerin folgende Anträge:

1. Der Entscheid des Amtsgerichtspräsidenten II von Willisau vom 13. Juni 1997 sei aufzuheben und die Sache zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. a) Den Rekursgegnern sei zu verbieten, die auf der Parzelle Ufhusen, GB Nr. 299 (Rufswil, 6153 Ufhusen, Koord. 636.125/217.800), neuerstellte, mobile Aushub- und Kieswaschanlage zu betreiben oder durch Dritte betreiben zu lassen.  
 b) Die Rekursgegner seien anzuweisen, einen allfälligen Betrieb der Anlage gemäss RZ 1 sofort einzustellen.  
 c) Für den Fall der Nichtbeachtung der richterlichen Anordnungen sei die Polizei zu beauftragen, die Vollstreckung gegen die Rekursgegner mit Zwang durchzusetzen (§ 295 ZPO).  
 d) Den Rekursgegnern und den verantwortlichen Organen der Rekursgegnerin Nr. 1 seien für den Fall der Nichtbeachtung der richterlichen Anordnungen eine Ungehorsamsstrafe gemäss § 294 ZPO i.V. mit Art. 292 StGB anzudrohen.
3. Die gerichtlichen Anordnungen gemäss RZ 2 hiervoor seien vor Anhörung der Rekursgegner als dringliche Anordnungen gemäss § 231 ZPO zu treffen.
4. Eventuell:  
 Die Prozesssache sei vom Obergericht des Kantons Luzern gemäss den Rechtsbegehren in RZ 2 und 3 (dringliche Anordnung gemäss § 231 ZPO) hiervoor als erstinstanzliches Zivilgericht an die Hand zu nehmen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

In ihrer Begründung führte die Gesuchstellerin im wesentlichen aus, die Gesuchsgegner hätten bereits vor erster Instanz gegen das dringlich angeordnete Verbot verstossen. Aufgrund der unmissverständlichen vertraglichen Verpflichtung sei den Gesuchsgegnern der Betrieb der Kiesaufbereitungsanlage verwehrt. Durch die Verletzung des Vertrages entstünde der Gesuchstellerin ein kaum mehr zu behebender Schaden. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei die Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz

nur dann gegeben, wenn eine Klage aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung eingereicht worden sei. Sie mache indes keinen solchen Anspruch geltend. Es gehe ihr vielmehr um die Einhaltung eines Kieslieferungsvertrages, wofür der angerufene Amtsgerichtspräsident zuständig gewesen wäre. Die Einreden der Gesuchsgegner seien in bezug auf den Klagegegenstand und damit auch die sachliche Zuständigkeit unmassgeblich. Bevor nicht ein Zivilgericht eine von den Rekursgegnern eingereichte Klage beurteilt habe, bleibe der Kiesliefervertrag gültig.

3. Mit superprovisorischer Verfügung vom 17. Juli 1997 ergänzte der Präsident der I. Kammer des Obergerichts das vom Amtsgerichtspräsidenten am 21. Mai 1997 angeordnete Verbot antragsgemäss mit der Strafdrohung nach Art. 292 StGB und ermächtigte die Gesuchstellerin, zur Durchsetzung des Verbots polizeiliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.

4. Mit Vernehmlassung vom 21. Juli 1997 beantragten die Gesuchsgegner, die Prozesssache sei vom Obergerichtspräsidium an die Hand zu nehmen. Im übrigen seien die gesuchstellerischen Rechtsbegehren abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchstellerin.

In der Begründung führten die Gesuchsgegner zusammengefasst aus, die Rechtsbegehren der Gesuchstellerin beinhalteten einen massiven Angriff auf den freien Wettbewerb und widersprächen dem neuen Kartellgesetz. Die Gesuchstellerin befürchte durch die Inbetriebnahme der neuen Kiesaufbereitungsanlage einen Verlust an Kunden und einen Preiseinbruch für Kies und Beton. Mit der angebehrten Massnahme werde versucht, einen Preiskampf zu verhindern. Das Aktienkapital der Gesuchstellerin gehöre zu 100 % der Einwohnergemeinde Huttwil. Für Klagen aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung sei das Obergericht zuständig. Da die Gesuchstellerin das Summarverfahren eingeleitet habe, liege die Entscheidung beim Obergerichtspräsidium. Die Gesuchstellerin stütze ihre Begehren einzig auf wettbewerbsbehindernde Gründe. Der Gesetzgeber habe offensichtlich nicht daran gedacht, dass eine Partei mit dem rechtswidrigen Ansinnen, eine konkurrenzierende Tätigkeit sei zu verbieten, an den Richter gelangen würde. Der ausschliessliche Gerichtsstand nach Art. 14 KG müsse umso mehr gegeben sein, als mit dem geltend gemachten Anspruch der Wettbewerb eingeschränkt werden solle. Die Gesuchstellerin versuche, den Markteintritt einer ungeliebten Konkurrentin mittels richterlichem Verbot zu verhindern. Wenn das regionale Preisgefüge aufgrund der Inbetriebnahme ihrer relativ kleinen Kiesaufbereitungsanlage derart ins Wanken gerate, dränge sich unwillkürlich die Vermutung auf, dass die heutigen Preise auf breiter Ebene durch kartellistische Absprachen gestützt würden. Abreden, die den Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigten, würden die Nichtigkeit nach Art. 20 OR zufolge Widerrechtlichkeit nach sich ziehen. Kartellrechtswidrige Vertragsinhalte könnten vor dem Zivilrichter nicht durchgesetzt werden.

5. Der Amtsgerichtspräsident ist auf das Massnahmegesuch mangels sachlicher Zuständigkeit nicht eingetreten. In der Entscheidungsbegründung hat er aber auch zum Ausdruck gebracht, dass er mit Rücksicht auf die Frage einer allfälligen Nichtigkeit der vertraglichen Absprache zwischen den Parteien die Sache materiell als nicht liquid betrachte. In seiner Rechtsmittelbelehrung hat er denn auch den Rekurs angegeben, der gegen einen blossen Erledigungsentscheid über die Zuständigkeit im summarischen Massnahmeverfahren gar nicht gegeben wäre (§ 102 Abs. 3 i.V.m. §§ 258 lit. b und 265 Abs. 1 ZPO, vgl. LGVE 1995 I Nr. 43). Daher kann von einer faktischen Abweisung ausgegangen werden. Die Rechtsmitteleingabe ist gemäss Verfügung des Obergerichtspräsidenten vom 17. Juli 1997 als Rekurs entgegenzunehmen. Eine materielle Beurteilung durch das Obergericht ist auch aus prozessökonomischen Gründen angezeigt.

Dem Rekurs kommt nach § 259 Abs. 1 ZPO von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu, weshalb das vom Amtsgerichtspräsidenten dringlich angeordnete Verbot entgegen der Ansicht beider Parteien weiterhin Geltung beansprucht. Die weiterbestehende superprovisorische Verfügung brauchte folglich durch den Obergerichtspräsidenten nur noch ergänzt zu werden.

6. Massgebend für die Zuständigkeit sind Anträge und Begründung im Massnahmegesuch. Die Gesuchstellerin beantragte aufgrund einer Vertragsverletzung zur Hauptsache ein richterliches Verbot, für dessen Erlass der Amtsgerichtspräsident zuständig ist (§ 7 Abs. 1 lit. b ZPO). Dass die Gesuchsgegner dagegen kartellrechtliche Einwendungen vorbringen, vermag das Verfahren nicht einfach in ein präsidiales der einzigen kantonalen Instanz im Sinne von Art. 14 Abs. 1 KG (Kartellgesetz, SR 251: Klage aus Wettbewerbsbeschränkung) sowie §§ 11 und 15 Abs. 2 lit. b ZPO. Die I. Kammer des Obergerichts entscheidet als Rekursinstanz in einem Massnahmeverfahren.

7. In RZ 6 des Kiesliefervertrages vom 10./13. September 1996, den die Gesuchstellerin und die Gesuchsgegnerin RZ 1 in Fortsetzung ihrer bisherigen Zusammenarbeit und im Hinblick auf die beabsichtigte Verwirklichung eines gemeinsamen Recyclingwerkes geschlossen haben (Präambel), verpflichtete sich die B. AG, während fünf Jahren auf die Erstellung und den Betrieb einer Kiesaufbereitungsanlage sowie die Aufbereitung durch Dritte zu verzichten. Dieser Verzicht soll sich auch auf Firmen erstrecken, an welchen die B. AG oder B. beteiligt sind. Da solche weitere Firmen indes nicht Vertragspartei sind, konnten damit nur abhängige Gesellschaften gemeint sein, auf deren Handlungen die Gesuchsgegnerin Ziff. 1 oder deren einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsratspräsident B. tatsächlich bestimmenden Einfluss haben. Blosser Minderheitsbeteiligungen reichen hierfür nicht aus. Im übrigen ist der Gesuchsgegner Ziff. 2 persönlich nicht Vertragspartei.

Laut Darstellung der Gesuchsgegner beruht die Argumentation der Gesuchstellerin ausschliesslich auf wettbewerbsbehindernden Gründen. Vertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen soll nach der Intention des neuen Kartellrechts von Anfang an der Rechtsschutz versagt bleiben. Derartige Absprachen sind nichtig im Sinne von Art. 20 OR und damit von Anfang an nicht durchsetzbar (Stoffel Walter A., Das neue Kartell-Zivilrecht, in: Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, S. 94 f.). Damit wäre auch gestützt auf eine wettbewerbsbehindernde Vereinbarung beantragten vorsorglichen Massnahmen grundsätzlich die Rechtsgrundlage entzogen.

Da sich der Vertrag einerseits unmittelbar nur auf zwei in der Kiesbranche tätige Firmen mit bloss regionalem Einflussbereich erstreckt, die zudem im Hinblick auf eine weitere Zusammenarbeit und mit der Zielsetzung eines gemeinsamen Recyclingprojektes zu verstehen ist, erscheint die Einwendung einer kartellistischen Abmachung als nicht genügend glaubhaft gemacht. Die Gesuchsgegnerin bezeichnet ihre neuerstellte mobile Kiesaufbereitungsanlage denn auch selbst als eher kleine Anlage. Es kann nicht Sache des Massnahmerichters sein, einem in einem weiteren Zusammenhang zu sehenden und vom möglichen Markteinfluss sowie von der zeitlichen Dauer her beschränkten Vertragswerk den vorsorglichen Rechtsschutz zufolge angeblicher Nichtigkeit des Vertrages oder von Teilen desselben zu versagen.

Selbst wenn es sich bei der auf fünf Jahre befristeten und in einem weiteren geschäftlichen Kontext stehenden Verzichtserklärung der B. AG um eine kartellistische Absprache handeln sollte, würde es noch an der Liquidität der Einwendungen im Massnahmeverfahren fehlen. Die B. AG (und nur diese) verpflichtete sich, während fünf Jahren weder selbst noch durch Dritte (wie z.B. B. persönlich) eine Kiesaufbereitungsanlage zu betreiben resp. betreiben zu lassen. Wenn sie sich nur acht Monate nach Vertragschluss und Abgabe der Verzichtserklärung auf die Nichtigkeit der Vereinbarung aufgrund von Kartellrecht stützt, so wäre ihr Verhalten noch unter dem Aspekt der Widersprüchlichkeit (*venire contra factum proprium*) im Sinne der vom Bundesgericht im Zusammenhang mit formnichtigen Grundstückkaufverträgen mit simuliertem Kaufpreis entwickelten Praxis (vgl. BGE 112 II 107 ff.; Riemer Hans Michael, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1987, S. 90 RZ 41 und 42b mit Hinweisen) zu prüfen. Ihrem Einwand könnte auch das Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB entgegenstehen, weshalb ihm zumindest im Massnahmeverfahren kein Gehör zu schenken ist.

8. Da die Gesuchsgegnerin RZ 1 die mobile Kiesaufbereitungsanlage offensichtlich zeitweilig bereits probeweise in Betrieb genommen hatte und damit sogar gegen das Verbot des Amtsgerichtspräsidenten II von Willisau versties und neuerdings auch Werbung für den von ihr aufbereiteten Kies macht, ist der drohende, nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil evident, und es rechtfertigt sich, für die Dauer des Rechtsstreites

den vertragsmässigen Zustand aufrechtzuerhalten (§ 227 Abs. 1 ZPO), nachdem eine Vertragsverletzung glaubhaft gemacht worden ist. Die bereits dringlich angeordneten vorsorglichen Massnahmen sind mithin grundsätzlich zu bestätigen. Da nur die B. AG selbst Vertragspartei ist, muss das Verbot auf diese beschränkt bleiben. B. als Gesuchsgegner Ziff. 2 ist zudem bereits als Organ der Gesuchsgegnerin Ziff. 1 mit Strafe bedroht.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist der Gesuchstellerin nach § 242 Abs. 1 ZPO eine Klagefrist anzusetzen (Studer/ Rüeegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, N 1 f. zu § 242 ZPO; vgl. N 4 zu § 243 ZPO). Nach unbenutztem Ablauf dieser Frist fällt das im Massnahmeverfahren angeordnete Verbot gemäss § 242 Abs. 2 ZPO ohne weiteres dahin.

Gemäss § 243 Abs. 1 ZPO kann bei Anordnung vorsorglicher Massnahmen von Amtes wegen Sicherheitsleistung durch die Gesuchstellerin angeordnet werden (Studer/Rüeegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, N 1 zu § 243 ZPO). Dass der Gesuchsgegnerin aus dem Betriebsverbot bezüglich ihrer mobilen Kiesaufbereitungsanlage wirtschaftlicher Schaden entstehen kann, liegt auf der Hand, zumal über deren Rechtmässigkeit erst im Prozess zu befinden sein wird. Die Gesuchstellerin bezifferte ihren jährlichen Schaden durch die vertragswidrige Inbetriebnahme mit mindestens CHF 360'000.--. Angesichts dieses Umstandes rechtfertigt es sich, die Sicherheitsleistung vorläufig auf CHF 100'000.-- festzusetzen. Die Modalitäten richten sich sinngemäss nach § 127 Abs. 1 ZPO.

9. Gemäss § 237 lit. a ZPO sind die Gerichtskosten im Falle der Anordnung vorsorglicher Massnahmen der Gesuchstellerin zu überbinden, während die Parteikosten wettzuschlagen sind, beides unter Vorbehalt einer anderen Kostenverlegung im Hauptprozess oder bei Dahinfallen der Massnahmen. Auf eine Kostenausscheidung zugunsten des Gesuchsgegners RZ 2 kann vorliegend verzichtet werden, da er von der angebehrten Massnahme als Organ der Gesuchsgegnerin RZ 1 betroffen wird. Der erstinstanzliche Kostenspruch stimmt zumindest dem Resultat nach mit dieser Bestimmung überein und ist folglich zu bestätigen. Die Kostenfestsetzung beruht auf § 6 Abs. 1 lit. d KoV (SRL Nr. 265).

Die Gerichtsgebühr für den Entscheid des Präsidenten der I. Kammer des Obergerichts vom 17. Juli 1997 wurde auf pauschal CHF 500.-- festgesetzt. Die Kosten dieses Entscheides betragen angesichts des offensichtlich hohen Interessenwertes CHF 2'500.-- (§ 10 Abs. 1 KoV).

### *Erkenntnis*

1. Der Rekurs wird gutgeheissen und der Entscheid des Amtsgerichtspräsidenten II von Willisau vom 13. Juni 1997 aufgehoben.
2. Der B. AG wird verboten, die auf der Parzelle Ufhusen [...] neuerstellte, mobile Aushub- und Kieswaschanlage zu betreiben oder durch Dritte

betreiben zu lassen. Sie hat einen allfälligen Betrieb der Anlage sofort einzustellen.

3. Im Falle der Widerhandlung gegen das gerichtliche Verbot wird den Organen der B. AG nach Art. 292 StGB Haft oder Busse angedroht (§ 236 Abs. 2 lit. a i.V.m. § 294 Abs. 1 ZPO).

Die Gesuchstellerin wird ermächtigt, zur Durchsetzung des gerichtlichen Verbotes polizeiliche Hilfe in Anspruch zu nehmen (§ 236 Abs. 2 lit. a i.V.m. § 295 lit. b ZPO).

