



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

1999 / 1

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

© Copyright by:

© Copyright by:

Wettbewerbskommission
CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Commission de la
concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Commissione della
concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Vertrieb:

Eidgenössische Druck-
sachen- und Material-
zentrale
CH-3000 Bern

Vente:

Office central fédéral
des imprimés et du
matériel
CH-3000 Berne

Vendita:

Ufficio centrale federale
degli stampati e del
materiale
CH-3000 Berna

Preis Einzelnummer:

Fr. 25.--

Prix au numéro:

Fr. 25.--

Prezzo per esemplare:

Fr. 25.--

Preis Jahresabonnement:

Fr. 80.--

Prix de l'abonnement annuel:

Fr. 80.--

Prezzo dell'abbonamento:

Fr. 80.--

(Form: 701.000.99/1)

Recht und Politik des Wettbewerbs RPW

Droit et politique de la concurrence DPC

Diritto e politica della concorrenza DPC

1999 / 1

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

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

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

April / avril / aprile 1999

Systematik	<p>A Tätigkeitsberichte A 1 Wettbewerbskommission A 2 Preisüberwacher</p> <p>B Verwaltungsrechtliche Praxis B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission 1 Vorabklärungen 2 Empfehlungen 3 Stellungnahmen 4 Beratungen B 2 Wettbewerbskommission 1 Vorsorgliche Massnahmen 2 Untersuchungen 3 Unternehmenszusammenschlüsse 4 Sanktionen 5 Andere Entscheide 6 Empfehlungen 7 Stellungnahmen 8 Diverses B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen B 4 Bundesgericht B 5 Bundesrat B 6 Preisüberwacher</p> <p>C Zivilrechtliche Praxis C 1 Kantonale Gerichte C 2 Bundesgericht</p> <p>D Entwicklungen D 1 Erlasse, Bekanntmachungen D 2 Bibliographie</p> <p>E Diverses</p>
Système matique	<p>A Rapports d'activité A 1 Commission de la concurrence A 2 Surveillance des prix</p> <p>B Pratique administrative B 1 Secrétariat de la Commission de la concurrence 1 Enquêtes préalables 2 Recommandations 3 Préavis 4 Conseils B 2 Commission de la concurrence 1 Mesures provisionnelles 2 Enquêtes 3 Concentrations d'entreprises 4 Sanctions 5 Autres décisions 6 Recommandations 7 Préavis 8 Divers 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>C Pratique des tribunaux civils C 1 Tribunaux cantonaux C 2 Tribunal fédéral</p> <p>D Développements D 1 Actes législatifs, communications D 2 Bibliographie</p> <p>E Divers</p>

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

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice**1999 / 1**

**A Tätigkeitsberichte
Rapports d'activité
Rapporti d'attività**

A 1 Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

- | | | |
|----|---|----|
| 1. | Jahresbericht 1998 der Wettbewerbskommission | 1 |
| 2. | Rapport annuel 1998 - Commission de la concurrence | 19 |
| 3. | Rapporto annuale 1998 - Commissione della concorrenza | 38 |

**B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa**

B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission

Secrétariat de la Commission de la concurrence
Segreteria della Commissione della concorrenza

**1. Vorabklärungen / Enquêtes préalables /
Inchieste preliminari**

- | | | |
|-----|---|----|
| 1.1 | Distribution von Feldschlösschen-Hürlimann Bieren | 57 |
| 1.2 | Enquête préalable Transportbeton | 64 |

B 2 Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

**1. Vorsorgliche Massnahmen / Mesures provisionnelles /
Misure cautelari**

- | | | |
|-----|---|----|
| 1.1 | Reine Gase und Mischgase | 67 |
| 1.2 | Beschaffung, Verteilung und Lagerung von
Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern | 75 |

**3. Unternehmenszusammenschlüsse / Concentrations
d'entreprises / Concentrazioni di imprese**

- | | | |
|-----|--|-----|
| 3.1 | Toni AG – Tochtergesellschaften der Säntis Holding AG | 93 |
| 3.2 | Deutsche Post AG – Danzas Holding AG | 126 |
| 3.3 | Société Neuchâteloise de Presse S.A. | 134 |
| 3.4 | General Electric Capital Corporation - Bank Prokredit | 145 |
| 3.5 | Batrec AG - Recymet SA | 174 |
| 3.6 | Daimler Chrysler AG - ABB Daimler-Benz Transportation GmbH | 177 |
| 3.7 | Carrier Corporation - Toshiba Corporation | 178 |

3.8	Axel Springer Verlag AG - Handelszeitung und Finanzrundschau AG	179
3.9	Direct Center Luzern AG (Post) - Jaeggi & Weibel AG (Bertelsmann)	180
3.10	Weitere Zusammenschlüsse	181
8.	Diverses / Divers / Diversi	
8.1	X SA	182
B 5	Bundesrat Conseil fédéral Consiglio federale	
1.	Tarif concernant les traitements ambulatoires	185
D 2	Bibliographie Bibliographie Bibliografia	199
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	200
	Index (deutsch, français e italiano)	VI

A Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Rapporti d'attività

A 1 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

A 1	1. Jahresbericht 1998 der Wettbewerbskommission
-----	--

1 Vorwort des Präsidenten Prof. Roland von Büren

Die Zusammensetzung der Wettbewerbskommission hat im Jahr 1998 wichtige Änderungen erfahren, indem vier Mitglieder (darunter der Präsident) zurücktraten und ersetzt wurden. Das Sekretariat andererseits hat mit 45 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern den Sollbestand erreicht und effizienzsteigernde Massnahmen eingeleitet. Damit bestehen gute Voraussetzungen für eine optimale Umsetzung des Kartellgesetzes und es ist nun Sache des Sekretariats und der Wettbewerbskommission, die griffigen Normen in umfassender Weise anzuwenden.

Dem Entscheid des Bundesrats vom September 1998 i.S. «Musikalienhandel» kommt ein hoher Stellenwert zu. Der Bundesrat hat es in diesem Entscheid abgelehnt, das von der Wettbewerbskommission untersagte Musiknotenkartell als zulässig zu erklären. Damit wird ein klares und unmissverständliches Signal gesetzt: eine von Gesetzes wegen unzulässige Wettbewerbsbeschränkung kann vom Bundesrat nur dann zugelassen werden, wenn sie überwiegende öffentliche Interessen verwirklicht und diese überwiegenden Interessen nicht durch ein weniger einschneidendes Mittel realisiert werden können. Dieser Entscheid ist wegweisend für die Zukunft.

Die grösste Arbeitsbelastung in Kommission und Sekretariat verursachten die wiederum zahlreichen Zusammenschlussvorhaben. Gemeldet wurden 26 Zusammenschlüsse, wovon vier näher geprüft wurden (die Botschaft ging im Vergleich zu den Verhältnissen Anfangs der 90er Jahre von 10 bis 15 meldepflichtigen Zusammenschlüssen pro Jahr aus). Um die Kommission zu entlasten, wurde die Zuständigkeit zur Behandlung von Zusammenschlussfällen grundsätzlich an die Kammern delegiert. Zudem wurde eine Effizienzsteigerung durch die Standardisierung der Verfahrensabläufe im Sekretariat erzielt.

Damit wurde die Voraussetzung dafür geschaffen, dass die Kommission sich nun schwergewichtig der Untersuchung von Wettbewerbsabreden und von missbräuchlichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen widmen kann. Wichtige Untersuchungen

in diesem Bereich laufen zur Zeit beziehungsweise stehen kurz vor ihrem Abschluss («Volkswagen», Vertrieb von Medikamenten). Erwähnenswert in diesem Zusammenhang ist der Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 12. November 1998 i.S. TelecomPTT (Teilnehmervermittlungsanlagen). Die Rekurskommission gibt in diesem Entscheid die verfahrensrechtlichen Leitlinien an ein Kartellverwaltungsverfahren vor. Diese werden inskünftig zur notwendigen Rechtssicherheit für die Unternehmen und auch für die Wettbewerbskommission führen.

Nicht weniger gravierend als die privaten Wettbewerbsbeschränkungen sind jene, die auf staatliches Handeln zurückgehen. Nach wie vor sind zentrale Bereiche der Schweizer Wirtschaft stark reguliert, wie etwa die Landwirtschaft oder die Energieversorgung. Hier ist es der Wettbewerbskommission versagt, mit Verfügungen gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorzugehen. Sie kann einerseits mit Empfehlungen an die Behörden gelangen, Gesetze oder Verordnungen mit wettbewerbsverzerrenden Wirkungen abzuändern. Andererseits kann sie mittels Vernehmlassungen und in direkten Kontakten mit den federführenden Behörden in den Gesetzgebungsverfahren Einfluss nehmen. Der Weg ist zwar nicht immer einfach, doch schon mehrmals hat die Kommission mit hartnäckigen Interventionen Erfolge verbuchen können.

Im Bereich der Kommunikation hat die Wettbewerbskommission einen grossen Schritt vorwärts gemacht. Im Anschluss an die Mitte Jahr verabschiedete neue Kommunikationspolitik wurde die Stelle eines Kommunikationsbeauftragten geschaffen (besetzt durch Patrik Ducrey) und die Wettbewerbskommission ging online (www.wettbewerbskommission.ch). Es ist ein Anliegen der Wettbewerbskommission, die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit umfassend und regelmässig zu informieren. Selbstverständlich geschieht dies unter Beachtung der Grenzen, die aufgrund des Persönlichkeits- und Geheimnisschutzes gesetzt sind.

Es ist mir ein Bedürfnis, mich an dieser Stelle bei meinen Vizepräsidenten, den Mitgliedern der Kommission, aber auch bei den engagierten und initiativen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Sekretariats zu bedanken. Ohne ihren grossen Einsatz wäre es nicht möglich, die wahrhaft herkulische Aufgabe der Umsetzung des neuen Kartellgesetzes zu erfüllen. Ein ganz besonderer Dank gilt meinem Vorgänger, Professor Pierre Tercier. Er hatte am 1. Januar 1989 das Präsidium der damaligen Kartellkommission übernommen. Er führte die Wettbewerbsbehörde mit Enthusiasmus, Charme und sicherer Hand in der Zeit des Übergangs vom alten zum neuen Recht. Als Präsident der neuen Wettbewerbskommission hat er die Implementierung des neuen Gesetzes in kurzer Zeit realisiert. Ihm gebührt für diesen unermüdlichen Einsatz unser aller Dank.

2 Wettbewerbsbehörden

2.1 Wettbewerbskommission

Die Wettbewerbskommission tagt in der Regel jeden ersten und dritten Montag pro Monat. Insgesamt hat die Kommission 1998 16 Plenarsitzungen abgehalten. Die Kammern, welchen teilweise eigene Entscheidkompetenzen zukommen, tagten in der Regel am gleichen Tag vor den Plenarsitzungen.

Eigene Entscheidkompetenzen haben die drei Kammern Produktmärkte, Dienstleistungen und Infrastruktur im Bereich der Unternehmenszusammenschlüsse sowie bei Stellungnahmen in Gesetzgebungsverfahren. Der Entscheid über Verfügungen, welche unzulässige Wettbewerbsabreden oder unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen zum Thema haben, sowie über Empfehlungen an politische Behörden bleiben solange der Wettbewerbskommission vorbehalten, bis sie eine gefestigte Praxis in diesen Bereichen entwickeln konnte.

Auf Ende Juni 1998 schied der langjährige Präsident der alten Kartell- und heutigen Wettbewerbskommission, Prof. Pierre Tercier, aus der Kommission aus. Die Wettbewerbskommission bedankt sich an dieser Stelle für seinen grossen Einsatz.

Das Präsidium wurde am 1. Juli 1998 von Prof. Roland von Büren, Universität Bern, übernommen. Er ist gleichzeitig Vorsitzender der Kammer Infrastrukturmärkte. Als Ersatz von Prof. Tercier trat Prof. Walter Stoffel, Universität Freiburg, neu in die Kommission ein und übernahm als Vizepräsident gleichzeitig den Vorsitz der Kammer Produktmärkte. Die Kammer Dienstleistungen wird weiterhin von Vizepräsident Prof. Roger Zäch geleitet.

Auf Ende Juni 1998 sind weitere Mitglieder aus der Kommission ausgeschieden: Prof. Richard Kühn, Universität Bern, Serge Gaillard, Schweizerischer Gewerkschaftsbund, und Daniel Lehmann, Schweizerischer Gewerbeverband. Sie wurden ersetzt durch Martial Pasquier, Universität Bern, Margrit Meier, Schweizerischer Gewerkschaftsbund, und Pierre Triponez, Schweizerischer Gewerbeverband.

Organigramm der Wettbewerbskommission per 31. Dezember 1998:

Wettbewerbskommission		
Präsidium Roland von Büren, Präsident Walter Stoffel und Roger Zäch, Vizepräsidenten		
Kammer Produkte- märkte	Kammer Dienst- leistungen	Kammer Infrastruktur
Präsident Walter Stoffel	Präsident Roger Zäch	Präsident Roland von Büren
Mitglieder Heidi Bravo Baumann Yves Flückiger Martial Pasquier Pierre Triponez	Mitglieder Marino Baldi Pascale Erbeia Klaus Hug Peter Zweifel	Mitglieder Marco Borghi Peter Hutzli Jean-Christian Lambelet Margrit Meier

2.2 Sekretariat der Wettbewerbskommission

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat Ende Juni 1998 den Soll-Bestand an Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern erreicht. Gleichzeitig wurde die erste Phase des Aufbaus des neuen Sekretariats abgeschlossen. Die einzelnen Dienste sind eingespielt. Der Durchlauf von Verfahren konnte wesentlich erhöht werden (siehe Statistik unten 4.). Nach Abschluss der Aufbauphase wurde die Konsolidierungsphase ausgelöst. Es geht darum, die bestehenden Abläufe zu überprüfen und allenfalls im Sinne eines besseren Ressourceneinsatzes zu optimieren. Vor allem ist das Instrument der Triage zu verbessern, um weniger Zeit für die Trennung von erheblichen und unerheblichen Fällen zu verwenden.

Ein im letzten Jahr akutes Problem betraf die Behandlung der gemeldeten Unternehmenszusammenschlüsse. Auch wenn in einer relativ kleinen Zahl eine Prüfung eröffnet werden musste, kam es zeitweise zu Kapazitätsengpässen in einzelnen Diensten. Vor allem der Dienst «Dienstleistungen», der parallel die Prüfungen der Zusammenschlüsse «UBS», «Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand» sowie «GECC/Bank Prokredit» zu führen hatte, musste die übrigen Dossiers in den Bereichen Wettbewerbsabreden und marktbeherrschende Unternehmen zwangsläufig zurückstellen. Eine Organisation mit ad hoc-Bearbeitungsteams für die Prüfung von Zusammenschlüssen brachte eine gewisse Entlastung. Gleichzeitig konnten wertvolle Erfahrungen

bei der Bearbeitung von komplexen Fällen in Teams («Task Forces») gewonnen werden.

Eine wichtige Aufgabe in der Koordinierung der Tätigkeiten der drei Marktdienste kommt dem Dienst «Allgemeine Wettbewerbsfragen und Koordination» (Dienst «C») zu. Dienst C überprüft sämtliche Dokumente, welche das Sekretariat oder die Kommission binden, auf Gesetzeskonformität und Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis und Rechtsprechung. Dies geschieht mittels sog. «Koordinationsnotizen», von denen 1998 ungefähr 200 erstellt worden sind. Dienst C ist ebenfalls zuständig für die Behandlung von grundsätzlichen ökonomischen und juristischen Fragestellungen. In diesem Zusammenhang hat der Dienst 1998 u.a. Leitlinien zur Marktanalyse erarbeitet, namentlich zur Abgrenzung des relevanten Marktes, der Beurteilung der aktuellen und potentiellen Konkurrenz sowie zur Stellung der Marktgegenseite. Daneben ist Dienst C verantwortlich für die Aus- und Weiterbildung des wissenschaftlichen Personals.

Im Bereich der Rechtsfortentwicklung hat Dienst C eine Gebührenverordnung zum Kartellgesetz (SR 251.2) erarbeitet, welche am 1. April 1998 in Kraft getreten ist. In Ausführung von Art. 13 Abs. 2 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen hat Dienst C ein Meldeformular für die Notifikation von Unternehmenszusammenschlüssen entworfen. Dieses wurde nach einem Konsultationsverfahren, insbesondere auch beim Schweizerischen Anwaltsverband, am 7. September 1998 von der Kommission verabschiedet (vgl. RPW 1998/3, 507 ff.). Das Meldeformular ist auf der Homepage der Kommission abrufbar (www.wettbewerbskommission.ch).