4. Der Gesuchstellerin wird eine Frist von 30 Tagen ab Zustellung dieses Entscheides zur Klageerhebung beim Amtsgericht Willisau angesetzt. Nach unbenütztem Ablauf dieser Frist fällt die angeordnete Massnahme ohne weiteres dahin.
5. Die Gesuchstellerin hat der Kasse des Amtsgerichts Willisau innert 30 Tagen seit Zustellung dieses Entscheides eine Sicherheitsleistung im Betrag von CHF 100'000.-- durch Hinterlegung von Bargeld, Wertpapieren oder durch eine Bankgarantie zu leisten. Nach unbenütztem Ablauf dieser Frist fällt die angeordnete Massnahme ohne weiteres dahin.
6. Die Gesuchstellerin hat unter Vorbehalt einer anderen Verlegung im Hauptprozess die Gerichtskosten beider Instanzen zu tragen, während die Parteikosten wettgeschlagen werden.

Kosten [...].

7. [Mitteilungen].

C 2     **Bundesgericht**  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale

C 2     **1er     Pharmacie Victoria SA**

*Art. 31 BV ; Arzneimittelwerbung.*

*Art. 31 Cst. ; publicité pour des médicaments.*

*Art. 31 Cost. ; pubblicità per medicinali.*

*(deutsche Übersetzung in: Die Praxis 2/1998, S. 128 ff.)*

*Décision du 24 juin 1997 sur le recours de droit public formé par la Pharmacie Victoria SA, à Genève, et J. G., contre les art. 6 al. 3 et 8 al. 2 du Règlement modifiant le règlement d'exécution du 10 mars 1975 de la convention intercantonale sur le contrôle des médicaments, adopté le 10 juin 1996 par le Conseil d'Etat du canton de Genève et publié le 19 juin 1996 dans la Feuille d'avis officielle du canton de Genève;*

***Vu les pièces du dossier d'où ressortent les faits suivants:***

- A. Selon l'art. 1er de la Convention intercantonale sur le contrôle des médicaments du 3 juin 1971 (RS 812.101; ci-après: CICM ou la Convention intercantonale), les cantons suisses ont constitué, sous le nom d'«Union intercantonale pour le contrôle des médicaments» (Union intercantonale), une corporation de droit public ayant sa propre personnalité juridique et son siège à Berne. Selon l'art. 2 CICM, l'Union intercantonale a pour but de simplifier, de faciliter et d'unifier le contrôle des médicaments utilisés en médecine humaine et vétérinaire; elle dispose dans ce but de l'Office intercantonal de contrôle des médicaments (OICM).

Aux termes de l'art. 29 du règlement d'exécution du 25 mai 1972 de la Convention intercantonale édicté par l'Union intercantonale (état du 23 novembre 1995), l'OICM classe les substances médicamenteuses selon les modes de vente suivants: A (Vente dans les pharmacies sur ordonnance médicale à ne pas renouveler sans l'autorisation du médecin); B (Vente dans les pharmacies sur ordonnance médicale); C (Vente dans les pharmacies sans ordonnance médicale); D (Vente dans les pharmacies et drogueries) et E (Vente dans tous les commerces) (voir aussi art. 32 du règlement d'exécution du 10 mars 1975 de la Convention intercantonale arrêté par le Conseil d'Etat du canton de Genève).

Le 23 novembre 1995, l'assemblée de l'Union intercantonale a approuvé les Directives de l'OICM sur la publicité pour les agents thérapeutiques (ci-après: Directives de l'OICM sur la publicité), en vigueur depuis le 1er janvier 1996, dont l'art. 2 al. 1 dispose que la «publicité auprès du public est en principe autorisée pour les agents thérapeutiques des catégories C, D, et E sauf si elle est restreinte ou interdite par des prescriptions de droit fédéral ou par des dispositions ci-après». L'art. 8 al. 1 lettre b de ces directives précise que la publicité pour les agents thérapeutiques d'annonce d'«octroi d'avantages économiques directs ou indirects comme des rabais, des bons, etc.» est illicite. L'art. 8 al. 2 des mêmes directives précise que l'alinéa 1 lettre b n'est pas applicable aux agents thérapeutiques de la catégorie E.

- B. J. G., exerçant la profession de pharmacien à Genève, et la société Pharmacie Victoria SA qui exploite une pharmacie à Genève, ont annoncé par voie de réclame des rabais sur le prix de certains agents thérapeutiques de la catégorie D. Les slogans publicitaires utilisés étaient les suivants: «Baisse sur les prix des médicaments», «Nous contribuons à alléger vos dépenses de santé!», «Comparez, vous reviendrez». Par lettre du 13 décembre 1995, le Département de l'action sociale et de la santé du canton de Genève, Service du Pharmacien cantonal, a signalé aux intéressés que toute réclame pour des médicaments faisant allusion à une diminution de prix était interdite en ver-

tu de l'art. 8 al. 1 lettre b des Directives de l'OICM sur la publicité, tout en précisant que «des rabais (non annoncés par voie de réclame) sont admissibles dans la mesure où ils sont octroyés sans pousser aux abus. Les rabais sous forme de vente multi-pack (3 pour 2) sont néanmoins interdits».

Par arrêt du 2 mai 1996 (2P.39/1996), le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours interjeté par J. G. et la Pharmacie Victoria SA tendant à l'annulation de l'art. 8 al. 1 lettre b des Directives de l'OICM sur la publicité, au motif que celles-ci n'étaient pas directement contraignantes du point de vue juridique et partant n'avaient pas force de loi. Il a été précisé que seuls les arrêtés cantonaux de portée générale, qui reprendraient le cas échéant les règles de ces directives, ou des décisions concrètes pourraient faire l'objet d'un recours de droit public auprès du Tribunal fédéral. Dans sa réponse au recours, l'OICM avait conclu à l'irrecevabilité du recours.

- C. Le 10 juin 1996, le Conseil d'Etat du canton de Genève a adopté le Règlement modifiant le règlement d'exécution du 10 mars 1975 de la convention intercantonale sur le contrôle des médicaments (ci-après: le Règlement cantonal du 10 juin 1996). Ce texte, publié le 19 juin 1996 dans la Feuille d'avis officielle du canton de Genève et entré en vigueur le 20 juin 1996, comporte notamment l'art. 6 (nouvelle teneur) qui est ainsi libellé:

«1 On entend par 'publicité pour les agents thérapeutiques' toute forme d'information, de prospection ou d'incitation qui vise à influencer la prescription, la délivrance, la vente ou l'utilisation d'agents thérapeutiques.

2 Tous les éléments de la publicité doivent concorder avec la dernière information concernant l'agent thérapeutique approuvée par l'OICM.

3 Toute publicité doit respecter les directives de l'OICM sur la publicité pour les agents thérapeutiques du 23 novembre 1995.»

Quant à l'art. 8 (nouvelle teneur) du Règlement cantonal du 10 juin 1996 dont le titre marginal s'intitule «Publicité illicite», il prévoit ce qui suit::

«1 Est considérée comme publicité illicite toute assertion trompeuse, fautive ou contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs de même que la publicité incitant à un emploi abusif, inconsidéré ou irrationnel de l'agent thérapeutique.

2 Est illicite l'octroi, l'offre ou la promesse d'avantages financiers ou matériels. Cette disposition n'est pas applicable à la publicité auprès du public pour les agents thérapeutiques pouvant être vendus dans tous les commerces.

3 Les agents thérapeutiques dont la commercialisation est illicite en Suisse ne peuvent pas faire l'objet de publicité.

4 La publicité auprès du public est interdite pour les agents thérapeutiques qui:

- a) ne peuvent être délivrés que sur ordonnance médicale;
- b) contiennent des psychotropes ou des stupéfiants, au sens du droit fédéral;
- c) par leur composition et leurs objectifs particuliers, ne peuvent pas être utilisés sans l'intervention d'un médecin pour le diagnostic, la prescription ou le traitement.

5 L'OICM peut, à des fins de protection de la santé publique, exclure de la publicité auprès du public d'autres agents thérapeutiques ou groupes d'agents thérapeutiques. Il règle les modalités».

A noter que le texte de cette dernière disposition est rigoureusement identique à celui de l'art. 7 du règlement d'exécution du 25 mai 1972 de la Convention intercantonale édicté par l'Union intercantonale.

- D. Agissant conjointement par la voie du recours de droit public, J. G. et la Pharmacie Victoria SA demandent au Tribunal fédéral d'annuler, sous suite de frais et dépens, les art. 6 al. 3 et 8 al. 2 du Règlement cantonal du 10 juin 1996. Selon eux, l'interdiction de faire de la publicité pour les médicaments (des catégories C et D) ayant pour objet d'annoncer l'octroi, l'offre ou la promesse d'avantages financiers ou matériels serait contraire à la liberté du commerce et de l'industrie garantie par l'art. 31 Cst.

Le Conseil d'Etat conclut au rejet du recours. Lors d'un second échange d'écritures, les parties ont confirmé leurs conclusions respectives.

- E. Par ordonnance présidentielle du 9 septembre 1996, la demande d'effet suspensif au recours a été rejetée.

### ***Considérant en droit:***

1. Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 122 I 39 consid. 1, 351 consid. 1).

a) Le recours de droit public dirigé, comme en l'espèce, contre un arrêté cantonal de portée générale est la seule voie de recours fédérale à disposition des recourants pour se plaindre d'une violation de leurs droits constitutionnels au sens de l'art. 84 al. 1 let. a OJ (art. 84 al. 2 OJ; ATF 122 I 70 consid. 1a; 119 la 178 consid. 1a, 197 consid. 1b).

b) L'exigence de l'épuisement des voies de droit cantonales prévue à l'art. 86 al. 1 OJ vaut également pour les recours de droit public formés contre les arrêtés cantonaux de portée générale (ATF 119 la 197 consid. 1b, 321 consid. 2a). Le droit genevois ne prévoyant aucune procédure de contrôle abstrait des règlements cantonaux (ATF 106 la 355 consid. 1b), le présent recours interjeté directement devant le Tribunal fédéral est donc recevable.

c) Aux termes de l'art. 88 OJ, le recours de droit public est ouvert aux particuliers et aux collectivités lésés par des arrêtés ou des décisions qui les concernent personnellement ou qui sont de portée générale. Lorsque le recours est dirigé contre un arrêté de portée générale, la qualité pour recourir appartient à toute personne dont les intérêts juridiquement protégés sont effectivement touchés par l'acte attaqué ou pourront l'être un jour; une simple atteinte virtuelle suffit, pourvu qu'il y ait un minimum de vraisemblance que le recourant puisse un jour se voir appliquer les dispositions prétendument inconstitutionnelles (ATF 122 I 70 consid. 1b, 90 consid. 2a, 222 consid. 1a et la jurisprudence citée).

En l'espèce, tant J. G., qui exerce la profession de pharmacien dans le canton de Genève, que la société Pharmacie Victoria SA, qui exploite une pharmacie dans le même canton, sont directement touchés dans leurs droits juridiquement protégés par les dispositions attaquées qui restreignent leur droit de faire de la réclame pour des médicaments. Ils ont dès lors qualité pour agir selon l'art. 88 OJ.

d) Déposé le 19 août 1996 contre un règlement cantonal qui a été publié le 19 juin 1996 dans la Feuille d'avis officielle du canton de Genève, le présent recours respecte le délai de recours de trente jours prévu à l'art. 89 al. 1 OJ, compte tenu des fêtes judiciaires (art. 34 al. 1 let. b OJ).

e) Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le présent recours.

2. a) Les recourants s'en prennent aux art. 6 al. 3 et 8 al. 2 du Règlement cantonal du 10 juin 1996. Selon eux, l'interdiction faite aux pharmaciens et droguistes de faire de la réclame pour les médicaments des listes C et D sous forme d'annonce d'octroi, d'offre ou de promesse d'avantages financiers ou matériels serait incompatible avec l'art. 31 Cst.

b) La liberté du commerce et de l'industrie, garantie par l'art. 31 Cst., s'étend à toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 119 la 378 consid. 4b); elle s'applique en particulier à la fabrication et à la vente des médicaments, ainsi qu'à l'activité du pharmacien qui exerce une profession libérale (ATF 118 la 175 consid. 1; 111 la 184 consid. 2 et la jurisprudence citée). Elle comprend le droit de faire de la publicité (ATF 118 lb 356 consid. 4c p. 362/363; 104 la 473 consid. 2; 96 I 699 consid. 2 et les arrêts cités. Voir également René Rhinow, Commentaire de la Constitution fédérale, n. 84 ad art. 31; Peter V. Saladin, Das Recht auf Werbung und

seine öffentlich-rechtlichen Schranken, thèse Berne 1969, p. 97). La liberté du commerce et de l'industrie, tout comme le droit de faire de la publicité qui en découle n'est toutefois pas absolue (Saladin, op. cit., p. 98). Elle n'est garantie que sous réserve de la législation fédérale selon l'art. 31 al. 1 Cst. En vertu de l'art. 31 al. 2 Cst., les cantons peuvent aussi restreindre la liberté du commerce et de l'industrie, en adoptant notamment des mesures de police justifiées par un intérêt public pertinent; ces mesures de police doivent tendre à sauvegarder la tranquillité, la sécurité, la santé ou la moralité publique, à préserver d'un danger ou à l'écartier, ou encore à prévenir les atteintes à la bonne foi en affaires par des procédés déloyaux et propres à tromper le public (ATF 118 la 175 consid. 1 et la jurisprudence citée). Sont en revanche prohibées les mesures qui ont pour but d'entraver la libre concurrence, d'avantager certaines entreprises ou certaines formes d'entreprises, et qui tendent à diriger la vie économique selon un plan déterminé (ATF 121 I 129 consid. 3b; 120 la 67 consid. 2a, 126 consid. 4a). Les restrictions cantonales doivent notamment reposer sur une base légale, être justifiées par un intérêt public pertinent et, selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis (ATF 122 I 130 consid. 3a; 121 I 129 consid. 3b et les arrêts cités). Le Tribunal fédéral examine librement si les principes d'intérêt public et de la proportionnalité sont respectés par l'arrêté ou la décision attaqués (ATF 120 la 67 consid. 3b; 118 la 175 consid. 3a). En revanche, s'agissant de la question de la base légale, il examine le droit cantonal sous l'angle restreint de l'arbitraire, lorsque l'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie n'est pas particulièrement grave (ATF 121 I 326 consid. 2b; Walter Kälin, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, Berne 1994, p. 176/176 et 185). Or tel est bien le cas en l'espèce, puisque l'activité principale des pharmaciens et droguistes, soit la vente des médicaments, n'est ici pas en cause (cf. ATF 104 la 473 consid. 1 concernant la restriction du droit de faire de la réclame pour un architecte; Kälin, op. cit., p. 182/183).

3. Les recourants affirment en premier lieu que les restrictions litigieuses sont dépourvues de base légale suffisante.

a) Le Tribunal fédéral n'exige pas, en principe, que les restrictions portées à la liberté du commerce et de l'industrie soient prévues dans une loi au sens formel; une base légale au sens matériel suffit. Mis à part la clause générale de police, il faut toutefois une délégation législative ou une compétence découlant directement de la constitution cantonale pour que l'organe exécutif puisse édicter valablement une réglementation limitant la liberté en cause. La délégation de compétence du législateur à l'autorité exécutive ne doit pas être un blanc-seing. Pour être valable, elle doit notamment contenir des directives quant à l'objet, au but et à l'étendue de la compétence accordée. Mais l'on ne saurait à cet égard poser, a priori et de manière générale, des exigences trop strictes. La validité de la

compétence doit être en effet examinée dans chaque cas, en tenant compte de divers facteurs, au nombre desquels figurent l'intensité de l'atteinte portée à la liberté en cause. Autrement dit, plus les restrictions portées à la liberté du commerce et de l'industrie sont graves, plus le degré de précision et de clarté de la délégation législative devra être élevé (ATF 104 la 196 consid. 2c; voir aussi ATF 122 I 130 consid. 3b; en ce qui concerne la liberté personnelle: ATF 118 la 305 consid. 2 p. 309 ss et 115 la 277 consid. 7a p. 288).

b) En l'espèce, le Règlement d'exécution du 10 mars 1975 de la Convention intercantonale, modifié le 10 juin 1996 par le Conseil d'Etat genevois, repose sur un double fondement: d'une part, l'art. 17 de la Convention intercantonale sur le contrôle des médicaments du 3 juin 1971 dont l'alinéa 1er prévoit notamment que «les cantons adapteront leurs législations cantonales à la présente convention et à ses dispositions d'exécution», et d'autre part, la loi genevoise du 16 septembre 1983 sur l'exercice des professions de la santé, les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical (ci-après: LEPS).