Per Ende 1998 beschäftigte das Sekretariat 45 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Davon sind 37 wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Die Zahl von Ökonomen und Juristen hält sich die Waage. Ein erhöhter Personalbedarf ist zum jetzigen Zeitpunkt nicht absehbar.

Die Kosten des Betriebs von Sekretariat und Wettbewerbskommission beliefen sich insgesamt auf Fr. 4'494'307.--. Dieser Betrag wurde wie folgt verwendet:

	Voranschlag 1998	Provisorische Rechnung
Personalausgaben	4'631'200.--	4'233'427.--
Sachausgaben	290'100.--	260'880.--
Total Ausgaben	4'921'300.--	4'494'307.--
Einnahmen	10'000.--	323'624.--

Insgesamt wurden Fr. 323'624.-- an die allgemeine Bundeskasse abgeliefert. Davon entfielen Fr. 250'224.-- auf Gebühreneinnahmen (die Gebührenverordnung zum KG trat am 1. April 1998 in Kraft) und Fr. 73'400.- auf einkassierte Sanktionsgelder. Das Sekretariat geht davon aus, dass der positive Trend anhält und die Gebühreneinnahmen – in Abhängigkeit der Anzahl geführter Verfahren – noch leicht zulegen dürften. Der Eigendeckungsgrad auf der Basis der Staatsrechnung beträgt 7.2%.

Unter Leitung des Mitte Jahr ernannten Kommunikationsbeauftragten installierten der Leiter des Dienstes Ressourcen und Logistik und externe Spezialisten die Homepage der Wettbewerbskommission (www.wettbewerbskommission.ch). Das Internet soll neben den herkömmlichen Medienmitteilungen ein zentrales Instrument zur Information der Öffentlichkeit werden.

2.3 Zusammenarbeit mit Zivilgerichten

Die Zusammenarbeit mit Zivilgerichten basiert auf Art. 15 KG. Die Zivilgerichte müssen ein Gutachten der Wettbewerbskommission einholen, wenn in einem Zivilverfahren die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage steht. Die Beziehungen zwischen Zivilgerichten und Wettbewerbskommission wurden 1997 in Richtlinien festgelegt (RPW 1997, 593 ff.). Gemäss den Richtlinien hat das Gesuch um Erstellung eines Gutachtens eine bereinigte Sachverhaltsdarstellung und klar formulierte Fragen zu enthalten.

Im ersten zu erarbeitenden Gutachten hat sich gezeigt, dass der Sachverhalt unvollständig war. Es entspann sich ein Meinungsstreit darüber, wer die Sachverhaltsergänzungen vorzunehmen hat. Die Kommission hat am 12. Oktober 1998 entschieden, dass die Gutachten nach Art. 15 KG einzig aufgrund des vom Richter präsentierten Sachverhalts abgegeben werden und dass bei ungenügender Sachverhaltsdarstellung im Gutachten entsprechende Vorbehalte angebracht werden. Der Entscheid der Kommission wurde allen kantonalen Gerichten und dem Bundesgericht mitgeteilt.

2.4 Zusammenarbeit mit dem Preisüberwacher

Die Zusammenarbeit mit dem Preisüberwacher war (wie immer) ausgezeichnet. Der Preisüberwacher oder sein Stellvertreter nahmen regelmässig an den Kommissionssitzungen mit beratender Stimme teil. Zwischen dem Direktor und dem Stellvertreter des Preisüberwachers finden monatliche Koordinationen statt. In einzelnen Dossiers, wie etwa dem Gesundheitsbereich, tauschen die einzelnen Sachbearbeiterinnen und Sachbearbeiter des Sekretariats und des Preisüberwachers regelmässig Informationen aus.

3 Marktbezogene Tätigkeiten der Wettbewerbsbehörden

3.1 Produktemärkte

a) Unternehmenszusammenschlüsse

Kammer und Dienst Produktemärkte haben 13 vorläufige Prüfungen von Unternehmenszusammenschlüssen durchgeführt, unter anderen über international bedeutende Grossfusionen wie Compaq-Digital, Thomson-Alcatel, Daimler-Chrysler oder Krupp-Thyssen. Die genannten Beispiele betreffen angebots- und nachfrageseitig globale Märkte und die involvierten Unternehmen stossen auch in der Schweiz auf erhebliche nationale und internationale Konkurrenz. Deshalb waren eingehendere Prüfungen nicht notwendig. Auf nationale oder regionale Dimensionen beschränkt waren die Zusammenschlüsse Zschokke-Locher und Batigroup-Stamm im Bauhauptgewerbe. Auch in diesen Fällen ergaben sich keine Anhaltspunkte für das Entstehen marktbeherrschender Positionen.

Dies war jedoch der Fall beim Kauf der SEG Poulets AG durch die zur Coop-Gruppe gehörende Bell AG. Dieser Zusammenschluss musste einer Prüfung unterzogen werden und konnte nur nach der Erfüllung einer strengen Bedingung zugelassen werden. Die Schlachtung von Geflügel wurde zwar schon vor dem Kauf durch die vertikal integrierten Wertschöpfungsketten Migros und Coop dominiert, nicht zuletzt auch deshalb, weil der Import von Schlachtgeflügel einer staatlichen Quotenregelung unterliegt. Durch die Zulassung des Zusammenschlusses ohne Bedingungen hätte sich jedoch die Wahrscheinlichkeit einer kollektiv marktbeherrschenden Position von Migros und Coop noch verstärkt. Zudem bestand nach Auffassung der Wettbewerbskommission die Gefahr kollusiven Verhaltens dieser Grossverteiler. Aus diesem Grund musste die Bell AG die Favorit AG, welche rund 7% Marktanteil in der Geflügelschlachtung aufweist, verkaufen. Somit verbleibt den kleineren Marktteilnehmern eine valable Alternative, dank der sie ein Gegengewicht zu Migros und Coop aufrechterhalten können. Besonders interessant an diesem Fall ist, dass die protektionistische staatliche Regulierung (zum Schutz der Inlandproduzenten von Geflügel) wesentlich zur starken Marktposition der Grossverteiler beigetragen hat.

Beim Gemeinschaftsunternehmens «Merial» der Pharmafirmen Rhône Poulenc und Merck kam es während der vorläufigen Prüfung zu unerlaubten Vollzugshandlungen. Die Wettbewerbskommission erliess in der Folge eine Sanktionsverfügung. Gegen diese ist eine Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hängig.

b) Landwirtschaft

Die Tätigkeiten des Sekretariats und der Kommission im Bereich Landwirtschaft konzentrierten sich auf Stellungnahmen zu einer Vielzahl von Verordnungsnovellen zur Umsetzung des neuen Landwirt-

schaftsgesetzes (Agrarpolitik 2002). Die Wettbewerbskommission vertritt die Auffassung, dass die neue Gesetzesgrundlage in mehreren Bereichen weitergehende Liberalisierungen zugelassen hätte als nunmehr in den Vollzugsverordnungen vorgesehen. Leider stiessen die Anträge der Wettbewerbskommission im Entscheidprozess des Bundesrats auf geringe Akzeptanz. Besonders bedauerlich ist der Umstand, dass viele einheimische Produkte weiterhin durch wettbewerbsverzerrende Importquotenregelungen geschützt werden sollen. Die Gefahr entsprechender Regelungen liegt darin – wie sich im Fall des Zusammenschluss Bell-SEG gezeigt hat –, dass oftmals nicht in erster Linie die Bauern, sondern nachgelagerte Veredelungsstufen und Händler von diesem Schutz profitieren. Es ist zu vermuten, dass die durch die Bauern beklagten hohen Margen der Veredelungsbetriebe oder der Grossverteiler durch falsche Regulierungen mitverursacht werden. Das Sekretariat wird diese Problematik konzeptionell weiterbearbeiten.

c) Metall- und Maschinenindustrie

Im Sektor Metalle und Maschinen hat das Sekretariat die kartellgesetzliche Konformitätskontrolle von Vertriebsverträgen zwischen Automobil-Herstellern, Generalimporteuren und Händlern fortgesetzt. Diese Verträge werden bis auf Weiteres als wettbewerbsrechtlich unbedenklich betrachtet, sofern sie mit den «Rahmenbedingungen für die Gestaltung der Händlerverträge im Automobilhandel» der Kartellkommission aus dem Jahr 1996 oder mit der entsprechenden Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 1475/95 der EU übereinstimmen. In einigen Fällen hat das Sekretariat mit Erfolg zugunsten der Herstellung dieser Übereinstimmung interveniert. Citroën weigerte sich indes, seinen schweizerischen Vertragshändlern Querbezüge im gesamten europäischen Netz zuzugestehen (nur Querhandel zwischen Händlern in der Schweiz und Liechtenstein sind gemäss Citroën-Händlervertrag erlaubt). Aus diesem Grund eröffnete die Kommission eine Untersuchung gegen Citroën. Auch gegen die deutsche Volkswagengruppe läuft eine Untersuchung, die Anfang 1999 abgeschlossen werden kann. Der Volkswagen AG wird vorgeworfen, Direkt- und Parallelimporte von Autos aus Billigpreisländern in die Schweiz verhindert zu haben. Thema der Untersuchung ist die Frage, ob diese Verhinderung kartellrechtlich unzulässig ist.

Im Rahmen der Marktbeobachtung hat das Sekretariat die europäischen Automobilpreise einem Vergleich unterzogen. Es hat festgestellt, dass die Preisdifferenzen zwar tendenziell geringer werden, es aber immer noch Marken und Modelle gibt, die in unserem Land teurer angeboten werden als in den günstigsten Staaten. Relativ gross waren die Preisdifferenzen bei der Volkswagengruppe. Das Sekretariat setzt die Analyse der Preisdifferenzen fort und plant, die Ergebnisse publik zu machen.

d) Bauwirtschaft

Im Bereich der Bauwirtschaft (Bauhaupt- und -nebgewerbe) lag einer der Arbeitsschwerpunkt des Dienstes Produktemärkte. Anfang 1998 wurde eine Umfrage im Rahmen der Marktbeobachtung gestartet, was bei den Verbänden zunächst auf erhebliche Widerstände stiess. Aufgrund dieser Umfrage und einer grossen Zahl von Klagen eröffnete der Dienst Ende Jahr Vorabklärungen in den Bereichen Transportbeton, Strassenbeläge und Kalksandsteine. Eine Wettbewerbsverzerrung auf dem Markt für Planungs- und Kalkulationssoftware, welche durch Bedingungen zur Benützung von Normdaten der Zentralstelle für Baurationalisierung und Kalkulationsgrundlagen des Baumeisterverbandes verursacht wurde, konnte im Rahmen einer Vorabklärung beseitigt werden. Im kommenden Jahr wird sich das Sekretariat mit den wettbewerblichen Implikationen der Normierung im Baugewerbe selbst befassen. Von besonderer Bedeutung für das Baugewerbe dürfte schliesslich auch der Erlass einer Bekanntmachung der Wettbewerbskommission über die Zulässigkeit von Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen sein (vgl. f).

Die Wettbewerbskommission hat die Preisabreden von vier Verbände der Heizungsbranche im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG als unzulässig erklärt. Der Verband CLIMA SUISSE hat dagegen Beschwerde bei der Rekurskommission eingelegt.

e) Konsum- und Investitionsgüter

In diesem Bereich waren die Tätigkeiten geprägt durch die Umsetzung der Bekanntmachung über die Homologation von Sportgeräten und das Sponsoring von Sportverbänden durch Sportgerätehersteller. Bei Tennis, Tischtennis, Volleyball, Hornussen, Badminton und Fussball konnten kartellgesetzkonforme Verhältnisse geschaffen werden. Die Bekanntmachung hat sich als effizientes Arbeitsinstrument für das Sekretariat und für die interessierten Parteien erwiesen.

Ein weiterer Arbeitsschwerpunkt bildete die Untersuchung über Beschaffungsabreden im Detailhandel. Sie forderte aber bis heute keine kartellgesetzlich relevanten Tatbestände zu Tage. Die Untersuchung wird demnächst abgeschlossen und voraussichtlich durch ein Verfahren abgelöst, welches sich mit der Nachfragemacht der Grossverteiler in ausgewählten Konsumgütermärkten befassen wird.

Von grosser Bedeutung ist der Entscheid des Bundesrates in Sachen Sammelrevers und Wechselkursumrechnungstabellen bei Musikalien. Im Herbst 1997 hatte die Wettbewerbskommission die einschlägigen Abreden des Schweizerischen Verbands der Musikalienhändler und -verleger (SVMHV) als unzulässig erklärt (vgl. RPW 1997/3, S. 334). Der Bundesrat hat in der Folge eine ausnahmsweise Zulassung der Wettbewerbsbeschränkungen des SVMHV aus überwiegenden öffentlichen Interessen abgelehnt (Art. 8 KG; vgl. RPW 1998/3, S. 478). Kurz

darauf hat die Wettbewerbskommission eine Untersuchung des Büchermarktes in die Wege geleitet, auf dem ebenfalls über einen Sammelrevers gebundene Preise vorliegen. Vergleichbare Vorstöße, allerdings bezogen auf den länderüberschreitenden Handel mit Büchern, hat die EU unternommen.

f) Verschiedenes

Anfang 1998 hat die Wettbewerbskommission eine Bekanntmachung über die Zulässigkeit von Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen erlassen. Diese Bekanntmachung hat Gültigkeit über alle Branchen und ist deshalb allgemein gehalten. Sie dient dem Sekretariat und den interessierten Unternehmen und Verbänden als Richtschnur. Der Dienst Produktemärkte wird sich im kommenden Jahr auf die Umsetzung dieser Bekanntmachung konzentrieren.

In einer Vorabklärung über chirurgische Implantate (Schrauben, Platten und Applikationsgeräte für Orthopäden) hat sich eine noch wenig untersuchte Wettbewerbsproblematik gezeigt. Nämlich diejenige von Wettbewerbsverzerrungen, welche sich infolge des Sponsorings von Forschung und Ausbildung durch Anbieter von Medizinalgeräten auf den Märkten für diese Geräte ergeben können. Der Dienst Produktemärkte sucht geeignete Fälle, um diese Problematik untersuchen zu können.

3.2 Dienstleistungsmärkte

a) Gesundheitswesen

Das 1996 in Kraft getretene Krankenversicherungsgesetz (KVG) hat die Kräfteverhältnisse zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern (Ärzte, Krankenhäuser und Apotheker) verändert. Diese neue Regelung ist weiterhin Anlass für eine Reihe von Problemen, die vielfach in kartellgesetzliche Verfahren münden. 1998 hat sich die Wettbewerbsbehörde zweimal mit vorsorglichen Massnahmen befasst (SWICA und AMG). In der Vernehmlassung zum Entwurf des neuen Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte (RPW 1998/3, S. 436) hat sie sich für liberale Lösungen ausgesprochen. Beim Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Aus-, Weiter- und Fortbildung der medizinischen Berufe hat sie einige Änderungen vorgeschlagen zur Erhaltung des Prinzips der Nichtdiskriminierung und der wettbewerblichen Neutralität (RPW 1998/1, S. 109). Ausserdem hat die Wettbewerbsbehörde zum Problem des Versandhandels von Medikamenten Stellung genommen und diesen befürwortet (s.u. Mediservice und Empfehlung BGBM). Ausserdem wurden zwei wichtige Verfahren eröffnet, das eine zur Prüfung der privaten Margenregelung im Arzneimittelvertrieb, das andere zur Prüfung der Parallelimporte von Medikamenten und medizinischen Geräten. Im ersten Fall untersucht die Kommission die Zulässigkeit von Abreden über die Festsetzung des Publikumspreises sowie über die Margenberechnung

auf allen Stufen vom Hersteller über den Grossist und Verteiler zum Detailhändler. Im zweiten Fall werden die verschiedenen öffentlich-rechtlichen Beschränkungen beim Parallelimport von Medikamenten untersucht. Die Resultate dieser beiden Verfahren werden 1999 veröffentlicht.