Il y a lieu d'emblée de constater que l'art. 17 de la Convention intercantonale ne saurait tenir lieu de base légale aux restrictions portées à la liberté du commerce et de l'industrie par le Conseil d'Etat. En effet, comme le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de le dire, la Convention intercantonale sur le contrôle des médicaments du 3 juin 1971 ne constitue pas un concordat législatif directement applicable dans les cantons et partant n'est pas contraignante du point de vue juridique (ZBI 96/1995 p. 422 ss, consid. 4b et, plus récemment, arrêt non publié du 2 mai 1996 en la cause Pharmacie Victoria SA et J. G. Cf. aussi notamment Peter Fischer, Développement, tâches et organisation de l'Office intercantonal de contrôle des médicaments, in 75 ans de contrôle intercantonal des médicaments, Berne 1975, p. 63; Hans Zumstein, Der Beitrag der Kantone zur Rechtsvereinheitlichung in der Heilmittelkontrolle, in Festschrift für Dr. iur. Peter Fischer, Berne 1985, p. 134, Peter Schlegel, Heilmittelgesetzgebung im Bund und im Kanton Zürich, thèse Zurich 1981, p. 49 ss; Patricia Luthy, Enregistrement et contrôle des médicaments sur les marchés des produits pharmaceutiques suisse et européen, thèse Lausanne 1993, p. 56/57). Pour édicter des règles sur la publicité pour les médicaments, le Conseil d'Etat ne pouvait donc tirer sa compétence de la Convention intercantonale, qui n'a pas directement force de loi (cf. ATF 99 la 370 consid. 3a). Si la Convention intercantonale n'est pas directement applicable dans les cantons, elle revêt néanmoins une grande importance pour interpréter la législation cantonale en matière de médicaments (ZBI 96/1995 p. 422, consid. 4b/cc).

Reste à examiner si la loi genevoise sur l'exercice des professions de la santé, les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical peut servir de base légale aux restrictions incriminées. Selon cette loi, son but est de contribuer à la sauvegarde et à l'amélioration de la san-

té publique en réglementant notamment l'exploitation des pharmacies et le commerce des agents thérapeutiques (art. 1 lettres c et f); l'exercice des professions de la santé est placé sous la surveillance du Conseil d'Etat, de même que l'exploitation des établissements et entreprises telles que les pharmacies (art. 2). L'art. 22 LEPS prévoit à son alinéa 1er qu'«il est interdit aux médecins [...] de faire, dans le canton et hors du canton, de la réclame dans les journaux [...] et toutes espèces d'annonces autres que celles qui ont pour objet d'annoncer leur installation, leur changement de domicile professionnel, leur absence et leur retour»; l'alinéa 3 de cette disposition précise que, «réserve faite de la publicité relative à la gestion courante de leur pharmacie, les dispositions de l'alinéa 1 s'appliquent aux pharmacies». S'agissant en tout cas des pharmaciens, il existe donc une base légale suffisante pour limiter le droit de faire de la publicité pour les médicaments. De plus, sur un plan plus général, il est vrai que, comme le relèvent les recourants, l'art. 22 LEPS concerne exclusivement la réclame personnelle de ceux qui exercent une profession de la santé et qu'aucune disposition de cette loi n'est expressément consacrée à la publicité pour les médicaments. Cela ne signifie toutefois pas que le Conseil d'Etat a outrepassé la compétence qui lui a été déléguée par le législateur cantonal en limitant le droit de faire de la publicité pour les médicaments. En effet, force est de constater que, d'après l'art. 32 al. 1 LEPS, les agents thérapeutiques ne peuvent être mis dans le commerce sans l'autorisation du département cantonal concerné; l'autorisation est délivrée sur présentation du rapport d'expertise et du préavis de l'OICM, préavis qui lie le département cantonal. Or, l'expertise à laquelle se réfère cette disposition porte sur la composition de l'agent thérapeutique, la réclame et le prix (cf. art. 13 al. 2 de la Convention intercantonale). En outre, conformément à l'art. 139 LEPS, le Conseil d'Etat est habilité à édicter les règlements nécessaires à l'exécution de la présente loi (lettre a) et à réglementer, si les circonstances le justifient, d'autres activités touchant directement ou indirectement au domaine de la santé, conformément aux dispositions de la présente loi (lettre c). On peut dès lors admettre que la loi cantonale en question contient une clause de délégation suffisante pour permettre au Conseil d'Etat de restreindre la publicité pour les médicaments en vue de protéger la santé publique, même en ce qui concerne les droguistes qui, selon l'art. 34 LEPS, sont autorisés à vendre les médicaments de la catégorie D. Le Conseil d'Etat pouvait d'autant plus tirer sa compétence de cette loi que les restrictions litigieuses ne représentent pas, comme on l'a vu plus haut, une atteinte particulièrement grave à la liberté du commerce et de l'industrie, puisque l'activité principale des pharmaciens et droguistes, soit la vente des médicaments, n'est ici pas en cause; l'octroi d'avantages pécuniaires ou en nature sur le prix des médicaments demeure autorisé, seule la possibilité d'annoncer par voie publicitaire de tels avantages étant prohibée. En définitive, le Conseil d'Etat n'a pas dépassé les limites du

pouvoir que le législateur cantonal lui a délégué en édictant les art. 6 al. 3 et 8 al. 2 du Règlement cantonal du 10 juin 1996.

4. Les recourants prétendent en outre que les mesures incriminées ne répondraient pas à un intérêt public pertinent. Ils font valoir que l'interdiction qui leur est faite d'annoncer par voie de réclame des réductions sur le prix de certains médicaments a pour but d'entraver la libre concurrence. Certes, dans un système concurrentiel, la publicité est une manière naturelle, voire nécessaire, de pratiquer la vente, car les producteurs et les négociants doivent renseigner les consommateurs sur les prix et les qualités de leurs marchandises (Etienne Grisel, *Liberté du commerce et de l'industrie*, vol. I, Berne 1993, p. 123). Mais, ainsi que l'a indiqué à juste titre la Commission suisse des cartels, qui s'est occupée de la question de la vente des médicaments en Suisse, les médicaments sont, en raison de leur toxicité, des biens particuliers auxquels les mécanismes naturels du marché ne s'appliquent pas totalement. Il en découle que la limitation voire dans certains cas l'interdiction de faire de la publicité pour les médicaments se justifie pleinement dès que l'on admet que les médicaments représentent un bien particulier dont il convient de ne pas favoriser une consommation excessive. La publicité a en effet pour objectif de développer les ventes, ce qui va à l'encontre de la modération que l'on désire obtenir pour les médicaments (cf. *La distribution des médicaments en Suisse*, in *Publications de la Commission suisse des cartels* 16/1981, p. 203 ss, spécialement p. 266).

Il existe donc manifestement un intérêt public prépondérant à lutter contre la consommation excessive ou abusive de médicaments et, par voie de conséquence, à restreindre la publicité pour les médicaments dont le but est notamment d'inciter le public à en acheter davantage (voir notamment, Theophil G. Wirth, *Apotheker und Apotheken im schweizerischen Recht*, thèse Saint-Gall 1972, p. 202/203 et 208; Schlegel, *op. cit.*, p. 178; Saladin, *op. cit.*, p. 213). On peut remarquer que, même les substances thérapeutiques vendues sans prescription médicale, soit celles des listes C et D, ne sont pas inoffensives pour la santé, lorsqu'elles sont consommées de manière inconsidérée. Tel est le cas notamment des comprimés de vitamines C à 1000 mg de la liste D dont la vente a été interdite dans une grande surface en raison précisément du danger que représente cet agent thérapeutique absorbé de façon prolongée à haute dose; le Tribunal fédéral a retenu que cette interdiction était justifiée par le souci de protéger la santé publique contre les dangers que peut provoquer la consommation de médicaments, notamment l'abus d'une telle consommation (arrêt Migros Genève: ATF 99 la 370 consid. 4). Il est vrai que la limitation voire l'interdiction de faire de la publicité pour les médicaments est de nature à favoriser des abus en matière de prix ou du moins à empêcher un abaissement sensible de leur prix. De plus, il est indéniable qu'il y a un intérêt pour le consommateur à être renseigné par le biais de la

publicité sur les officines dans lesquelles il pourra se procurer à meilleur marché les médicaments dont il a besoin. Mais l'intérêt privé des consommateurs ne saurait l'emporter sur l'intérêt public à lutter contre la consommation excessive ou abusive de médicaments, la sauvegarde de la santé publique étant l'un des objectifs primordiaux de l'Etat. En résumé, les restrictions litigieuses n'ont pas pour but de protéger la corporation des pharmaciens contre une concurrence accrue, mais sont à l'évidence motivées par des considérations de santé publique.

5. Il convient ensuite d'examiner si l'interdiction de faire de la réclame pour des médicaments en se référant à l'octroi, l'offre ou la promesse d'avantages financiers ou autres avantages matériels respecte le principe de la proportionnalité. Il y a lieu de rappeler qu'il s'agit ici des agents thérapeutiques des catégories C et D pour lesquels la publicité est en principe autorisée et que l'interdiction de la publicité pour les médicaments de la liste A et B n'est pas en cause; à noter que pour les médicaments de la liste E, la restriction à la publicité ici critiquée n'existe pas.

a) Selon la législation genevoise concernant les substances thérapeutiques interprétée à la lumière de la Convention intercantonale, si les pharmaciens et les droguistes sont libres de consentir à leurs clients des avantages tels que des réductions sur le prix de certains médicaments, ils ne sont, en revanche, pas autorisés à le faire savoir au public par le biais de la publicité, ce qui peut paraître paradoxal. Or, force est de reconnaître que l'interdiction absolue faite aux pharmaciens et droguistes de mentionner dans la publicité destinée au public pour des médicaments, l'octroi, l'offre ou la promesse d'avantages financiers ou matériels constitue une mesure disproportionnée. Cette interdiction va au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation des buts d'intérêt public légitimes poursuivis, soit la lutte contre la consommation excessive ou abusive de médicaments. En effet, le Conseil d'Etat du canton de Genève pourrait atteindre les mêmes objectifs en adoptant des mesures de police moins incisives que celles prévues aux art. 6 al. 3 et 8 al. 2 du Règlement cantonal du 10 juin 1996: l'interdiction de toute publicité tapageuse et excessive pour des médicaments serait une mesure adéquate et suffisante. L'annonce publicitaire de l'octroi, de l'offre ou de la promesse d'avantages financiers tels que des rabais sur le prix des médicaments n'est, en tant que telle, pas de nature à créer un risque accru de consommation abusive ou massive de médicaments: seule une publicité tapageuse et excessive présente un tel risque. En d'autres termes, les risques pour la santé publique que pourrait engendrer la publicité pour des médicaments faisant allusion à une baisse de prix ne devraient pas augmenter de façon significative, si l'on exige des annonceurs qu'ils se limitent à une réclame ayant un caractère essentiellement informatif. Dans sa réponse, le Conseil d'Etat, se référant aux observations déposées par l'Office intercantonal de contrôle des médicaments dans le cadre de la procédure ayant fait l'objet de l'arrêt du Tribu-

nal fédéral du 2 mai 1996 (2P.39/1996), fait valoir en bref que l'interdiction en cause a pour but d'éviter que les consommateurs ne soient incités par l'annonce de rabais à choisir des médicaments non pas sur un critère thérapeutique mais sur un critère purement économique. Il y aurait en outre le danger que les acheteurs se constituent une provision de médicaments allant au-delà de leur besoin réel; le gouvernement cantonal voit dans la constitution de ce stock un risque accru lié à la consommation de médicaments conservés de façon prolongée dans des conditions inadéquates (lumière, chaleur, humidité etc.). Ces considérations ne tiennent pas compte du conseil du pharmacien ou du droguiste. Il appartient en effet à ces derniers de mettre en garde le public contre l'emploi abusif de médicaments. Cet avertissement fait partie des devoirs déontologiques des pharmaciens et des droguistes (cf. ATF 99 Ia 370 consid. 5a p. 380 à propos des pharmaciens). A cela s'ajoute que sur les emballages de médicaments figurent les informations médicales indispensables pour leur utilisation (mode d'emploi, mises en garde, etc.), la date limite d'utilisation en clair et des instructions pour la conservation (cf. art. 17 al. 2 lettres e et f du règlement d'exécution du 25 mai 1972 de la Convention intercantonale arrêté par l'Union intercantonale et l'art. 20 al. 2 lettre e et f du règlement d'exécution du 10 mars 1975 de la Convention intercantonale adopté par le Conseil d'Etat genevois). Ainsi donc, la publicité pour les médicaments ne doit être ni tapageuse ni excessive. A cet égard, on peut relever en passant que seraient probablement considérés comme telle les slogans publicitaires utilisés par les recourants, à savoir: «Baisse sur les prix des médicaments», «Nous contribuons à alléger vos dépenses de santé!», «Comparez, vous reviendrez». Il en irait de même d'une éventuelle publicité pour la vente de médicaments en «multi-packs» ou autres rabais de quantité. Bien entendu, la publicité pour les médicaments doit pour le surplus satisfaire aux autres critères fixés par la réglementation en la matière, qui ne sont du reste pas contestés par les recourants (voir notamment l'art. 8 al. 1 du Règlement cantonal du 10 juin 1996 qui prévoit que toute assertion trompeuse, fausse ou incitant à un emploi abusif, inconsidéré ou irrationnel de l'agent thérapeutique est illicite). L'interdiction absolue de la publicité pour des médicaments ayant pour objet d'annoncer l'octroi, l'offre ou la promesse d'avantages financiers ou matériels doit donc être annulée. Pour ce qui concerne les pharmaciens, elle doit encore respecter l'interdiction de principe de faire de la publicité prévue à l'art. 22 al. 1 et 3 LEPS (à ce propos voir ci-dessous, consid. 6).

b) Cette solution s'impose d'autant plus que, selon l'avant-projet du 19 février 1997 de la loi fédérale sur les agents thérapeutiques (LAth) - qui a pour but de se substituer à la Convention intercantonale du 3 juin 1971 sur le contrôle des médicaments, laquelle n'est pas jugée entièrement compatible avec le droit communautaire (cf. rapport explicatif sur l'avant-projet du Département fédéral de l'intérieur, p. 6), il n'est pas prévu d'interdire la publicité destinée au public pour des médicaments annonçant

l'octroi, l'offre ou la promesse d'avantages pécuniaires (cf. art. 48 al. 2 a contrario). En revanche, il est illicite d'octroyer, d'offrir ou de promettre des avantages pécuniaires aux personnes qui prescrivent ou remettent des médicaments (art. 48 al. 1 lettre a de l'avant-projet LAtH). Il semble du reste en aller de même dans les pays membres de l'Union européenne (anciennement: Communauté économique européenne). D'après la Directive 92/28/CEE du Conseil, du 31 mars 1992, concernant la publicité faite à l'égard des médicaments à usage humain, publiée au Journal Officiel du 30 avril 1992 (ci-après: Directive CEE), la publicité auprès du public à l'égard d'un médicament est en principe autorisée (cf. art. 4 et 5 de la Directive CEE). En revanche, dans le cadre de la promotion des médicaments auprès des personnes habilitées à les prescrire ou à les délivrer (professionnels de la santé), il est expressément interdit d'octroyer, d'offrir ou de promettre à ces personnes une prime, un avantage pécuniaire ou un avantage en nature (art. 9 ch. 1 de la Directive CEE).