Vorsorgliche Massnahmen SWICA/AGZ (RPW 1998/1, S. 32): SWICA hat 1997 ein neues Versicherungsmodell für die obligatorische Krankenversicherung lanciert, das nur Leistungserbringer mit relativ niedrigen Tarifen berücksichtigt (nach Spezialität und Patient). Daraufhin hat die Ärztesgesellschaft des Kantons Zürich (AGZ) verschiedene Boykottmassnahmen ergriffen, um sich dieser quantitativen Einschränkung der Leistungserbringer zu widersetzen. Insbesondere hat sie ihre Mitglieder dazu aufgerufen, sich von der Liste der zu konsultierenden Ärzte streichen zu lassen. Nachdem diese Boykottmassnahme die Wirksamkeit des neuen Produktes hätte ausschalten können, hat die Kommission der AGZ verboten, weitere Aufrufe an ihre Mitglieder zu richten, sich von der Ärzteliste streichen zu lassen. Die Kommission prüft zur Zeit im Rahmen einer Untersuchung, ob die von der AGZ unternommenen Massnahmen mit dem Kartellgesetz vereinbar sind.

Vorsorgliche Massnahmen AMG (RPW 1998/2, S. 206 und RPW 1998/4, S. 562): Die Ärztesgesellschaft des Kantons Genf (AMG) hat sich über Wettbewerbsverzerrungen von seiten des Universitätsspitals Genf (HUG) beklagt. Bei der Klage ging es um die zwischen dem Universitätsspital und den Krankenversicherern geschlossene Vereinbarung über die Herabsetzung der Kosten der stationären und ambulanten Behandlung (Übergang eines Taxpunktes von CHF 4.60 auf CHF 4.-). Die AMG war der Auffassung, dass eine solche Entschädigung nur dank der im KVG vorgesehenen Subventionen für Spitalbehandlungen möglich sei. Die Kommission hat keine vorsorgliche Massnahmen angeordnet. Die Wahrscheinlichkeit war nicht gegeben, dass unabhängige Ärzte einen unmittelbar drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil erleiden würden. Das Sekretariat hat gleichzeitig eine Vorabklärung eröffnet. Im Ergebnis konnte der Klage der AMG keine Folge gegeben werden, da sich die Subventionierung der Spitalpflege auf gesetzliche Regeln beruht, die die Anwendung des KG ausschliessen.

Empfehlung BGBM zum Arzneimittelversand (RPW 1998/4, S. 623): In Anwendung des im Binnenmarktgesetz (BGMB) enthaltenen Cassis-de-Dijon Prinzips empfiehlt die Kommission den Kantonen, die kantonalen Regeln für den Versandhandel von Arzneimitteln unter gewissen Bedingungen zu liberalisieren. Wirtschaftliche Tätigkeiten, die in einem Kanton zugelassen sind, können von anderen Kantonen in der Regel nicht beschränkt werden. Die Kommission hat die Kantone aufgefordert, auf das Verbot des Arzneimittelversandhandels zu verzichten oder dieses nicht anzuwenden, die von andern Kantonen

erteilten Bewilligungen anzuerkennen und Bewilligungen zu erteilen, sofern gewisse Bedingungen erfüllt sind.

b) Banken und Treuhand

In diesem Bereich hat sich die Arbeit auf die Prüfung von Zusammenschlussvorhaben konzentriert. Der Wettbewerbsbehörde konnte die Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung im Bereich Fusionskontrolle anwenden (s.u.). Weitere zur Zeit hängige Verfahren haben das Problem der Marktbeherrschung auf den Märkten für Kredit- und EC-Karten zum Gegenstand.

Unternehmenszusammenschluss STG - RPW (RPW 1998/2, S. 214): In der Prüfung des Unternehmenszusammenschlusses Revisuisse Price Waterhouse (RPW) und STG - Coopers & Lybrand (STG-C&L) konnte die Wettbewerbskommission zum ersten Mal zum Problem der kollektiven Marktbeherrschung Stellung nehmen. In diesem speziellen Fall hat sie jedoch die Idee verworfen, dass eine kollektiv marktbeherrschende Stellung geschaffen oder verstärkt werden könnte, weil die strukturellen Bedingungen sowie die Anreize zu Parallelverhalten nicht vorhanden waren. Die Bedeutung und die Stärke der Konkurrenten des neuen Unternehmens machten die Schaffung oder die Verstärkung einer beherrschenden Marktposition, die wirksamen Wettbewerb verunmöglicht hätte, unwahrscheinlich. Der Unternehmenszusammenschluss konnte ohne Bedingungen und Auflagen bewilligt werden.

Unternehmenszusammenschluss SBG - SBV (RPW 1998/2 S. 278): In der vertieften Prüfung hat sich gezeigt, dass durch diesen Zusammenschluss die Marktanteile der beteiligten Unternehmen beträchtlich erhöht würden (insbesondere auf dem Markt für Firmenkredite, die für KMU bestimmt sind) und im Endeffekt eine oligopolistische Struktur entstehen würde. Bei Firmenkrediten unter CHF 2 Mio ist die Kommission zum Schluss gekommen, dass durch die Fusion in gewissen Regionen eine marktbeherrschende Stellung entstehen könnte, die wirksamen Wettbewerb ausschliessen würde. Diese Einschätzung ist vor allem durch die neue Marktstellung der UBS begründet, die Kumulierung der Marktanteile einiger grosser Banken (UBS, CS, Kantonalbanken) sowie durch die starke Abhängigkeit der Kreditnehmer von den Bankinstituten. Die potentielle Konkurrenz (der mögliche Markteintritt eines neuen Konkurrenten) wurde mit Skepsis bewertet. Die Stellung der Geschäftspartner auf der Marktgegenseite wurde nicht als ausreichend stark beurteilt, um die Macht der künftigen UBS auf dem relevanten Markt eingrenzen zu können. Eine Zulassung des Zusammenschlusses ohne Bedingungen und Auflagen wurde daher ausgeschlossen. Die Frage, ob das Zusammenschlussvorhaben tatsächlich zu einer marktbeherrschenden Stellung führt, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen würde, konnte letztlich offen bleiben, weil sich die Parteien vor dem Verfahrensabschluss mit den Auflagen ein-

verstanden erklärt haben. Die Kommission hat die neue UBS bei Firmenkrediten unter CHF 2 Mio verpflichtet, die kommerziellen Kredite, die sich wegen der Fusion bis auf CHF 4 Mio kumulieren, bis Ende 2004 weiterzuführen. Im Moment überwacht die Kommission die Umsetzung der Auflagen, insbesondere die Veräusserung von 25 Bankstellen.

Unternehmenszusammenschluss GECC - Bank Prokredit (noch nicht veröffentlicht): Im Fall der Übernahme der Bank Prokredit durch die amerikanische Gesellschaft General Electric Capital Corp. (GECC) hat die Kommission, ausgehend vom Anteil des neuen Unternehmens von 50% am Markt für Konsumkredite, für eine vertiefte Prüfung ausgesprochen. Bei der Marktunterteilung hat die Kommission zwischen Konsumkredit-, Leasing- (insbesondere Auto-Leasing) und Kreditmarkt mit Garantie unterschieden. Wegen den Eintrittsschranken hat sie den Markteintritt von ausländischen, auf Konsumkredite spezialisierten Unternehmen für unwahrscheinlich erachtet. Sie hat das Zusammenschlussvorhaben trotzdem ohne Auflagen und Bedingungen zugelassen. Sie vertritt die Auffassung, dass die grossen Schweizer Banken über die nötige Infrastruktur und das Know-how verfügen, um nötigenfalls rasch in den Konsumkreditmarkt einsteigen (z.B. UBS) oder darin ihre jetzige Tätigkeit massiv ausweiten zu können (z.B. CS). Wegen der Finanzkraft der beiden Grossbanken war für die Kommission, trotz der hohen Marktanteile von GECC und Prokredit, die Wahrscheinlichkeit nicht gegeben, dass durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung entstehen würde, mittels derer wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könnte.

c) Freie Berufe und anderes

Im Bereich der freien Berufe hat sich die Wettbewerbsbehörde insbesondere mit der Tätigkeit von Anwälten, Ärzten, Immobilienreuhändlern und Übersetzern befasst. Am häufigsten sind staatliche und private Schranken bei den Tarifen und in der Werbung anzutreffen.

Die Wettbewerbsbehörde spricht sich dafür aus, die kantonalen Vorschriften über Tarife und die Einschränkung der Werbung schrittweise abzuschaffen. Kommission und Sekretariat haben sich verschiedentlich in Stellungnahmen zu Gesetzesentwürfen für die Liberalisierung der Anwaltstarife ausgesprochen (RPW 1997/4, S. 582, RPW 1998/1, S. 29 ff.).

Bei privaten Wettbewerbsbeschränkungen ist die Wettbewerbsbehörde in denjenigen Fällen eingeschritten, in denen wirksamer Wettbewerb erheblich beschränkt oder beseitigt wurde. Die Tarife der Waadtländer Ärztesgesellschaft sind aufgehoben worden. In Vorabklärungen sind die Tarife der Société vaudoise des régisseurs et courtiers en immeubles et en fonds de commerce und des Schweizerischen Verbandes der Immobilien-Treuhänder untersucht worden, wobei in

beiden Fällen die Vermutung, die Tarife würden den Wettbewerb beseitigen, widerlegt werden konnte. In beiden Fällen kam das Sekretariat zum Schluss, dass keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorlag (RPW 1998/2, S. 185 und 189). Ferner haben zwei Übersetzervereinigungen auf Intervention des Sekretariats hin ihren (verbindlichen) Minimaltarif aufgehoben (RPW 1998/2, S. 203).

Im Hotelgewerbe hat die Kommission der Firma Curti & Co AG eine Verwaltungssanktion auferlegt, weil sie einen Zusammenschluss ohne vorherige Meldung vollzogen hat (RPW 1998/2, S. 247; RPW 1998/4, S. 613).

3.3 Infrastrukturmärkte

a) Telekommunikation

Der schweizerische Telekommunikationsmarkt wurde am 1. Januar 1998 vollständig liberalisiert. Das KG ist somit auf alle wettbewerbsrelevanten Sachverhalte anwendbar, soweit ihm keine besonderen Bestimmungen des Fernmeldegesetzes (FMG) vorgehen. Die Übergangsphase vom Monopol zum liberalisierten Markt war geprägt von diversen Klagen gegen Swisscom, die alle auf informellem Weg erledigt werden konnten.

Verschiedene Unternehmenszusammenschlüsse im Telekommunikationsbereich waren zu beurteilen. Einerseits betrafen sie die sog. «Home Market Extension»-Strategie der Swisscom (Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in Österreich und Frankreich), andererseits den Vorstoss von Swisscom in neue Geschäftsbereiche (Gemeinschaftsunternehmen Swisskey (Sicherheitszertifizierung im Internet-Handel). Zudem konnte die im Oktober 1997 eröffnete Untersuchung gegen Swisscom in Sachen Centrex (kundenspezifische virtuelle Netze) mit einer einvernehmlichen Regelung abgeschlossen werden.

Die Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) und der Kommunikationskommission (ComCom) wurde in diversen Besprechungen weiter vertieft. Zudem wurde die Wettbewerbskommission zweimal zu einem Gutachten über die Frage der Marktbeherrschung in Zusammenhang mit Interkonkonnktionsverfahren vor der ComCom aufgerufen. Die Gutachten wurden fristgerecht innert vier Wochen nach Erhalt des Auftrages abgeliefert. Die relativ kurze Zeit für die Ausarbeitung des Gutachtens konnte voll für die materielle Beurteilung genutzt werden. Der Sachverhalt wurde gestützt auf den gemeinsam erarbeiteten Fragebogen vollständig vom BAKOM geliefert.

b) Post

Im Vergleich zu den Telekommunikationsmärkten werden die Märkte für Postdienstleistungen sehr vorsichtig geöffnet. Entsprechend sind Klagen privater Konkurrenten seltener. Nur einmal musste eine

Vorabklärung geführt werden, die zudem ohne Folgen abgeschlossen werden konnte. Zu klären war, ob die von der Post angewandte Homologationspraxis im Zusammenhang mit Frankiermaschinen den Marktzutritt neuer Anbieter auf missbräuchliche Weise erschwert.

Das im Rahmen von Marktöffnungen regelmässig zu beobachtende Phänomen, wonach (ehemalige) Monopolisten versuchen, erwartete Umsatzeinbussen im Kerngeschäft infolge des Markteintritts privater Konkurrenten dadurch zu kompensieren, dass sie frühzeitig auf benachbarten Wettbewerbsmärkten tätig werden, führt häufig zu Unternehmenszusammenschlüssen. Die Post war in zwei Fällen an Zusammenschlüssen beteiligt, die der Meldepflicht unterlagen. Der Erste betraf die Übernahme eines Unternehmens, das im Raum Bern die Frühzustellung von Zeitungen besorgt. Der Zweite bestand darin, dass die Post mit Bertelsmann im Rahmen eines Joint Ventures gemeinsam zwei Töchter kontrolliert, die in den Bereichen Adressaktualisierungen sowie Direct Marketing tätig sind. Beide Male erübrigte sich mangels wettbewerbsrechtlicher Bedenken die Durchführung einer Prüfung.

Dennoch ist es wichtig, auf solche Transaktionen auch in Zukunft ein Auge zu werfen, da sie dazu führen können, dass die (ehemalige) Monopolistin ihre starke Stellung in ihren Hauptmärkten auf missbräuchliche Weise auf Wettbewerbsmärkte überträgt.

c) Energie

Im Zentrum der Tätigkeit stand die Vernehmlassung zum Elektrizitätsmarktgesetz (EMG). Die Wettbewerbsbehörden sprachen sich insbesondere gegen eine Abgeltung von nicht amortisierbaren Investitionen (NAI) aus, weil der Verlust einer Monopolrente nicht zu einer Entschädigungspflicht des Gesetzgebers führen kann. Ebenso wurde angeregt, auf eine Förderung erneuerbarer Energien im «Elektrizitätsmarktgesetz» zu verzichten und diese in einem separaten Erlass zu regeln. Zudem ist die Einsetzung einer sektorspezifischen Regulierungsbehörde nicht notwendig, weil die Regulierungs- und Aufsichtsfunktion zwischen Bundesamt für Energie und Wettbewerbskommission aufgeteilt werden kann. Begrüsst wurde die Gründung einer nationalen Netzgesellschaft für den Betrieb des gesamtschweizerischen Übertragungsnetzes. Die strukturelle Trennung der Bereiche Erzeugung, Übertragung und Verteilung von Elektrizität stellt sicher, dass die Netzbetreiberin keine Anreize zu Quersubventionierungen aus dem Monopolbereich Stromübertragung in den Wettbewerbsbereich Stromerzeugung hat.

Im Zusammenhang mit kommunalen Energieversorgungen wurde die Frage aufgeworfen, inwieweit der Vorbehalt zugunsten öffentlichrechtlicher Vorschriften des Art. 3 Abs. 1 KG eine Wettbewerbsverzerrung zugunsten der gemeindeeigenen Versorgungsunternehmen zu begründen vermag. Die Frage wird 1999 zu klären sein.

d) Medien

Der Konzentrationsprozess im Mediensektor geht weiter. Erstmals musste die Wettbewerbsbehörde ihr Veto einlegen. Bei der Übernahme der Aktienmehrheit an der Schaer Thun AG (Thuner Tagblatt) durch die «Berner Tagblatt»-Medien AG (Berner Zeitung) kam die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass der wirksame Wettbewerb auf den Lesermärkten in Thun und Umgebung sowie im gesamten Berner Oberland möglicherweise beseitigt würde. Entsprechend wurde von den Parteien verlangt, das Zusammenschlussvorhaben strukturell zu ändern, ansonsten die Untersagung ausgesprochen werde. Die Parteien haben in der Folge die Meldung zurückgezogen. Die «Berner Tagblatt»-Medien AG erwarb nur eine Minderheitsbeteiligung an der Schaer Thun AG.