6. a) Pour les pharmaciens qui exercent une profession libérale, on doit encore se demander si l'interdiction de la publicité portant sur les réductions de prix sur les médicaments ne constitue pas une mesure de police nécessaire à prévenir toute atteinte à la bonne foi en affaires et à la dignité professionnelle. Autrement dit, il sied d'examiner si même une publicité qui, par hypothèse, ne serait pas tapageuse et ne contiendrait que des informations objectives serait inadmissible en vertu de l'art. 22 al. 1 et 3 LEPS qui interdit aux pharmaciens de faire de la réclame et toutes espèces d'annonces autres que celles qui ont pour objet d'annoncer leur installation, leur changement de domicile professionnel, leur absence et leur retour, sous réserve de la publicité relative à la gestion courante de leur pharmacie.

b) Comme on l'a vu plus haut (consid. 2b), le droit de faire de la publicité, qui découle de la liberté du commerce et de l'industrie, n'est pas absolu. S'agissant de la réclame faite par des personnes qui exercent une profession libérale (avocats, médecins, etc...), les cantons sont en droit de poser des règles plus strictes que celles qui sont applicables généralement aux commerçants et aux industriels proprement dits. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux avocats, ceux-ci sont tenus d'avoir une attitude digne et correcte dans leurs rapports avec leurs clients et le public en général. Ils ne doivent pas user de moyens de publicité de nature à jeter le discrédit sur leur profession. Il est dès lors loisible aux cantons de leur interdire une publicité qui serait tapageuse, importune, mercantile ou trompeuse. Les mesures adoptées ne sauraient cependant aboutir en fait à une interdiction absolue de faire une réclame compatible avec la dignité professionnelle et l'ordre public et se rapportant, par exemple, à l'ouverture d'une étude. Pour délimiter ce qui est licite de ce qui ne l'est pas, il y a lieu de tenir compte des habitudes et des opinions généralement admises dans la profession et le canton (ATF 87 I 262 consid. 2; 96 I 34 ss). Dans

un arrêt rendu récemment à propos d'un avocat zurichois (ATF 123 I consid. 2c/aa), le Tribunal fédéral a confirmé en principe sa jurisprudence antérieure, se réservant d'examiner le moment venu les adaptations qui pourraient être nécessaires au vu des circonstances actuelles. Il a précisé que si la publicité purement commerciale pouvait être exclue afin de prévenir les atteintes à la bonne foi en affaires, à la dignité professionnelle et à l'indépendance des avocats, la publicité faite avec retenue comportant des informations objectives répondant à un besoin du public ne pouvait pas par principe être interdite. Cependant, il n'est pas toujours aisé de tracer la limite entre la réclame commerciale inadmissible et la publicité à caractère informatif autorisée, d'autant que durant ces dernières années les conceptions à ce sujet ont évolué (cf. Dominique Dreyer, *L'avocat dans la société actuelle*, RDS 1996 II 460 ss; Michael Pfeifer, *Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft*, RDS 1996 II 343 ss; voir encore les directives de la Fédération suisse des avocats en matière de publicité, récemment révisées le 6 juin 1997, qui prévoient: «La publicité est permise à l'avocat dans les limites du droit fédéral et cantonal et en respectant la dignité de la profession ainsi que le secret professionnel. La compétence des barreaux cantonaux de préciser la portée de ces règles est réservée»). Quoi qu'il en soit, toute publicité tapageuse ou éveillant de fausses attentes dans le public doit être interdite; la publicité doit contenir essentiellement des informations objectives. L'avocat doit en outre s'abstenir de se mettre en avant vis-à-vis de ses confrères en usant de méthodes publicitaires à caractère sensationnel.

Dans l'arrêt Guyot relatif à un architecte qui avait fait paraître un dépliant publicitaire (ATF 104 Ia 473 consid. 2), le Tribunal fédéral a appliqué les principes développés spécialement à propos des avocats, tout en laissant ouverte la question de savoir si ces principes devaient être appliqués avec la même rigueur au cas des architectes, dont la profession, tout en étant considérée comme libérale, est étroitement liée à d'autres professions de caractère artisanal (voire industriel) et commercial, avec lesquelles les architectes sont parfois en concurrence. En l'espèce, on peut admettre que les pharmaciens doivent être soumis à des exigences moins strictes que celles qui s'appliquent, par exemple, aux médecins ou aux avocats (Wirth, *op. cit.*, 102/103; Etienne Grisel, *Liberté du commerce et de l'industrie*, vol. II, Berne 1995, p. 98). En effet, les pharmaciens exercent à la fois une profession libérale et une profession commerciale (ATF 52 I 368; 47 I 394 consid. 2. Voir aussi Wirth, *op. cit.*, p. 68). De plus, pour ce qui concerne la vente de médicaments de la catégorie D, les pharmaciens sont en concurrence avec les droguistes qui, comme ils n'exercent pas une profession libérale, ne sont pas soumis, en matière de publicité, à des règles aussi rigoureuses que celles qui s'appliquent normalement aux avocats et médecins et dans une certaine mesure aux pharmaciens (cf. ATF 89 I 27 consid. 4 p. 35).

c) En tout état de cause, les pharmaciens ne sauraient faire de publicité à caractère purement commercial, allant au-delà de messages contenant des informations objectives et utiles au public (cf. Christof Bernhart, *Die Werbebeschränkungen für wissenschaftliche Berufsarten als Problem der Grundrechte*, thèse Berne 1994, p. 201/202). A l'instar des autres personnes exerçant une profession libérale, les pharmaciens doivent évidemment s'abstenir de toute publicité trompeuse, tapageuse et excessive; ils ne peuvent pas non plus user de moyens publicitaires pour vanter leurs mérites ou pour dénigrer leurs collègues ni commencer à comparer leurs prestations réciproques. Compte tenu de l'ensemble des circonstances décrites ci-dessus et notamment de la tendance actuelle à un certain assouplissement des règles concernant la publicité applicables aux professions libérales (cf. notamment Bernhart, *op. cit.*, p. 214; Hans Ott, in *Handbuch des Arztrechts*, éditeur Heinrich Honsell, Zurich 1994, p. 232 ss concernant les médecins; à propos des avocats: Dreyer, *op. cit.*, *ibidem* et Pfeifer, *op. cit.*, *ibidem*), on doit admettre que la publicité portant sur le prix des médicaments ou les éventuels rabais que le pharmacien est prêt à consentir par rapport au prix de base apparaît comme compatible avec la dignité professionnelle, d'autant qu'il s'agit d'informations objectives et utiles au consommateur. A noter en outre qu'une telle publicité porte plutôt sur l'aspect commercial que libéral de la profession de pharmacien. Et contrairement aux «spécialités de comptoir», soit les spécialités pharmaceutiques fabriquées par le pharmacien lui-même selon sa propre formule et vendues uniquement dans son officine (cf. art. 3 du règlement d'exécution du 25 mai 1975 de la Convention intercantonale adopté par l'Union intercantonale et art. 4 du règlement d'exécution du 10 mars 1975 de la Convention intercantonale arrêté par le Conseil d'Etat genevois qui interdisent expressément la publicité pour de telles spécialités), les médicaments sont des produits finis qui peuvent être vendus dans toutes les pharmacies. Une publicité sur le prix est donc admissible dans la mesure où elle permet, comme en l'espèce, d'apprécier et de comparer objectivement l'ensemble de la prestation fournie et d'en donner une image complète (cf. Bernhart, *op. cit.*, p. 209 et 215). Il faut toutefois relever qu'il s'agit ici d'une situation assez particulière. Sur un plan général, la publicité pour les médicaments des catégories C et D est en principe autorisée. Pour ce qui concerne plus particulièrement les pharmaciens, il n'est pas contesté qu'ils peuvent octroyer des rabais. L'interdiction de le faire savoir au public est disproportionnée. Cela ne signifie pas que, par ailleurs, toute réclame leur serait dorénavant autorisée à la seule condition qu'elle ne soit ni tapageuse, ni excessive. Enfin, on peut relever que contrairement aux autres professions libérales, celle de pharmacien autorise depuis longtemps la publicité pour des médicaments dans les vitrines des pharmacies (cf. art. 6 al. 1 du règlement sur la publicité adopté en 1984 de la Société suisse de pharmacie, qui tient lieu de code déontologique des pharmaciens), tout

en précisant que cette publicité obéit à d'autres règles que celles qui régissent la publicité dans les journaux ou autres médias dont il s'agit ici.

7. En résumé, l'interdiction litigieuse prévue aux art. 6 al. 3 et 8 al. 2 du Règlement cantonal du 10 juin 1996 viole le principe de la proportionnalité et partant n'est pas compatible avec la liberté du commerce et de l'industrie garantie par l'art. 31 Cst.

8. En conséquence, le recours doit être partiellement admis en ce sens que, dans la mesure où il renvoie à l'art. 8 al. 1 lettre b des Directives de l'OICM sur la publicité, l'art. 6 al. 3 du Règlement cantonal du 10 juin 1996 doit être annulé, de même que l'art. 8 al. 2 du même règlement. Bien que succombant, l'Etat de Genève n'a pas à supporter les frais judiciaires (art. 156 al. 2 OJ); il doit en revanche allouer une indemnité équitable aux recourants à titre de dépens (art. 159 OJ).

***Par ces motifs, le Tribunal fédéral:***

1. Admet partiellement le recours et annule l'art. 6 al. 3 du Règlement modifiant le règlement d'exécution du 10 mars 1975 de la convention intercantonale sur le contrôle des médicaments, adopté le 10 juin 1996 par le Conseil d'Etat du canton de Genève, dans la mesure où il renvoie à l'art. 8 al. 1 lettre b des Directives de l'OICM sur la publicité, ainsi que l'art. 8 al. 2 dudit règlement.
2. Dit qu'il n'est pas perçu d'émolument judiciaire.
3. Dit que l'Etat de Genève versera une indemnité globale de 3'000 fr. à titre de dépens aux recourants, créanciers solidaires.
4. [Notifications].

## **D     *Entwicklungen*** ***Développements*** ***Sviluppi***

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

#### **D 1    1er Erlasse** **Actes législatifs** **Atti legislativi**

#### **D 1.1    1. KG-Gebührenverordnung**

Am 1. April 1998 ist die vom Bundesrat Ende Februar verabschiedete KG-Gebührenverordnung in Kraft getreten. Ihr Geltungsbereich umfasst die Verwaltungsverfahren nach dem KG sowie die im Zusammenhang mit diesem Gesetz erbrachten Gutachten und sonstigen Dienstleistungen (Art. 1).

Gebührenpflichtig ist dabei, wer Verwaltungsverfahren und Dienstleistungen verursacht bzw. veranlasst (Art. 2). Art. 3 der Verordnung enthält eine abschliessende Aufzählung derjenigen, die von der Gebührenpflicht ausgenommen sind. Des weiteren besteht eine spezielle Regelung für gebührenpflichtige Dienstleistungen kleineren Umfangs. Es liegt im Ermessen der Wettbewerbsbehörden, für derartige Dienstleistungen die Gebühr zu erlassen (Art. 6).

Kernstück der neuen Verordnung bildet die Gebührenbemessung (Art. 4). Die Gebühr bemisst sich nach dem Zeitaufwand (Stundenansatz CHF 130.--), wobei sie je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden kann. Diese Regelung trägt sowohl dem Kostendeckungsprinzip (Bemessung nach Zeitaufwand) als auch dem Äquivalenzprinzip (Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung) Rechnung.

Die Formulierung der Übergangsbestimmung (Art. 9) beachtet das Rückwirkungsverbot. So erfolgt die Gebührenerhebung für Aufwendungen, welche bis zum 31. März 1998 erfolgt sind, gestützt auf das bisherige Recht. Damit gemeint ist einerseits die Verordnung vom 17. Juni 1996 für Gutachten der Wettbewerbskommission, welche aufgehoben wird und, andererseits, die Verordnung vom 10. September 1969 über die Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren.

**Verordnung  
über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz  
(KG-Gebührenverordnung)**

vom 25. Februar 1998

---

**Der Schweizerische Bundesrat,**

gestützt auf Artikel 60 des Kartellgesetzes<sup>12</sup> (KG)  
sowie auf Artikel 4 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1974<sup>13</sup> über  
Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes,

**verordnet:**

**Art. 1** Geltungsbereich

<sup>1</sup> Diese Verordnung regelt die Erhebung von Gebühren durch die Wettbewerbskommission und ihr Sekretariat für Verwaltungsverfahren nach dem Kartellgesetz (KG) sowie für im Zusammenhang mit diesem Gesetz erbrachte Gutachten und sonstige Dienstleistungen.

<sup>2</sup> Die Gebühren für Strafverfahren gemäss den Artikeln 54 und 55 KG richten sich nach den Bestimmungen der Verordnung vom 25. November 1974<sup>14</sup> über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsstrafverfahren.

**Art. 2** Gebührenpflicht

Gebührenpflichtig ist, wer Verwaltungsverfahren verursacht oder Gutachten und sonstige Dienstleistungen nach Artikel 1 veranlasst.

**Art. 3** Gebührenfreiheit

<sup>1</sup> Behörden des Bundes und, im Falle des Gegenrechts, der Kantone und Gemeinden bezahlen keine Gebühren. Vorbehalten bleiben Gebühren für Gutachten.

<sup>2</sup> Keine Gebühren bezahlen ferner:

- a. Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben, sofern diese keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt;
- b. Dritte, auf deren Anzeige hin eine Vorabklärung durchgeführt wird;
- c. Unternehmen, die sich zusammenschliessen wollen (Art. 32 KG), wenn in der Vorprüfung festgestellt wird, dass keine Anhaltspunkte für die

---

SR 251.2

1. 12 SR 251

2. 13 SR 611.010

1. 14 SR 313.32

Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen.

**Art. 4** Gebührenbemessung

<sup>1</sup> Die Gebühr bemisst sich nach dem Zeitaufwand.

<sup>2</sup> Es gilt ein Stundenansatz von 130 CHF.

<sup>3</sup> Die Gebühr kann je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden.

**Art. 5** Auslagen

<sup>1</sup> Neben dem Aufwand nach Artikel 4 hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Wettbewerbskommission und des Sekretariats zu erstatten.

<sup>2</sup> Als Auslagen gelten namentlich folgende Kosten:

- a. Porti, Telefon-, Telefax-, Telex- und Telegrammkosten, Kopierkosten und Reisespesen;
- b. Kosten, die durch Beweiserhebung, besondere Untersuchungsmassnahmen oder für die Beschaffung von Unterlagen verursacht werden;
- c. Kosten für Arbeiten, welche durch Dritte, Experten oder sonstige Beauftragte erstellt werden.

**Art. 6** Gebührenerlass

Für die Erbringung von Dienstleistungen kleineren Umfangs kann die Gebühr erlassen werden.

**Art. 7** Vorschuss

Das Sekretariat kann in begründeten Fällen (z.B. Wohnsitz im Ausland, Zahlungsrückstände und umfangreiche Beweisanträge usw.) einen angemessenen Vorschuss verlangen.

**Art. 8** Aufhebung bisherigen Rechts

Die Verordnung vom 17. Juni 1996<sup>15</sup> über Gebühren für Gutachten der Wettbewerbskommission wird aufgehoben.

**Art. 9** Übergangsbestimmung

Bei Verwaltungsverfahren und Dienstleistungen, die beim Inkrafttreten dieser Verordnung noch nicht abgeschlossen sind, gilt für die Bemessung der Gebühr und Auslagen für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem Inkrafttreten der Verordnung erfolgt ist, das bisherige Recht.

**Art. 10** Inkrafttreten

Diese Verordnung tritt am 1. April 1998 in Kraft.

25. Februar 1998            Im Namen des Schweizerischen Bundesrates  
 Der Bundespräsident: Cotti  
 Der Bundeskanzler: Couchepin

## D 1.1    *2e Ordonnance sur les émoluments LCart*

### *Ordonnance*

### *sur la perception d'émoluments dans la loi sur les cartels (Ordonnance sur les émoluments LCart)*

du 25 février 1998

#### *Le Conseil fédéral suisse,*

vu l'article 60 de la loi sur les cartels<sup>16</sup> (LCart);

vu l'article 4 de la loi fédérale du 4 octobre 1974<sup>17</sup> instituant des mesures destinées à améliorer les finances fédérales,

#### *arrête:*

#### **Article premier** Champ d'application

<sup>1</sup> La présente ordonnance règle la perception d'émoluments par la Commission de la concurrence et son secrétariat pour les procédures administratives prévues par la loi sur les cartels ainsi que pour l'avis et autres services rendus en relation avec ladite loi.

<sup>2</sup> Les émoluments pour la procédure pénale prévue aux articles 54 et 55 LCart sont régis par les dispositions de l'ordonnance du 25 novembre 1974<sup>18</sup> sur les frais et indemnités en procédure pénale administrative.

#### **Art. 2**      Obligation de payer les émoluments

Est tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative ou qui sollicite des avis ou d'autres services au sens de l'article premier.

#### **Art. 3**      Exemption des émoluments

<sup>1</sup> Les autorités de la Confédération et, en cas de réciprocité, des cantons et des communes, sont exemptées de tout émolument. Sont réservés les émoluments pour des avis.

RS 251.2

1. 16 RS 251

2. 17 RS 611.010

1. 18 RS 313.32

<sup>2</sup> N'ont en outre pas à verser d'émoluments:

- a. les parties concernées qui ont occasionné une enquête préalable, lorsqu'il ne ressort de celle-ci aucun indice de restriction illicite à la concurrence;
- b. les tiers qui ont provoqué, par une dénonciation, l'ouverture d'une enquête préalable;
- c. les entreprises qui entendent procéder à une concentration (art. 32 LCart), lorsqu'il ne ressort de l'examen préalable aucun indice de création ou de renforcement d'une position dominante.

**Art. 4** Calcul des émoluments

<sup>1</sup> L'émolument se calcule en fonction du temps consacré.

<sup>2</sup> Il s'élève à 130 francs l'heure.

<sup>3</sup> Il peut être réduit ou augmenté au maximum de moitié en fonction de l'importance économique de l'objet en question.

**Art. 5** Débours

<sup>1</sup> Outre les émoluments au sens de l'article 4, l'assujetti est également tenu de rembourser les débours du secrétariat de la Commission de la concurrence.

<sup>2</sup> Sont notamment réputés débours:

- a. les frais de port, de téléphone, de télécopie, de télex et de télégramme, ainsi que les frais de copie et de déplacement;
- b. les frais occasionnés par l'administration des preuves, par des mesures d'enquête particulières ou par la réunion de la documentation;
- c. les indemnités versées aux tiers, les honoraires des experts et des autres personnes chargées d'assumer un mandat.

**Art. 6** Remise d'émoluments

L'émolument peut être remis en cas de prestations de services de moindre importance.

**Art. 7** Avance

Le secrétariat peut, pour de justes motifs (par ex. domicile à l'étranger, arriérés, réquisitions de preuves étendues, etc.) exiger de l'assujetti une avance appropriée.

**Art. 8** Abrogation du droit en vigueur

L'ordonnance du 17 juin 1996<sup>19</sup> sur les émoluments pour les avis de la Commission de la concurrence est abrogée.

**Art. 9** Disposition transitoire

Pour les procédures administratives et les prestations de services qui sont encore en cours lors de l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, les dispositions de l'ancien droit relatives au calcul des émoluments et des débours sont applicables aux dépenses effectuées avant cette date.

**Art. 10** Entrée en vigueur

La présente ordonnance entre en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1998.

D 1.1 **3° Ordinanza sugli emolumenti LCart****Ordinanza**

**sulla riscossione di emolumenti nella legge sui cartelli  
(LCart – Ordinanza sugli emolumenti)**

del 25 febbraio 1998

**Il Consiglio federale svizzero,**

visto l'articolo 60 della legge sui cartelli,  
visto l'articolo 4 della legge federale del 4 ottobre 1974 a sostegno di  
provvedimenti per migliorare le finanze federali,

**ordina:****Art. 1** Campo di applicazione

<sup>1</sup> La presente ordinanza disciplina la riscossione di emolumenti tramite la Commissione della concorrenza e la sua segreteria per i procedimenti amministrativi secondo la legge sui cartelli (LCart), nonché per perizie in rapporto con questa legge e altre prestazioni di servizio.

<sup>2</sup> Gli emolumenti per sanzioni penali secondo gli articoli 54 e 55 LCart si conformano alle disposizioni dell'ordinanza del 25 novembre 1974 sulle tasse e spese nella procedura penale amministrativa.

**Art. 2** Obbligo di pagare gli emolumenti

È tenuto a pagare gli emolumenti chiunque occasiona un procedimento amministrativo o perizie e altre prestazioni di servizio secondo l'articolo 1.

**Art. 3** Esenzione dagli emolumenti

<sup>1</sup> Le autorità della Confederazione e, nel caso del diritto di reciprocità, dei Cantoni e dei Comuni non pagano alcun emolumento. Sono fatti salvi emolumenti per perizie.

<sup>2</sup> Inoltre non pagano alcun emolumento:

- a. gli interessati che abbiano occasionato un accertamento preliminare, nella misura in cui lo stesso non accerti che vi siano ragioni per inferire limitazioni illegali della concorrenza;
- b. i terzi in base alla cui segnalazione è effettuato un accertamento preliminare;
- c. le imprese intenzionate a fondersi (art. 32 LCart), se nell'esame preliminare si constata che non vi sono ragioni che le inducano ad assumere o a rafforzare una posizione di dominio del mercato.

**Art. 4**      Calcolo degli emolumenti

<sup>1</sup> L'emolumento è calcolato in funzione del tempo impiegato.

<sup>2</sup> La tariffa oraria è di 130 franchi.

<sup>3</sup> L'emolumento può essere aumentato o diminuito della metà al massimo a seconda dell'importanza economica dell'oggetto.

**Art. 5**      Esborsi

<sup>1</sup> Oltre agli emolumenti secondo l'articolo 4, l'interessato deve rimborsare gli esborsi della Commissione della concorrenza e della segreteria.

<sup>2</sup> Sono considerati esborsi segnatamente i seguenti costi:

- a. tasse postali, costi di telefono, telefax, telex e telegrafo, spese per copie e spese di viaggio;
- b. costi occasionati dall'acquisizione delle prove, da particolari provvedimenti di indagine o dall'acquisizione di documenti;
- c. costi di lavori allestiti da terzi, periti o altri incaricati.

**Art. 6**      Condono degli emolumenti

Per la fornitura di prestazioni di servizio di scarsa entità l'emolumento può essere condonato.

**Art. 7**      Anticipo

In casi fondati (p.es. domicilio all'estero, morosità, offerte di prova di notevole entità, ecc.), la segreteria può domandare un adeguato anticipo.

**Art. 8**      Abrogazione del diritto previgente

L'ordinanza del 17 giugno 1996 sugli emolumenti per le perizie della Commissione della concorrenza è abrogata.

**Art. 9**      Disposizione transitoria

Nel caso di provvedimenti amministrativi e prestazioni di servizio non ancora conclusi al momento dell'entrata in vigore della presente ordinanza, il calcolo degli emolumenti e degli esborsi relativi alla parte di spese avvenute prima dell'entrata in vigore della stessa segue il diritto previgente.

**Art. 10**     Entrata in vigore



### **A. Geltungsbereich**

1. Diese Bekanntmachung erfasst Abreden über Homologation und Sponsoring im Sportartikelbereich, soweit diese Abreden den Wettbewerb auf dem Sportartikelmarkt regeln oder beeinflussen.

### **B. Begriffe**

2. Unter Homologation versteht diese Bekanntmachung die Zulassung eines Sportartikels für den Einsatz in Turnieren oder Wettkämpfen gestützt auf eine Prüfung, ob ein Sportartikel bestimmte definierte Qualitätseigenschaften aufweist. Die Homologation trägt damit zur Regularität der Wettkämpfe bei und kann Sicherheitsaspekten Rechnung tragen. Sie gibt dem Konsumenten eine Qualitätsgarantie.

3. Beim Sponsoring fördert der Sponsor die betreffende Sportart und den betreffenden Sportverband mit Geld, Sach- oder Dienstleistungen; er erhält dafür Werbeleistungen, namentlich verpflichtet sich der Sportverband, den Namen und die Marke des Sponsors in seinen öffentlichkeitswirksamen Tätigkeiten zu nennen. Sponsoring hängt nicht von der Qualität der Produkte des Sponsors ab.

### **C. Grundregeln**

*Homologations- und Sponsoringabreden, die die Verwendung von Sportartikeln bei offiziellen Turnieren oder Wettkämpfen regeln, sind bei Beachtung der unter D und E nachfolgend genannten Voraussetzungen in der Regel kartellrechtlich zulässig,*

4. wenn die Homologation weder rechtlich noch verfahrensmässig von Sponsoring oder andern, nicht mit der Qualität der Sportartikel zusammenhängenden Bedingungen abhängig gemacht wird;

5. wenn an die Homologation oder an das Sponsoring keine anderen Abreden über das Wettbewerbsverhalten der Sportartikellieferanten geknüpft werden, namentlich keine Preis- oder Absatz- oder Beschaffungsvorschriften. Insbesondere dürfen die Absatzkanäle nicht vorgeschrieben und der Parallelimport nicht untersagt werden.

### **D. Voraussetzungen für gerechtfertigte Homologationsabreden**

*Homologationsabreden sind in der Regel zulässig,*

6. wenn die Homologation jedem Sportartikelanbieter zu gleichen Bedingungen offensteht;

7. wenn die Homologationsprüfung für jeden Sportartikel, für dessen Kategorie eine Homologation vorgesehen ist, zu jeder Zeit offen steht. Die Zusammenfassung mehrerer Verfahren ist ausnahmsweise zulässig, aber nur, wenn dieses Vorgehen Kosten spart oder organisatorisch zwingend ist;

8. wenn die Homologationsprüfungen zeitlich so durchgeführt werden, dass noch nicht homologierte Produkte rechtzeitig vor der Sportsaison als homologiert auf dem Markt angeboten werden können;
9. die die Homologation mit der Verleihung eines Homologationslabels/Homologationsclaims verbinden;
10. wenn die Homologationskriterien sich in objektiver Weise an technischen oder qualitativen Erfordernissen des Verwendungszwecks des betreffenden Sportartikels ausrichten;
11. die eine internationale oder ausländische Homologation bei Beachtung der Regeln dieser Bekanntmachung anerkennen;
12. wenn die Entscheide über die Homologationskriterien, die Durchführung des Verfahrens und die Entscheide über die Homologation neutralen Personen obliegen, idealerweise Dritten. Sportartikellieferanten dürfen unter Vorbehalt allfälliger Anhörungsrechte daran nicht beteiligt sein;
13. die bei Vergabe der Homologationsprüfungen an Dritte diese Dritten nach Kriterien auswählen, deren Erfüllung sachlich nachprüfbar ist;
14. die den Sportartikellieferanten die tatsächlichen Kosten des Homologationsverfahrens auferlegen. Die Kostenberechnung ist offenzulegen.

***Homologationsabreden sind in der Regel unzulässig,***

15. die nur Sportartikel mit internationalem Renommee oder nur Sportartikel von Lieferanten, die über ein nationales Vertriebsnetz verfügen, für offizielle Turniere oder Wettkämpfe zulassen.

***E. Voraussetzungen für gerechtfertigte Sponsoringabreden***

***Sponsoringabreden, die die Verwendung von Sportartikeln bei offiziellen Turnieren oder Wettkämpfen vom Sponsoring abhängig machen, sind in der Regel zulässig,***

16. wenn jeder Sportartikellieferant zu gleichen Bedingungen Sponsor werden kann;
17. wenn bei Beschränkung auf ausgewählte Sportartikellieferanten oder einen Exklusivpartner als Sponsor die Auswahl nach Kriterien erfolgt, deren Erfüllung sachlich nachprüfbar ist, und wenn Vertragsdauer und Vergabeverfahren so angesetzt werden, dass regelmässig eine Wettbewerbssituation entsteht;
18. wenn die exklusive Verwendung der Produkte eines Sponsors sich beschränkt auf ein Turnier oder eine andere offizielle Veranstaltung, die einmalig oder nur in grössern Abständen organisiert wird und sich nicht über einen grössern Zeitraum erstreckt;
19. wenn ein allfälliges dem Sponsor zur Verfügung gestelltes Label (z.B. des Verbandslogos) den Konsumenten nicht zur Annahme verleitet, es

gewährleiste eine bestimmte Qualität. Die Verwechslungsgefahr mit einem Homologationszeichen muss ausgeschlossen sein. Die Verwendung in der Werbung hat diese Grundsätze ebenfalls zu beachten;

20. die die Höhe des Sponsoringbeitrages nach der Anzahl verkaufter Sportartikel oder dem Umsatz mit den Sportartikeln bemessen, sofern die Kontrolle der entsprechenden Zahlen nicht zur Information der Sportartikellieferanten über die Zahlen ihrer Konkurrenten führt. Beispielsweise kann die treuhänderische Kontrolle und Erhebung der Beiträge vorgesehen werden.

***Sponsoringabreden, die die Verwendung von Sportartikeln bei offiziellen Turnieren oder Wettkämpfen vom Sponsoring abhängig machen, sind in der Regel unzulässig,***

21. wenn die exklusive Verwendung von Sportartikeln eines oder ausgewählter Sponsoren sich auf den ganzen regelmässigen Turnier- oder Wettkampfbetrieb eines Jahres oder einer Saison oder grosser Teile davon erstreckt.

#### ***F. Publikation dieser Bekanntmachung***

22. Diese allgemeine Bekanntmachung wird im Bundesblatt veröffentlicht (Art. 6 Abs. 3 KG). Sie entfaltet mit der Publikation die vom Kartellgesetz vorgesehenen Wirkungen.

### **D 1.2 2e Communication «homologation et sponsoring des articles de sport»**

***Décision de la Commission de la concurrence du 15 décembre 1997***

#### ***La Commission de la concurrence***

Considérant:

- que l'art. 6 LCart donne à la Commission de la concurrence la compétence de fixer par voie de communication les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence ou des formes particulières de coopération propres à certaines branches de l'économie sont en règle générale réputés justifiés pour des motifs d'efficacité économique,
- que la Commission de la concurrence peut faire par voie de communication uniquement des déclarations explicatives de principe, susceptibles de servir de fil conducteur lors d'enquêtes selon l'art. 27 LCart,
- que, toutefois, une appréciation différente fondée sur des circonstances d'un cas concret reste toujours réservée,
- que la Commission de la concurrence a plusieurs fois examiné, sur différents marchés, des questions de financement de sport de com-

pétition par des contrats de sponsoring conclus entre des associations sportives et des fournisseurs d'articles de sport (producteurs, importateurs, représentants),

- que les problèmes de concurrence sur le marché des articles de sport se manifestent en particulier lorsque le sponsoring est une condition de l'homologation,
- que la nécessité de déclarations explicatives de la Commission de la concurrence, adressées notamment aux associations sportives, se fait clairement ressentir dans le domaine des articles de sport,

émet,

selon l'art. 6 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart)

### *la présente Communication*

#### *A. Champ d'application*

1. Cette communication porte sur les accords d'homologation et de sponsoring dans le domaine des articles de sport, dans la mesure où ces accords règlent ou influencent la concurrence sur le marché des articles de sport.

#### *B. Notions*

2. Par «homologation», on entend l'autorisation d'utiliser, lors de manifestations sportives officielles, un article de sport qui a passé avec succès un contrôle de qualité conduit selon des critères préétablis. L'homologation contribue à la régularité des compétitions et peut également servir des aspects de sécurité. Elle donne aux consommateurs une garantie de qualité.

3. Par «sponsoring», on entend le soutien financier, matériel ainsi que l'octroi de prestations par un sponsor à une association sportive et au sport que celle-ci défend. En contrepartie, le sponsor obtient des prestations publicitaires de l'association, notamment la mention de son nom et de sa marque lors d'activités publiques. Le sponsoring est entièrement indépendant de la qualité du produit.

#### *C. Règles générales*

*Dans la mesure où ils respectent les conditions mentionnées aux points D et E, les accords d'homologation et de sponsoring relatifs à l'usage d'articles de sport lors de manifestations sportives officielles sont en règle générale licites au regard du droit de la concurrence,*

4. pour autant que l'homologation soit, tant du point de vue formel que matériel, entièrement indépendante du sponsoring et ne soit pas soumise à des conditions sans rapport avec la qualité de l'article;

5. pour autant qu'aucun autre accord relatif au comportement concurrentiel des partenaires, notamment aucune disposition sur les prix, sur la distribution ou l'approvisionnement, ne soit lié à l'homologation ou au sponsoring; en particulier, les canaux de distribution ne doivent pas être prescrits et les importations parallèles ne doivent pas être interdites.

***D. Conditions auxquelles les accords d'homologation sont justifiés***

***Les accords d'homologation sont en règle générale licites,***

6. si l'homologation est ouverte à tous les fournisseurs d'articles de sport aux mêmes conditions;

7. si la procédure d'homologation de chaque article de sport pour lequel une telle procédure est prévue est possible en tout temps. Le regroupement de plusieurs procédures en une seule est exceptionnellement possible si cette manière de procéder est moins coûteuse ou s'impose d'un point de vue organisationnel;

8. si les procédures d'homologation sont menées à intervalles réguliers, afin que les produits non encore homologués puissent être offerts comme tels sur le marché avant la saison sportive;

9. si l'homologation est liée à l'octroi d'un label (ou «claim»);

10. si les critères d'homologation sont fixés de manière objective en fonction des exigences qualitatives et techniques liées à l'usage de l'article de sport concerné;

11. pour autant qu'ils reconnaissent une homologation étrangère ou internationale si celle-ci respecte les règles établies par la présente communication;

12. pour autant que les personnes établissant les critères d'homologation, conduisant la procédure et décidant de l'homologation d'un produit soient neutres, de préférence des tiers, et pour autant que, hormis leur droit d'être entendu, les fournisseurs d'articles de sport ne soient pas impliqués dans ces différentes procédures;

13. pour autant que, dans le cas où la procédure d'homologation est déléguée à des tiers, le choix de ceux-ci s'effectue selon des critères dont l'objectivité est démontrable;

14. pour autant que les coûts effectifs de l'homologation soient reportés sur les fournisseurs concernés et que le calcul des coûts soit transparent.