Im übrigen hat der Dienst Infrastruktur die Entwicklung im Bereich elektronischer Medien (Fernsehen, Radio, Internet, etc.) aufmerksam beobachtet. Es wird sich zeigen, ob der Wettbewerb zwischen den Unternehmen, die nationale Fernsehprogramme in Konkurrenz zur SRG anbieten, und der SRG unverfälscht spielen kann.

e) Verkehr

Die Bahnreform mit einer minimalen Liberalisierung tritt erst am 1. Januar 1999 in Kraft. Der Dienst Infrastruktur beschäftigte sich vornehmlich mit der Ausgestaltung der Ausführungsverordnungen zur Bahnreform. Es konnte in der Netzzugangsverordnung insbesondere erreicht werden, dass die über den Netzzugang wachende Schiedskommission die Wettbewerbskommission konsultieren wird, wenn Fragen des Kartellgesetzes (z.B. Marktbeherrschung) zu beurteilen sind. Damit konnte die Gefahr eines vom allgemeinen Wettbewerbsrecht divergierenden sektorspezifischen Regulierung minimiert werden.

f) Bereich New Public Management

Der Staat ist in verschiedenen Bereichen von Gesetzes wegen zur Erbringung von Dienstleistungen zugunsten der Öffentlichkeit verpflichtet. Diese Dienstleistungen – in der Regel stellen sie natürliche Monopole dar – sind grundsätzlich einer Wertschöpfung durch Unternehmen zugänglich, welche darauf basierende Produkte oder Dienstleistungen erbringen. Im Zuge der Einführung von New Public Management beschränkt sich der Staat (z.B. die Schweizerische Meteorologische Anstalt, SMA) nicht nur auf die Erbringung der Basisleistungen, sondern nimmt an der dem Wettbewerb ausgesetzten Wertschöpfung teil. Häufig besteht dann die Situation, dass der Staat als Erbringer der Basisleistungen auf den nachgelagerten Produktemärkten gewisse Wettbewerbsvorteile hat. Diese sind teilweise systemimmanent, teilweise verstossen sie gegen den in Art. 7 KG festgehaltenen Grundsatz der Nichtdiskriminierung.

Als Beispiel kann auf die vorsorglichen Massnahmen gegen die SMA verwiesen werden. Als Erbringerin der Basisdaten für die Wetterprognosen (und ähnliche Produkte) steht sie in den nachgelagerten kommerziellen Märkten in Konkurrenz mit privaten Unternehmen. Diesen wurden unterschiedliche Preise für die Basisdaten verrechnet. Weil die SMA im summarischen Verfahren der vorsorglichen Massnahmen keinen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung glaubhaft machen konnte, verpflichtete die Wettbewerbskommission sie zur vorläufigen Gleichbehandlung aller Wettbewerber, inklusive des eigenen kommerziellen Dienstes. Die gleichzeitig eröffnete Untersuchung wird zeigen, ob die Ungleichbehandlung definitiv mit dem KG unvereinbar ist.

3.4 Binnenmarktgesetz

Der Dienst «Allgemeine Wettbewerbsfragen und Koordination» hat zur Klärung von Vorschriften zum öffentlichen Beschaffungswesen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden beigetragen. Im Bereich der öffentlichen Märkte der Kantone hat der Dienst an den Revisionsarbeiten des interkantonalen Konkordats für das öffentliche Beschaffungswesen teilgenommen und eine Empfehlung der Kommission zur Revision dieses Konkordats ausgearbeitet. Der Dienst hat ausserdem eine Empfehlung der Kommission zum Gesetz über das Submissionswesen des Kantons Neuenburg erarbeitet. Er hat verschiedene Empfehlungen des Sekretariats zum Thema Gemeindeerlasse, in gewissen Fällen regionale Erlasse (Musterreglement für Submissionen des Vereins Region Bern), zum öffentlichen Beschaffungswesen vorbereitet und verschiedentlich zu konkreten Fragen der Anwendbarkeit des BGBM Stellung genommen.

Neben dem öffentlichen Beschaffungswesen hat die Kommission eine Empfehlung für das Wandergewerbe in der Schweiz erlassen. Sie hat ebenfalls ein Gutachten über die Vereinbarkeit des Interkantonalen Konkordats zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen mit dem BGBM publiziert.

3.5 Internationale Beziehungen

Der Dienst «Allgemeine Wettbewerbsfragen und Koordination» ist für die Kontakte mit ausländischen Wettbewerbsbehörden verantwortlich. Nachdem verschiedene Bestimmungen des KG sich an das europäische Wettbewerbsrecht anlehnen, werden die Entwicklungen auf diesem Gebiet in der EU und deren Mitgliedstaaten genau verfolgt. Der Dienst hat die Beziehungen mit den amerikanischen Antitrust-Behörden durch ein Praktikum eines seiner Mitarbeiter bei diesen Behörden weiter vertieft.

Der Dienst war an den Anlässen des «Comité de droit et de politique de la concurrence» (Wettbewerbsausschuss) der OECD vertreten und hat die Beiträge der Schweizer Delegation organisiert und ausgear-

beitet. Er hat auch an der Arbeitsgruppe «interaction du commerce et de la politique de la concurrence» der WTO teilgenommen. Ferner war der Dienst beauftragt, die Beiträge der Wettbewerbsbehörden für den Integrationsbericht 1999 des Bundesrates auszuarbeiten und hat Fragekataloge internationaler Organisationen wie OECD, IWF und UNCTAD zur Wettbewerbssituation in der Schweiz beantwortet.

4 Statistik der Tätigkeiten 1998

Untersuchungen	Enquêtes	Inchieste	
Übernahmen von 1997	Procédures reprises de 1997	Procedure riprese di 1997	7
Eröffnungen	Ouvertures	Aperture	7
Entscheide	Décisions	Decisioni	2
Vorsorgliche Massnahmen	Mesures provisionnelles	Misure cautelari	4
Einvernehmliche Regelungen	Accords amiables	Conciliazioni	1
Sanktionen	Sanctions	Sanzioni	0

Unternehmenszusammenschlüsse	Concentrations d'entreprises	Concentrazioni di imprese	
Meldungen	Notifications	Comunicazioni	26
Abschluss nach 1. Phase	Fin de la 1 ^{ère} phase	Fine della 1 ^a fase	22
Abschluss nach 2. Phase	Fin de la 2 ^{ème} phase	Fine della 2 ^a fase	4
Entscheid in der 2. Phase	Décision dans la 2 ^{ème} phase	Decisione durante la 2 ^a fase	2
Vorzeitiger Vollzug	Réalisation provisoire	Esecuzione anticipata	1
Sanktionen	Sanctions	Sanzioni	3

Vorabklärungen	Enquêtes préalables	Inchieste preliminari	
Übernahme von 1997	Cas repris de 1997	Casi ripresi di 1997	20
Eröffnungen	Ouvertures	Aperture	20
Abschlüsse	Conclusions	Conclusioni	23
- wovon Abschluss mit Untersuchungseröffnung	- dont conclusions avec ouverture d'enquête	- di cui conclusione con l'apertura di un'inchiesta	3

Diverses	Divers	Diversi	
Umstellbegleitungen	Adaptation au nouveau droit	Adeguamento al nuovo diritto	6
Nachkontrollen	Suivi des affaires	Verifiche	12
Feststellungsverfügungen	Décisions constatatoires	Decisioni di accertamento	1
Bekanntmachungen KG 6	Communications (art. 6 LCart)	Comunicazioni (art. 6 LCart)	2
Empfehlungen KG 45	Recommandations 45 Lcart	Raccomandazioni 45 Lcart	0
Stellungnahmen KG 46	Prises de position 46 Lcart	Preavvisi 46 Lcart	62
Stellungnahmen zu Konzessionsgesuchen RTVG	Prises de position sur les demandes de concession selon la LRTV	Preavvisi sulle domande di concessione secondo la LRTV	13
Gutachten KG 47	Avis 47 Lcart	Pareri 47 LCart	2
Gutachten KG 15	Avis 15 Lcart	Pareri 15 LCart	1
Gutachten FMG 11	Avis 11 LTC	Pareri 15 LTC	2
BGBM: - Empfehlungen (Weko)	LMI: - recommandations (Comco)	LMI: - raccomandazioni (Comco)	4
- Erläuterungen (Sekretariat)	- conseils (secrétariat)	- consigli (segreteria)	4
- Gutachten (Weko)	- avis (Comco)	- avvisi (Comco)	1

A 1	2. Rapport annuel 1998 - Commission de la concurrence
-----	--

1 Préambule du président de la Commission de la concurrence, professeur Roland von Büren

La composition de la Commission de la concurrence a subi d'importantes modifications en 1998: quatre membres (dont le président) ont démissionné et ont été remplacés. Par ailleurs, le secrétariat, fort de 45 collaboratrices et collaborateurs, a été doté de l'effectif prévu. Il a introduit des mesures permettant d'augmenter son efficacité. Ainsi, de bonnes conditions ont été mises en place pour garantir une application optimale de la Loi sur les cartels. Il appartient maintenant au secrétariat et à la Commission de la concurrence de donner aux dispositions légales leur pleine mesure.