***Les accords d'homologation sont en règle générale illicites,***

15. s'ils octroient l'accès aux manifestations sportives officielles uniquement aux fournisseurs d'articles de sport de renommée internationale ou bénéficiant d'un réseau de distribution national.

***E. Conditions auxquelles les contrats de sponsoring sont justifiés***

***Les contrats de sponsoring relatifs à l'usage d'articles de sport lors de manifestations sportives officielles sont en règle générale licites,***

16. pour autant que tous les fournisseurs puissent devenir sponsors aux mêmes conditions;

17. pour autant que la sélection d'un nombre limité de fournisseurs d'articles de sport ou d'un partenaire exclusif en tant que sponsor s'effectue selon des critères dont le respect est objectivement démontrable, et que la durée du contrat ainsi que la procédure d'attribution soient fixées de façon à ce que, lors de chaque sélection, des conditions concurrentielles soient assurées;

18. pour autant que l'utilisation exclusive des produits d'un sponsor se limite à une manifestation sportive officielle unique ou organisée à des intervalles importants et que la manifestation ne s'étende pas sur une longue période;

19. pour autant que la mise à disposition d'un sponsor d'un label (par ex. le logo de l'association) ne porte pas le consommateur à croire qu'il s'agit d'un label de qualité et pour autant que le risque de confusion avec le label d'homologation soit exclu (cette règle doit également être respectée dans le cadre de la publicité);

20. pour autant que le montant du sponsoring soit calculé en fonction du nombre d'articles de sport vendus ou du chiffre d'affaires, dans la mesure où le contrôle de ces chiffres ne permette pas aux fournisseurs d'articles de sport de prendre connaissance des chiffres de leurs concurrents (il est par exemple possible de confier le contrôle des chiffres ou le prélèvement des montants de sponsoring à une fiduciaire).

***Les accords de sponsoring relatifs à l'usage d'articles de sport lors de manifestations sportives officielles sont en règle générale illicites,***

21. si l'utilisation exclusive d'articles de sport d'un ou de plusieurs sponsors choisis porte sur l'intégralité d'une manifestation sportive s'étendant sur une année, une saison ou une grande partie de celle-ci.

***F. Publication de la communication***

22. Cette communication est publiée dans la Feuille fédérale (art. 6 al. 3 LCart). Elle prend effet selon les dispositions de la LCart dès sa publication.

**D 1.2 3° *Comunicazione «omologazione e sponsoring degli articoli sportivi»***

***Decisione della Commissione della concorrenza del 15 dicembre 1997***

***La Commissione della concorrenza***

considerato:

- che l'art. 6 LCart attribuisce alla Commissione della concorrenza la competenza di designare le esigenze in virtù delle quali gli accordi in materia di concorrenza o speciali forme di cooperazione in singoli rami economici vengono di norma considerati giustificati da motivi di efficienza economica,
- che la Commissione della concorrenza può fare, mediante comunicazioni, unicamente dichiarazioni chiarificatrici in linea di principio, suscettibili di servire da filo conduttore nell'ambito di inchieste giustificate dall'art. 27 LCart,
- che, tuttavia, una valutazione differente basata sulle circostanze di un caso concreto è sempre riservata,
- che la Commissione della concorrenza ha esaminato più volte, su mercati diversi, le questioni di finanziamento dello sport da competizione tramite contratti di sponsoring conclusi fra associazioni sportive e fornitori di articoli sportivi (produttori, importatori, rappresentanti),
- che i problemi di concorrenza sul mercato degli articoli sportivi si manifestano soprattutto qualora lo sponsoring sia una condizione dell'omologazione,
- che la necessità di dichiarazioni chiarificatrici da parte della Commissione della concorrenza, indirizzate in particolar modo alle associazioni sportive, si manifesta chiaramente nell'ambito degli articoli sportivi,

*emette,*

giusta l'art. 6 della legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (LCart)

***la seguente Comunicazione***

***A. Campo d'applicazione***

1. La presente comunicazione si riferisce agli accordi d'omologazione e di sponsoring nel campo degli articoli sportivi, nella misura in cui tali accordi disciplinano o influenzano la concorrenza sul mercato degli articoli sportivi.

***B. Nozioni***

2. Per « omologazione », si intende l'autorizzazione ad utilizzare un articolo sportivo durante le manifestazioni sportive ufficiali se esso ha superato con successo un controllo di qualità effettuato sulla base di criteri prestabiliti. L'omologazione contribuisce alla regolarità delle competizioni e può tener conto di aspetti legati alla sicurezza. Essa fornisce ai consumatori una garanzia di qualità.

3. Per « sponsoring », si intende il sostegno finanziario e materiale come pure la fornitura di prestazioni da parte di uno sponsor a un'associazione sportiva e allo sport difeso da quest'ultima. In cambio, lo sponsor ottiene delle prestazioni pubblicitarie da parte dell'associazione, in particolare la menzione del suo nome e della sua marca durante le attività pubbliche. Lo sponsoring è totalmente indipendente dalla qualità del prodotto.

### ***C. Norme generali***

***Nella misura in cui rispettano le condizioni menzionate ai punti D e E, gli accordi d'omologazione e di sponsoring relativi all'uso di articoli sportivi durante manifestazioni sportive ufficiali sono di norma leciti nell'ottica del diritto della concorrenza,***

4. se l'omologazione è totalmente indipendente dallo sponsoring, sia dal punto di vista formale che materiale, e non è sottoposta a condizioni senza alcun rapporto con la qualità dell'articolo;

5. se nessun altro accordo relativo al comportamento concorrenziale dei partner, in particolare nessuna disposizione sui prezzi, sulla distribuzione o l'approvvigionamento è legato all'omologazione o allo sponsoring; in particolar modo, i canali di distribuzione non devono essere prescritti e le importazioni parallele non devono essere vietate.

### ***D. Esigenze per gli accordi d'omologazione giustificati***

***Gli accordi d'omologazione sono di norma leciti,***

6. se l'omologazione è aperta a tutti i fornitori di articoli sportivi alle stesse condizioni;

7. se la procedura d'omologazione di ogni articolo sportivo, per il quale è prevista una tale procedura, è possibile ad ogni momento. Il raggruppamento di diverse procedure in una sola è possibile in via eccezionale se tale maniera di procedere è meno costosa o si impone dal profilo organizzativo;

8. se le procedure d'omologazione vengono svolte ad intervalli regolari, affinché i prodotti non ancora omologati possano essere offerti tempestivamente sul mercato prima della stagione sportiva;

9. se l'omologazione è legata all'attribuzione d'un marchio (o « claim »);

10. se i criteri d'omologazione sono fissati in modo oggettivo in funzione delle esigenze qualitative e tecniche legate all'uso dell'articolo sportivo in questione;

11. se riconoscono un'omologazione estera o internazionale sempreché quest'ultima rispetti le regole stabilite dalla presente comunicazione;

12. se le persone che stabiliscono i criteri d'omologazione, che dirigono la procedura e che decidono l'omologazione di un prodotto sono neutre, preferibilmente terzi e se i fornitori di articoli sportivi non sono, salvo il loro diritto di audizione, coinvolti nelle differenti procedure;

13. se, nei casi di procedure d'omologazione delegate a terzi, la scelta di costoro è operata secondo criteri il cui rispetto è oggettivamente dimostrabile;

14. se addossano i costi effettivi dell'omologazione ai fornitori in questione e se il calcolo dei costi è trasparente.

***Gli accordi d'omologazione sono di norma illeciti,***

15. se concedono l'accesso a manifestazioni sportive ufficiali solamente ai fornitori di articoli sportivi di fama internazionale o che godono di una rete di distribuzione nazionale.

***E. Esigenze per i contratti di sponsoring giustificati***

***I contratti di sponsoring relativi all'uso di articoli sportivi durante manifestazioni sportive ufficiali sono di norma leciti,***

16. se tutti i fornitori possono diventare sponsors alle stesse condizioni;

17. se la scelta di un numero limitato di fornitori di articoli sportivi o di un partner esclusivo come sponsor è operata secondo criteri il cui rispetto è oggettivamente dimostrabile, e se la durata dei contratti e la procedura della loro concessione sono determinate in modo che, ad ogni selezione, sia garantita una situazione concorrenziale;

18. se l'uso esclusivo di prodotti di uno sponsor si limita ad un'unica manifestazione sportiva ufficiale o ad una manifestazione organizzata a intervalli importanti e se la manifestazione non si estende su un lungo periodo;

19. se il marchio messo a disposizione dello sponsor (p. es. il logo dell'associazione) non induce il consumatore a credere che si tratti di un marchio di qualità e se il rischio di confusione con il marchio d'omologazione è escluso (tale regola deve pure essere rispettata nell'ambito della pubblicità);

20. se l'importo dello sponsoring è calcolato in funzione del numero di articoli sportivi venduti o in funzione della cifra d'affari, nella misura in cui il controllo di queste cifre non permette ai fornitori di articoli sportivi di venire a conoscenza delle cifre dei loro concorrenti (è per esempio possibile affidare il controllo di queste cifre o il prelevamento degli importi dello sponsoring ad una fiduciaria).

***Gli accordi di sponsoring relativi all'uso di articoli sportivi durante manifestazioni sportive ufficiali sono di norma illeciti,***

21. se l'uso esclusivo di articoli sportivi di uno o di più sponsors scelti riguarda la totalità di una manifestazione sportiva che si estende su di un anno, una stagione o gran parte di essa.

***F. Pubblicazione della comunicazione***

22. La presente comunicazione viene pubblicata nel Foglio federale (art. 6 cpv. 3 LCart). Essa esplica gli effetti previsti dalla legge sui cartelli a partire dal giorno della sua pubblicazione.

**D 1.2 4. *Kommentar des Sekretariats zur Bekanntmachung Bekannmachung «Homologation und Sponsoring bei Sportartikeln»***

***A. zur Unterstellung der Sportverbände unter das Kartellgesetz:***

1. Die Wettbewerbskommission wurde mehrfach mit Problemen der Finanzierung des Leistungssports über Sponsoring-Verträge (auch: Offizialisierungsverträge) der Sportverbände mit Sportartikellieferanten (Herstellern, Importeuren, Händlern) für verschiedene Sportartikelmärkte befasst. Wettbewerbsrechtliche Probleme auf den Sportartikelmärkten zeigen sich insbesondere dort, wo die Qualitätsprüfung der Sportartikel (Homologation) von der Finanzierung des Sportes durch die Sportartikellieferanten (Sponsoring) abhängig gemacht wird.

2. Auf den Märkten für Sportartikel bieten die Sportartikellieferanten (Hersteller, Importeure, Händler) Geräte (Ball, Eishockeystock, Ski, Racket, Tornetz usw.), Ausrüstungen (Schien-beinschoner, Helm, Inlineskate usw.), Textilien (Dresses, Trainings-anzüge usw.) sowie weiteres Material für die betreffende Sportart an.

3. Nachfrager sind die Sportler und ihre Organisationen (Clubs, Vereine, Verbände usw.). Die Sportler können Freizeitsport oder Leistungssport betreiben, Amateure oder Professionals in der betreffenden Sportart sein.

4. Der Sport kann organisiert, insbesondere in Turnier- oder Meisterschaftsform, oder unorganisiert ausgeübt werden. Die organisierte Form wird regelmässig vom betreffenden nationalen Sportverband organisiert; er organisiert als Unternehmen den Markt für den entsprechenden Sportbetrieb, für Amateure wie allenfalls für Berufssportler, gibt den Organisationen der Sportler (Klubs, Vereine) Möglichkeiten für die Ausübung ihrer Tätigkeit, regelt den Einsatz der Sportartikel im Rahmen des organisierten Sportbetriebs und bietet Werbemöglichkeiten für Sportartikel.

5. Der nationale Sportverband ist Alleinanbieter für die Organisation des entsprechenden Sportes. Als Alleinanbieter untersteht er nach Artikel 4 Abs. 2 KG dem Kartellgesetz. Wenn seine Mitglieder (z.B. Sportklubs der obersten Ligen, Berufssportler) ihrerseits als Unternehmen handeln, so ist

der nationale Sportverband ein Unternehmensverband, in dessen Rahmen die Mitgliedunternehmen Wettbewerbsabsprachen treffen. Die Unterstellung unter das KG ist hier nach Art. 4 Abs. 1 KG gegeben.

6. Die Regeln über die Verwendung der Sportartikel bei der organisierten Ausübung eines Sportes wirken sich auf den Märkten für Sportartikel aus. Einerseits besteht die Nachfrage nach Sportartikeln zum Teil aus organisierten Sportlern, zum andern beeinflusst die Tatsache, dass ein Sportartikel für den organisierten Sportbetrieb zugelassen ist, in grossem Masse auch das Nachfrageverhalten der Freizeitsportler. Der nationale Sportverband greift mit seinen Zulassungsregeln für Sportartikel in den Sportartikelmarkt ein, obwohl er dort in der Regel weder Anbieter noch Nachfrager ist. Als Instrumente setzt er dabei insbesondere die Homologation und das Sponsoring ein.

7. Die Homologation regelt die Frage, welche Sportartikel beim organisierten Sport verwendet werden dürfen (Qualitätsprüfung). Diese Regeln sind üblicherweise einseitig vom nationalen (oder internationalen) Sportverband aufgestellt und nicht mit Dritten vereinbart. Sie unterstehen als Wettbewerbsbeschränkung des Marktorganistors nach Art. 4 Abs. 2 dem KG; dort, wo der nationale Verband ein Unternehmensverband ist (RZ 5) und die Homologationsregeln in seinem Rahmen festgelegt werden, auch nach Art. 4 Abs. 1 KG.

8. Beim Sponsoring besteht kein Zusammenhang mit der Produktequalität. Vielmehr erkaufte der Sponsor sich mit Geld oder geldwerten Leistungen Werbemöglichkeiten beim Sportverband. Hier ist nur jenes Sponsoring erfasst, das gleichzeitig den Sportartikeln des Sponsors beim Zutritt auf den Markt der organisierten Sportausübung Vorteile einräumt, eventuell gar die exklusive Verwendung der Sponsorprodukte in den offiziellen Wettkämpfen vorschreibt. Diese wettbewerbsbeschränkenden Abreden sind vereinbart, sei es zwischen Sponsor und Sportverband oder innerhalb des Sportverbandes, und unterstehen deshalb dem KG gestützt auf Art. 4 Abs. 1 KG.

9. Aus all diesen Gründen ist davon auszugehen, dass Homologations- und Sponsoringregelungen der nationalen Sportverbände, die den Marktzutritt für Sportartikel beschränken, in der Regel dem Kartellgesetz unterstehen.

### ***B. zu den rechtlichen Wirkungen der Bekanntmachung:***

1. Die Wettbewerbskommission umschreibt in einer allgemeinen Bekanntmachung die Praxis, die sie bei Konkretisierung des Kriteriums der wirtschaftlichen Effizienz von Artikel 5 Absatz 2 KG künftig befolgen wird. Die Voraussetzungen müssen immer so definiert sein, dass die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ausgeschlossen ist; entsprechend muss bei Einhaltung der Voraussetzungen eine allfällige Vermutung nach Art. 5 Abs. 3 KG in der Regel als widerlegt gelten.

2. Die Wettbewerbskommission kann einzig Aussagen über Regelfälle machen, d.h. über Fälle, die in Untersuchungen nach Artikel 27 KG regelmäßig zum selben Resultat führen würden. Die Umstände eines konkreten Einzelfalles können aber ausnahmsweise zu einem andern Resultat führen. Deshalb entbindet die Bekanntmachung die Wettbewerbskommission nicht von der Durchführung von Untersuchungen.

3. Mit der Bekanntmachung soll den Unternehmen die Prüfung erleichtert werden, ob eine durchgeführte oder beabsichtigte Wettbewerbsabrede grundsätzlich KG-konform sei (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 563). Die Bekanntmachung darf nicht so verstanden werden, dass die entsprechende Abrede immer zulässig sei. Aber die Unternehmen dürfen sich nach Treu und Glauben darauf verlassen, dass die Wettbewerbskommission in den Untersuchungen den Massstab anlegt, den sie in der Bekanntmachung umschrieben und veröffentlicht hat.

4. Die Regel-Aussage der Bekanntmachung bindet die Wettbewerbskommission nur für jene Abreden oder Kooperationsformen bzw. Voraussetzungen, die sie ausdrücklich nennt. Der Umkehrschluss, alles andere sei unzulässig, ist nicht statthaft. Die Bekanntmachung hindert die Wirtschaft nicht an der Entwicklung neuer Abrede- oder Kooperationsformen. Die Wettbewerbskommission beurteilt aber solche Fälle als Einzelfall ohne Bindung an die Regel-Aussagen der Bekanntmachung.

5. Die vorliegende allgemeine Bekanntmachung betrifft Homologations- und Sponsoringabreden im Sportartikelbereich, also jene Sachverhalte, die dem KG gestützt auf Art. 4 Abs. 1 KG unterstehen.

6. Verhaltensweisen marktbeherrschender Sportverbände oder Sportartikellieferanten, die dem KG nach Art. 4 Abs. 2 KG unterstehen, werden von der Bekanntmachung nicht erfasst. Die Wettbewerbskommission ist aber verpflichtet, vergleichbare Homologations- und Sponsoringpraktiken marktbeherrschender Unternehmen im Sportartikelbereich nach den grundsätzlich gleichen Überlegungen zu beurteilen.

### ***C. zu einzelnen Regeln der Bekanntmachung:***

1. zu Regel 1: Sponsoringverträge mit Anbietern anderer Produkte als Sportartikel, etwa mit Banken, Autovertretern, Getränkelieferanten, Versicherungen usw., unterstehen der Bekanntmachung nicht.

2. zu Regel 2: «Turniere oder Wettkämpfe» ist weit zu verstehen als jeder organisierte sportliche Wettstreit, soweit der Organisator dem KG untersteht. Dies können beispielsweise nationale oder internationale Meisterschafts-, Cup-, Freundschaftswettkämpfe, Rennen, Regatten, Wettfliegen, Qualifikationsturniere, Meetings usw. sein.

3. zu Regel 3: Sponsoring kann durchaus mehr Leistungen umfassen oder als eigentliches längerfristiges Partnerschaftsverhältnis ausgestaltet

sein. Andererseits kann sich das Sponsoring aber auch auf nur ein definiertes Ereignis beziehen. Hier ist einzig wesentlich, dass der Zutritt auf den Sportartikelmarkt von der Sponsoringabrede geregelt oder beeinflusst wird. Sponsoring untersteht dieser Bekanntmachung nur in dieser Beziehung.

4. zu Regel 5: Hier wird eine Regelaussage gemacht, d.h. in einem konkreten Einzelfall kann eine zusätzliche Abrede zulässig sein. Sie muss aber im Einzelfall geprüft werden und kann sich nicht auf die Bekanntmachung stützen.

Nicht erfasst von der Regel 5 würde eine Verpflichtung eines Exklusivlieferberechtigten, er habe die Versorgung mit dem entsprechenden Sportgerät sicherzustellen. Wie er dies tut, ist aber seine Sache. Abreden, die dafür den Sportfachhandelskanal vorschreiben oder Discounter oder Versandhandel ausschliessen, werden von der Regel erfasst.

Die Bekanntmachung kann auch nicht die regelmässige Zulässigkeit von Abreden festhalten, deren Beurteilung in die Kompetenz des Bundesrates fällt. Dies gilt etwa für eine Abrede, die Sportartikellieferanten dürften keine Sportartikel anbieten, die mit Kinderarbeit in Entwicklungsländern hergestellt wurden.

5. zu Regel 7: Diese Regel verlangt nicht, dass das Prüfverfahren einmaling sei. Sie steht notwendigen Nachprüfungen, z.B. stichprobenweiser Nachprüfung der Erhaltung der ursprünglichen Qualität, nicht entgegen.

6. zu Regel 9: Label bzw. Claim können beispielsweise aus Text, Bild, Grafik oder Kombinationen bestehen und auf dem Sportartikel oder der Verpackung angebracht oder in der Werbung verwendet werden.

7. zu Regel 12: Die Nutzung des (insbesondere technischen) Wissens der Sportartikellieferanten wird mit dieser Regel nicht behindert. Die Sportartikellieferanten können durchaus als Berater beigezogen werden. Sie verlangt aber, dass die Interessierten keine Entscheide fällen; dies steht nur Neutralen zu.

8. zu Regel 14: Kosten meint hier sowohl die Kosten der technischen Prüfung wie die durch das Homologationsverfahren verursachten administrativen Kosten.

Die Regel steht einer angemessenen Pauschalierung der Kosten nicht entgegen.

Über die Zulässigkeit weiterer Zahlungspflichten der Sportartikellieferanten unter dem Titel Homologation äussert sich die Bekanntmachung nicht. Die Beurteilung muss deshalb im Einzelfall erfolgen.

Ueber die Zahlungsart, wie Vorauszahlung oder Sicherstellung der geschätzten Kosten/Kautions, sagt die Bekanntmachung nichts.

9. zu Regel 17: Zur Vertragsdauer der Sponsoringverträge allein sagt die Bekanntmachung nichts. Sie limitiert einzig die Dauer von mit Sponsoringverträgen gekoppelten Abreden über beschränkte Marktzutritte für Sportartikel.

10. zu Regel 20: Hier wird nicht gesagt, der Sponsoringbeitrag müsse sich nach Stückzahlen oder Umsätzen richten. Vielmehr geht es darum, dass bei Wahl dieses Massstabs keine Informationen über Stückzahlen oder Umsätze an Konkurrenten weitergegeben werden dürfen.

## D 2 *Bibliographie* Publications/Bibliographie Bibliografia

### 1. *Aufsätze und Zeitungsartikel / Articles / Articoli*

TERCIER PIERRE, Le matériel sportif officiel et le sponsoring; aspects de droit de la concurrence, AJP/PJA 1/1998, 24 ff.

TERCIER PIERRE / RAASS ADRIAN / WAGNER MANFRED / ZURKINDEN PHILIPP, Die schweizerische Wettbewerbspolitik im internationalen Umfeld, Die Volkswirtschaft 2/98, 12 ff.; Politique de la concurrence de la Suisse dans un contexte international, Revue de politique économique 2/98, 12 ss.

ZURKINDEN PHILIPP, Das total revidierte Kartellgesetz, u. H.J. MEYER in MARSILIUS/ SCHLUEP/W. STAUFFACHER (Hrsg.), Beziehungen Schweiz-EG, Zürich, 145 ff.

## E *Diverses* *Divers* *Diversi*

### E *1er Rôle de la concurrence dans la réglementation des banques*

*Le groupe de travail No 2 sur la concurrence et la réglementation du Comité du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE a organisé une table ronde sur le rôle de la concurrence dans la réglementation des banques qui s'est tenue à Paris le 19 février 1998. A cette occasion, la délégation suisse a présenté la communication ci-dessous.*

## **«Enhancing the Role of Competition in the Regulation of Banks»**

Roundtable discussion of 19 February 1998 - Contribution by the Swiss Delegation<sup>20</sup>

### **1 Sector-Specific Regulation in the Banking Sector**

#### **1.1 Definition of a Bank**

According to the Swiss law the term «bank» includes institutions which are active principally in the field of finance, and in particular those who

- accept deposits from the public on a professional basis or solicit them publicly in order to finance in any way, for their own account, an undefined number of unrelated persons or enterprises;
- refinance themselves in substantial amounts from a number of banks which are not significant shareholders and with which they form no economic entity in order to provide any form of financing for their own account to an undefined number of unrelated persons or institutions.

Public solicitation is deemed to include publicity in the form of advertisements, prospectuses, circulars or electronic media. An institution is deemed to be acting on a professional basis, when it accepts more than 20 deposits from the public on a continuing basis. «Substantial amount» and «a number of banks» are defined by the authorities as over CHF 500 million sight and time deposits from over five banks measured on the rolling average of the position of the banks on the last four quarter ends at time of measurement.

#### **1.2 Principal Statutory Regulations Affecting the Banking Sector**

##### **1.2.1 Introduction**

Switzerland has for a long time had an open market for foreign banks and financial institutions, i.e. foreign banks have been allowed to enter the Swiss market on a national treatment basis (with reservation, of course, as to prudential considerations). This open market has recently been strengthened by the agreement on financial services under the GATS/WTO agreement, which, in the future, will render it possible that the basically non-discriminatory treatment by Swiss law can be enforced through the WTO-dispute settlement mechanism.

##### **1.2.2 Most important legislation pertinent for the Swiss banking sector**

- Federal Act on Banks and Savings Banks («Banking Act») of 1934, which was last amended 16 December 1994;

---

<sup>20</sup> The views expressed in the paper do not necessarily represent those of the FCC or the Swiss government.

- Implementing ordinances: «Banking Ordinance» of 1972 and Ordinance on Foreign Banks in Switzerland («OFB») of 21 October 1996;
- Federal Act on Investment Funds of 18 March 1994, incl. implementing ordinance of 19 October 1994 and Ordinance on Investment Funds of the Federal Banking Commission of 27 October 1994
- Federal Act on Stock Exchanges and Trading in Securities of 24 March 1995, in force since 1 February 1997, incl. implementing ordinance of 2 December 1996.

### ***1.2.3 Restrictions on branching and new entry, especially the entry of foreign firms***

Before a bank can commence operations in Switzerland it is required to obtain a license from the Federal Banking Commission («FBC»). Such a license will be granted if the requirements of the Banking Act are met. For foreign banks the Banking Act contains a reciprocity requirement, i.e., that the home country of the applicant must permit the establishment of Swiss controlled banks in its territory and the business operations of those banks, as a general rule, must not be subject to materially more limiting provisions than those imposed on foreign banks operating in Switzerland unless there are formal treaties which grant reciprocity on a general basis. Furthermore, a foreign bank must confirm that it will adhere to the policies of the Swiss National Bank («SNB») at all times. In addition, the OFB contains specific licensing requirements for the establishment of branches, agencies and representative offices of foreign banks.

### ***1.2.4 Restrictions on pricing (interest rate controls and other controls on prices or fees)***

Since April 1, 1994, in Switzerland the Consumer Credit Act is in force. Similar to the EC-Directive on Consumer Credit, it contains detailed provisions on the content of consumer credit contracts, on obligations and rights of the contracting parties and on the calculation of the annual percentage rate of charge. In addition, the Swiss Code on Obligations reserves the right of the Cantons to set upper rate of interest limits to prevent abusive behaviour of credit institutes and banks. For instance, the Canton of Zurich has set a maximum limit at 18% p.a.

### ***1.2.5 Line-of-business restrictions and regulations on ownership linkages among financial institutions***

There exist no provisions on ownership linkages among financial institutions. However, the Banking Act provides that the qualified participation of a bank in an enterprise outside the fields of finance or insurance may not exceed the equivalent of 15 percent of its equity. Furthermore, the total of such participation may not exceed 60 percent of equity.

### ***1.2.6 Restrictions on the portfolio of assets that banks can hold***

The Banking Ordinance contains detailed rules on risk diversification. According to these rules banks have to notify risk concentrations. Furthermore, the provisions set an upper limit for risk and aggregate risk concentrations and define under what circumstances a group of related counterparties has to be dealt with as a unit.

### ***1.2.7 Compulsory deposit insurance***

Switzerland does not know any compulsory deposit insurance. The Swiss Bankers' Association («SBA») and the Swiss Banks have, however, agreed on a compensation scheme that results in the protection of deposit and savings accounts up to an amount of 30'000 CHF

### ***1.2.8 Restrictions on capital-adequacy***

The Banking Act contains special provisions on the reduction of the equity capital of banks. According to these rules, the general meeting of shareholders may only vote for a reduction of the capital based on a special auditing report showing that the creditors' claims are fully covered, despite a reduction of capital, and that the liquidity remains assured. Furthermore, the Banking Ordinance comprises extensive rules on equity, including provisions on eligible equity, core capital, equity requirements and risk weighting per counter-party according to which the eligible equity must amount to a certain percentage of the sum of the risk weighted positions.

### ***1.2.9 Reserve Requirements***

Banks are obliged to transfer at least one twentieth of their yearly net profits into a reserve fund designated to cover losses and to permit write-offs.

### ***1.2.10 Requirements to direct credit to favoured sectors***

None.

### ***1.2.11 Special rules concerning liquidation, winding up, and insolvency***

The Banking Act contains a special section on bankruptcy and arrangements with creditors designed to provide a better protection for creditors than it would be the case under general bankruptcy rules.

## ***1.3 Regulators***

The Swiss banking system is regulated by the Federal Banking Commission («FBC»). The FBC comprises 7 to 9 members who are elected by the Federal Council. It is independent of the Swiss National Bank («SNB»). As the highest supervisory authority for the banking sector, the FBC is responsible for the supervision of the banking system and investment trust business. The FBC has the power to grant and withdraw banking licenses, to announce decisions necessary to enforce the Banking Act and to prescribe the content and format of financial statements and audit reports which it

receives. The FBC issues circular letters («Circulars») to banks and audit firms in connection with the application of specific Banking Act regulations or reporting requirements. Its semi-annual bulletin publishes the major decisions, and provides an update on current administrative practice to be followed under Swiss Banking Law. The bulletin also reproduces the most important Circulars.

The Swiss National Bank («SNB»), which has registered places in Zurich and Berne, is a limited company, whose issued capital is held by the Cantons, cantonal banks and local authorities (61%), and private shareholders (34%) with the balance of shares unissued (5%). The SNB is the agent responsible for the implementation of those parts of the government's monetary policy that relate to banks. It issues directives concerning, amongst other things, the maintenance of reserve requirements, expansion of credit facilities, acceptance of foreign source deposits, export of capital and foreign exchange transactions. It publishes extensive statistical data on a monthly basis. The SNB also manages the National Bank clearing house or bank giro, which is mainly used for cash transfers between banks. It is closely linked to other clearing systems such as the Swiss Inter-bank Clearing System («SIC») and the Post Office.

#### **1.4 Due Diligence Convention**

In 1977 the Swiss Banker's Association («SBA») and the SNB entered into an agreement designed to ensure that banks know the true identity of their beneficial owners when accepting deposits and take measures to prevent the use of such accounts for illegal purposes. In 1987 the agreement was replaced by the Agreement on the Swiss banks' code of conduct with regard to the exercise of due diligence («Standesregeln zur Sorgfaltspflicht bei Banken [VSB]»), a self-regulatory agreement between the SBA itself and its member banks and finance companies. This agreement was updated in 1992. The current version contains general rules and practices relating to due diligence at all times - specifically on account opening. Under the agreement the banks have committed themselves to:

- identify their contracting partner;
- in cases of doubt, to carry out further research to identify their contracting partner;
- avoid any active assistance to flight capital activities;
- provide no active assistance to tax evasion;
- desist from issuance of any form of declaration or certificates which would be misleading.

This self-regulatory agreement is policed by an arbitration committee to consider breaches. It has the power to levy substantial fines and regularly publishes its decisions. The FBC takes an extremely tough stance on these issues and, independent of the activities of the arbitration committee, will

itself investigate breaches and the circumstances leading to them. The Banking Law auditor, whose job it is to check compliance, has little or no flexibility in reporting exceptions to the arbitration committee.

### ***1.5 Lobby Groups***

The most influential industry body in Swiss banking is the Swiss Bankers' Association («SBA»). It devotes itself to representation and protection of the interests of the banking industry in general. It actively starts or participates in initiatives designed to strengthen the Swiss banking system from a competitive and service point of view (e.g., Swiss Bankers' travelers' checks, Bancomat cashing facilities). It also co-operates closely with the government, the FBC and the SNB in the development of new banking legislation. Furthermore, it establishes rules and conventions which its members are obliged to follow.

### ***1.6 State Ownership in the Banking Industry***

In many of the 26 Cantons there still exist state established cantonal banks generally operating with a state guarantee. Their funds are primarily used to finance local commercial and private needs and to extend loans to public authorities. However, in recent years many of these banks have encountered severe financial difficulties resulting in consolidation and acquisition by other banking institutions in a number of cases (see under II.2. on structural and regulatory changes).

## ***2 Competition Regulation in the Banking Sector***

(Issues arising from the Competition Authorities' Point of View)

### ***2.1 Introduction - the Situation under the old Act on Cartels and Similar Organizations***

Before Switzerland's new (third) Federal Act on Cartels and Other Restraints of Competition (the «Act») entered into force on July 1st, 1996, Swiss competition law was widely considered not to be very effective. The competition authority under the predecessor law, the Swiss Cartel Commission, nevertheless managed in the late eighties, to break up the so-called «conventions» of the Swiss banking sector, which were in fact cartels eliminating competition on prices (and in many instances on other elements of competition) for the most important banking services.