La décision prise par le Conseil fédéral en septembre 1998 concernant le commerce de partitions de musique revêt une importance particu-

lière. En refusant d'autoriser le cartel des partitions de musique que la Commission de concurrence avait déclaré illicite, le Conseil fédéral a donné un signal clair et sans équivoque: une restriction illicite à la concurrence ne peut être autorisée par le Conseil fédéral que si elle concrétise des intérêts publics prépondérants qui ne peuvent pas être réalisés par d'autres moyens moins dommageables pour la concurrence. Cette décision ouvre des perspectives intéressantes pour l'avenir.

La charge de travail de la Commission et du secrétariat a de nouveau été fortement influencée par les très nombreuses opérations de concentration: 26 concentrations ont été notifiées dont quatre ont été soumises à un examen approfondi (alors que les prévisions du Message indiquaient une moyenne annuelle de 10 à 15 cas de concentrations soumises à notification compte tenu de la situation régnant au début des années 90). Afin de décharger la Commission, la compétence pour traiter les cas de concentration a été déléguée, en principe, aux Chambres. Une meilleure efficacité a aussi été atteinte au sein du secrétariat grâce à la standardisation du déroulement des procédures.

Les conditions ont ainsi été réunies pour que la Commission puisse se consacrer principalement à des enquêtes sur les accords illicites à la concurrence et les pratiques abusives d'entreprises en position dominante. Des enquêtes importantes sont actuellement en cours ou sur le point d'être achevées («Volkswagen», distribution de médicaments). Il vaut la peine de mentionner dans ce contexte la décision de la Commission de recours pour les questions de concurrence du 12 novembre 1998 concernant TélécomPTT (aujourd'hui Swisscom / auto-commutateurs d'utilisateurs). La Commission de recours a ainsi défini les principes formels applicables à une procédure administrative cartellaire. Leur respect assurera à l'avenir une meilleure sécurité juridique dont bénéficieront non seulement les entreprises, mais également la Commission de la concurrence.

Les restrictions étatiques à la concurrence ne sont pas moins graves que celles issues du secteur privé. D'importants domaines de l'économie suisse, comme l'agriculture ou l'énergie, sont toujours aussi fortement réglementés. Sur ces marchés, la Commission de la concurrence n'est pas compétente pour prendre de décisions, mais elle a d'une part la possibilité d'adresser aux autorités des recommandations visant à modifier les lois et les ordonnances qui sont susceptibles de fausser la concurrence. Elle peut d'autre part influencer les projets d'actes normatifs en intervenant dans le processus législatif lors des procédures de consultation ou directement auprès des autorités compétentes. Bien que ce chemin ne soit pas toujours facile, les interventions tenaces de la Commission ont été couronnées de succès à plusieurs reprises.

En matière de communication, la Commission de la concurrence a fait un important pas en avant. Suite à la nouvelle politique d'information adoptée au milieu de l'année, un poste de préposé à la communication (occupé par Patrik Ducrey) et un site internet (www.wettbewerbskommission.ch) ont été créés. Par cette nouvelle orientation, la Commission de la concurrence souhaite informer le public sur son activité, de façon régulière et approfondie, tout en respectant le droit de la personnalité et la protection des secrets d'affaires.

Je voudrais enfin remercier mes vice-présidents, les membres de la Commission, mais aussi les collaboratrices et collaborateurs du secrétariat. Sans leur engagement et leur initiative, il ne serait pas possible de réaliser l'immense travail de mise en œuvre que nécessite la nouvelle loi sur les cartels. Un remerciement particulier est adressé à mon prédécesseur, le professeur Pierre Tercier. Il avait assumé la présidence de l'ancienne Commission des cartels dès le 1er janvier 1989. Pendant la période de transition de l'ancien au nouveau droit, il a mené les autorités de la concurrence avec enthousiasme, élégance, doigté et assurance. Comme président de la nouvelle Commission de la concurrence, il a su mettre en œuvre rapidement la nouvelle loi. Nous lui adressons un tout grand merci pour son engagement sans faille.

2 Les autorités de la concurrence

2.1 La Commission de la concurrence

La Commission de la concurrence siège en règle générale chaque premier et troisième lundi du mois. En 1998, elle a tenu 16 séances plénières. La Commission est formée de trois Chambres qui siègent d'habitude le même jour que la Commission, avant les séances plénières.

Les trois Chambres «industrie et production», «services» et «infrastructures» possèdent des compétences décisionnelles propres en matière de concentrations d'entreprises et de préavis dans la procédure législative. Les décisions relatives aux accords illicites et aux abus de position dominantes, ainsi que les recommandations aux autorités politiques restent du ressort de la Commission jusqu'à ce qu'une jurisprudence ait été établie dans ces domaines.

A la fin juin 1998, le professeur Pierre Tercier s'est retiré de la présidence de la Commission de la concurrence. Il a présidé durant de nombreuses années la Commission des cartels, puis la Commission de la concurrence. Il mérite nos plus chaleureux remerciements pour tout le travail accompli au profit des autorités de la concurrence.

A partir du 1er juillet 1998, le professeur Roland von Büren, de l'Université de Berne, a pris la présidence de la Commission de la concurrence. Il dirige en même temps la Chambre «infrastructures». Le pro-

fesseur Walter Stoffel de l'Université de Fribourg est nouvellement entré à la Commission en qualité de vice-président. Il est à la tête de la Chambre «industrie et production». La Chambre «services» continue à être dirigée par le second vice-président, le professeur Roger Zäch de l'Université de Zurich.

A la fin juin 1998, d'autres membres de la Commission se sont retirés. Le professeur Richard Kühn de l'Université de Berne, Serge Gaillard de l'Union syndicale suisse et Daniel Lehmann de l'Union suisse des arts et métiers. Ils ont été remplacés par Martial Pasquier de l'Université de Berne, Margrit Meier de l'Union syndicale suisse et Pierre Triponez de l'Union suisse des arts et métiers.

Organigramme de la Commission de la concurrence au 31 décembre 1998:

Commission de la concurrence		
Présidence		
Roland von Büren, président Walter Stoffel et Roger Zäch, vice-présidents		
Chambre industrie et production	Chambre services	Chambre infrastructures
président Walter Stoffel	président Roger Zäch	président Roland von Büren
membres Heidi Bravo Baumann Yves Flückiger Martial Pasquier Pierre Triponez	membres Marino Baldi Pascale Erbeia Klaus Hug Peter Zweifel	membres Marco Borghi Peter Hutzli Jean-Chr. Lambelet Margrit Meier

2.2 Secrétariat de la Commission de la concurrence

L'effectif prévu du secrétariat de la Commission de la concurrence a été atteint fin juin 1998. Ceci a mis un terme à la première phase constitutive du nouveau secrétariat. Les différents services fonctionnent bien. Le nombre de procédures traitées a sensiblement pu être augmenté (cf. statistique sous chiffre 4). Suite à la phase constitutive, la phase de consolidation a été initiée dans le but d'examiner les procédures existantes et, au besoin, de les optimiser en utilisant mieux

les ressources existantes. Il faut avant tout améliorer l'outil de triage afin d'utiliser moins de temps à distinguer les cas importants de ceux qui ne le sont pas.

Le traitement des notifications de concentrations d'entreprises est apparu comme un des problèmes aigus. Même si des enquêtes approfondies n'ont été ouvertes que dans un nombre limité de cas, certains services ont été confrontés, épisodiquement, à des situations de surcharge. C'est le cas surtout du service «services», qui, contraint de mener parallèlement les enquêtes «UBS», «Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand», ainsi que «GECC/Banque Procrédit», a dû temporairement ajourner les dossiers relatifs aux accords en matière de concurrence et aux entreprises en position dominante. La formation de groupes de travail («Task Forces») pour l'examen de concentrations a apporté un certain soulagement et a permis en même temps d'acquérir une expérience précieuse en matière de traitement de cas complexes.

Le service «questions générales de concurrence et coordination