### ***2.2 Structural and regulatory changes***

Since the late eighties, the Swiss banking sector has undergone a deep change - as have many other banking places. During the Swiss version of the S&L Crisis, almost half of the small regional banks have disappeared, acquired more or less voluntarily by one or the other major Swiss bank. Others have merged or found together under a holding company of regional banks.

But changes were not limited to small banks. Ten years ago, there were five major banks in Switzerland; there are presently three left, and if the pending merger of Union Bank of Switzerland and Swiss Bank Corporation is not prohibited, there will remain only two major Swiss banks. In addition, the mid-sized cantonal banks have lost enormous amounts during the Swiss real estate crisis of the past several years. Some cantons had to absorb huge losses. Therefore, the future of state-guaranteed banks is presently subject to discussions in Switzerland.

Generally speaking, allegedly over-banked Switzerland is going through important structural changes, i.e. a period of concentrations. Concentration also touches on adjacent markets, e.g. stock exchanges. In the last few years, we have observed the transition from the three traditional stock exchanges of Zurich, Geneva and Basle, regulated by the respective canton where they were located, to one Swiss stock exchange. This new Swiss Electronic Stock Exchange comprises also the Swiss Options and Financial Futures Exchange (SOFFEX), which made the step to an all-electronic system ten years ago.

The regulation of the Stock Exchange has become a federal matter only when the new Swiss Federal Act on Stock Exchanges and Brokerage entered into force on February 1, 1997. This new Act clearly favors self-regulation. The tendency to put some of the responsibility for a working banking system on the market-participants has indeed a long tradition in Switzerland. The SBA with its codes of conduct and codes of ethics has for many years played a prominent role in this area. The most recent example for this approach by the Swiss banking regulators is the acceptance of individual risk-assessment methods and models by the revised banking ordinance for the purpose of determining the necessary own funds of a bank.

### ***2.3 Rules Applying to Banks under the new Swiss Act on Cartels***

The new Swiss Act on Cartels redesigned Swiss anti-trust law mainly along the lines of European competition law and the practice of the European Competition Authorities. The rules of competition law that apply to banks and the financial industry are basically the same as the general rules applying to all other industries. The task of monitoring the industry from a competition point of view and to prevent or prohibit agreements, mergers or anti-competitive practices falls within the competence of the Federal Competition Commission («FCC») and its secretariat.

A special rule addresses the possibility that a bank merger might be the result of one of the merged parties' standing on the brink of bankruptcy or administrative closure. In such case, if the Swiss FBC deems it necessary in order to protect the interests of creditors, it has the power to take the place of the FCC and to decide with due regard to the «protection of creditors»-issue. This is, however, supposed to be the exception and has not yet occurred in the period of time since the Act entered into force.

## *2.4 Particular Issues and Experiences*

### *2.4.1 Merger control*

In the short period of time the new Act has been in force in Switzerland, there has been no part of Switzerland's economy where the FCC had - or will have, as two of the cases are still pending at the time this paper is written - to pronounce itself on more high profile mergers than in banking. The mergers touch on such diverse issues as possible dominant positions in a geographically small market (Valiant - Bank in Langnau, RPW 4/1997, 515) or in very specific product markets (General Electric Capital Corporation / Bank Aufina, RPW 3/1997, 358; and General Electric Capital Corporation / Bank Prokredit, pending), the creation of one of the biggest banks worldwide and the consequences with regard to its position in the domestic retail banking markets (United Bank of Switzerland, pending) and last but not least the creation of one of the most powerful players in the area of so-called «Allfinanz»-services (Credit Suisse Group / Winterthur Versicherungen, RPW 4/1997, 524).

Given the number of important mergers examined and the market shares resulting therefrom, the FCC had or will most probably have the opportunity - but also the burden - to define several product markets as well as the geographic delimitation of markets in the Swiss banking sector.

Swiss domestic retail banking is still characterized by the presence of numerous regional banks with relatively high market shares in geographically small markets. In the case of Valiant - Bank in Langnau, where a regional bank was taken over by an over-regional bank holding company, the FCC had to pronounce itself 1) on the importance of potential competition from banks present in geographically adjacent markets and 2) on the flexibility of the average retail banking customer to turn to a competitor not physically present in the region defined as relevant geographical market.

With regard to the first issue, the FCC concluded that a supplier of banking services is able to expand to an adjacent geographical market without the need of huge investments if he sees a real opportunity to make profits. The FCC therefore decided that the existence of otherwise potentially problematic market shares of regional banks do not pose problems because potential competition (from banks operating on a nationwide level) does have disciplinary effects. Which does not necessarily mean that the same argument would work when the dominant position (in a specific region) is held not by a small, regional bank but by one of the major banks.

As concerns the second issue, the FCC accepted that the greater mobility of customers may lead to a more flexible definition of geographical markets. It did not, however, make the step to a national delimitation of the geographical markets in retail banking, even after considering the oppor-

tunities of telebanking and telephone-banking offered by major banks. There do not seem to exist yet sufficiently reliable figures showing the acceptance of these options by a significant number of retail customers.

With regard to the geographical dimension in retail banking, the FCC has therefore constantly focused on regional markets as a starting point. This does not mean that further arguments might not lead to the conclusion that certain markets have to be defined as nationwide markets. The FCC has made such an argument in a non-bank merger decision (Migros - Globus, RPW 3/1997, 364), where it found that the regional markets overlapped to such an extent that a regional price-differentiation was not possible for the suppliers operating nationwide. The FCC therefore concluded that the market was a nationwide market, too. Whether the FCC will accept a similar argument for the retail banking markets remains to be seen.

As far as the definition of the product markets is concerned, the FCC has defined markets rather narrowly. In General Electric Capital Corporation - Bank Aufina, it defined the market for consumer loans as one relevant market, and the market for car-leasing as another. When deciding the pending acquisition of Bank Prokredit by General Electric Capital Corporation (GECC), the FCC will have to re-examine and refine its arguments: The market share of GECC in the consumer loan market as currently defined amounts to more than 60%, and to well over 35% in the car-leasing market. The FCC will have to consider whether the relevant market has been correctly defined very narrowly and to answer - among others - the following two questions: To what extent could credit cards and other customer cards be considered as substitute products for consumer loans? Even if not actually used as credit instruments by many Swiss credit card holders? and: Do other banks extend credit in significant amounts within their regular customer relationships and without reporting such credit extensions as consumer loans? (This would tend to expand the relevant product market.)

In its Credit Suisse Group decision, the FCC has indicated what other product markets it would consider in the banking industry. It mentioned as presumably regional markets consumer loans, real estate loans, loans to small and medium-sized enterprises, deposit accounts and payment services, securities accounts and safe deposit services. Other markets, such as the Swiss franc debt market and the Swiss equity market as well as the markets of private banking, targeting the more affluent customers, have been qualified by the FCC as probably nationwide markets. The FCC did not, however, have to test these assumptions in the Credit Suisse Group decision, since banking markets were only marginally (if at all) affected by the acquisition of the «Winterthur» insurance company. The FCC will have

to express its views in a more binding way in the pending United Bank of Switzerland merger.

#### *2.4.2 Other antitrust issues in Swiss banking sector*

The concentration on banking mergers in the past year should not divert attention from other areas in Switzerland's banking sector where anti-trust issues exist. One should not assume that the breaking up of the above mentioned «conventions» under the old law resulted in a perfect competitive status of Swiss banking and related markets. Particularly, the Swiss financial industry is characterized by numerous joint ventures set up by the Swiss banks to provide certain services. Given the small size of the Swiss market, all Swiss banks would normally participate in such a joint venture, thereby creating a monopoly. As a consequence, another provider of the same services would face the situation that the established competitor is a subsidiary of virtually all potential customers.

The secretariat of the FCC has, during the past months, begun to study the situation in the credit card services market. It is not the heavily disputed market for the sale of credit cards that deserves attention, but rather the market for related services: Swiss banks have set up Telekurs Holding AG, a joint venture for the processing of payment transactions, including all credit card and debit card payments. This company is not only in a position to dictate - by defining technical standards - e.g. the type of terminals to be used by dealers accepting credit cards. Given its dominance of the market and its relationship to the Swiss banks, Telekurs can also effectively thwart attempts of other providers of such services to establish themselves in the market. In fact, Telekurs has advance information about new products to be brought on the market because it is regularly involved into defining standards and technical requirements for such new products and the related transactions.

Swiss credit card companies have gained the attention of the secretariat of the FCC also with regard to another practice: They uniformly prohibit in their dealer agreements that the dealers pass on to the consumer the fee the credit card companies charge them for the handling of payments. This clause could be viewed to distort competition between different means of payment by prohibiting the allocation of additional costs arising from credit card payments.

Another enterprise in Swiss financial services that enjoys a monopolistic position is - as already mentioned - the Swiss Stock Exchange. The FCC and its secretariat have, whenever they were asked to comment on new ordinances, rules and regulations implementing the Federal Act on Stock Exchanges and Brokerage, insisted on giving competition issues due attention. When bodies have to organize a market and can regulate themselves, they will tend to do so in a way that limits competition. The involvement of the FCC in this area is all the more important because super-

vising bodies do not have a mandate by the law to consider aspects of competition.

Related to the Swiss Electronic Stock Exchange are other institutions, such as the Swiss listing authority, where important practical decisions are taken. The secretariat of the FCC will concentrate on such gate-keepers in order to ensure that their decisions do not keep competition away and allow the Swiss banks (undeniably facing stiff competition as far as international markets are concerned) to cooperate cozily (and costly for their customers) in the Swiss market.

Coming back to the banks themselves, another interesting issue has arisen that seems to become more and more urgent, also due to the pending UBS-merger. It has been constantly reiterated in political and economic discussion of the past few years that the re-evaluation of their credit-related risks by the major banks - combined with a restrictive approach towards credit-seeking enterprises - has left many small and medium enterprises as virtual hostages of their bank. If their bank considers them to be a deteriorating credit risk and therefore raises interests or denies a credit extension, they have in fact no other bank to turn to. No other bank will extend credit to them.

So far, the secretariat of the FCC has taken the position that this was a problem of individual dependency and not of market domination, because it considered the market to consist of all banks present in a specific region. It therefore refused to analyze specific cases and to ask whether the denial of a credit extension or the interest rate requested was abusive, since it did not consider the banks to have a dominant position, which would have been the precondition for materially qualifying the banks' behaviour. Should, however, the situation persist that a credit-seeking customer has in fact no opportunity to turn to another bank, it might be appropriate to consider whether - from the relevant customer's point of view - the pertinent market has to be defined narrowly, always comprising only the one relationship-bank. This would lead the FCC to review individual credit-decisions. One might still have some doubts whether this is indeed a mandate of the Competition Authorities.

Another fact to be considered by the FCC is the enormous financial power of financial institutions such as the proposed merged UBS (if not prohibited) or the constantly acquiring Credit Suisse Group and their influence on Swiss economy. The decrease in numbers of major banks as well as smaller banks in Switzerland make tacit, implicit coordination of competitive behaviour more probable.

## ***2.5 Summary***

The breaking up of the old «conventions» was one of the major successes under the previous Act. This was the beginning of a liberalization process in banking services. Yet there are still many improvements possible and

necessary. The small size of Switzerland basically favors restrictive agreements, joint ventures and price leadership. Moreover, the recent merger-wave in Swiss banking makes implicit coordination (concerted practices) more likely and has created banks of enormous financial power and economic importance in Switzerland. The FCC and its secretariat will have to closely observe the developments in the banking industry in the near future. Its task may be facilitated by the internally open market of Switzerland for foreign banks and other financial institutions.

***Abkürzungsverzeichnis***  
***Registre des abréviations***  
***Indice delle abbreviazioni***

**A**

AF	Arrêté fédéral
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
aKG	altes Kartellgesetz
aLCD	ancienne LF sur la concurrence déloyale
Amtl.Bull.	Amtliches Bulletin
ArG	Arbeitsgesetz
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

**B**

BA	Bundesamt
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BB	Bundesbeschluss
BBI	Bundesblatt
BEW	Bundesamt für Energiewirtschaft
BG	Bundesgesetz
BGBM	BG über den Binnenmarkt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BIGA	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
BLW	Bundesamt für Landwirtschaft
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BoeB	BG 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	BG über den Bundeszivilprozess

**C**

CC	Code civil
CE	Communauté Européenne
CE	Conseil des Etats
CEDIDAC	Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne
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
<b>D</b>	
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DFEP	Département fédéral de l'économie publique
DG	Direction Générale (UE)
<b>E</b>	
EBK	Eidg. Bankenkommission
EntG	BG über die Enteignung
EU	Europäische Union
EVD	Eidg. Volkswirtschaftsdepartement
<b>F</b>	
FF	Feuille fédérale
FMG	Fernmeldegesetz
<b>G</b>	
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GDA	Groupement de l'armement
GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
GR	Gruppe Rüstung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU	Gemeinschaftsunternehmen
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
<b>H</b>	
HGer	Handelsgericht
HMG	Heilmittelgesetz
<b>I</b>	

IPRG	BG über das internationale Privatrecht
IVöB	Interkant. Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
<i>J</i>	
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux
<i>K</i>	
KG	Kartellgesetz
KSG	Konkordat über die Schiedgerichtsbarkeit
KVG	BG über die Krankenversicherung
<i>L</i>	
LAA	LF sur l'assurance-accidents
LAMal	LF sur l'assurance-maladie
LCA	LF sur le contrat d'assurance
LCart	LF sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	LF contre la concurrence déloyale
LCsl	LF contro la concorrenza sleale
LDA	LF sur le droit d'auteur
LDIP	LF sur le droit international privé
LETC	LF sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale / Legge federale
LL	LF sul lavoro
LMG	BG über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI	LF sur le marché intérieur
LMP	LF sur les marchés publics
LOTG	LF sugli ostacoli tecnici al commercio
LP	LF sur la poursuite pour dettes et la faillite
LPE	LF sur la protection de l'environnement
LPM	LF sur la protection des marques
LPN	LF sur la protection de la nature et du paysage
LRFP	LF sur la responsabilité du fait des produits
LSPr	LF sulla sorveglianza dei prezzi
LTr	LF sur le travail
<i>M</i>	
MWSTV	Verordnung über die Mehrwertsteuer
<i>N</i>	

NZZ	Neue Zürcher Zeitung
<b>O</b>	
O	Ordonnance
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
OCSE	Organizzazione per la coopera- zione e lo sviluppo economico
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OFAP	Office fédéral des assurances privées
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OFIAMT	Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege
OGer	Obergericht
OJ	LF sur l'organisation judiciaire
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMP	O sur les marchés publics
OR	Obligationenrecht
ORC	O sur le registre du commerce
ORF	O sur le registre foncier
OSubst	O sur les substances
OTC	O sur le traitement de déchets
OTVA	O concernant la taxe sur la valeur ajoutée
OUs	O sur les objets usuels
OUsO	Ordinanza sugli oggetti d'uso
<b>P</b>	
PA	LF sur la procédure administrative
PCF	LF sur la procédure civile fédérale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)
pLLCA	projet de LF sur la libre circulation des avocats
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz
PTT-OG	PTT-Organisationsgesetz
Publ.CCSPR	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix
PüG	Preisüberwachungsgesetz
<b>Q</b>	
<b>R</b>	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese

RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)
REKO	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier (=ZBGR)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)
RPG	BG über die Raumplanung
RPV	Verordnung über die Raumplanung
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)
RTVG	BG über Radio und Fernsehen
<b>S</b>	
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt
SJ	La semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
StoV	Verordnung über umweltgefährdende Stoffe (Stoffverordnung)
StR	Ständerat
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
<b>T</b>	
TA	Tribunal administratif
TApp	Tribunale d'Appello
TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
THG	BG über technische Handelshemmnisse

TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
TVA	Technische Verordnung über Abfälle
<b>U</b>	
UE	Union Européenne
UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
URG	BG über das Urheberrecht
URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
USG	BG über den Umweltschutz
UVG	BG über die Unfallversicherung
UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb
<b>V</b>	
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)
VVG	BG über den Versicherungsvertrag
VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren
<b>W</b>	
WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
<b>X</b>	
<b>Y</b>	
<b>Z</b>	
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZHVG	Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht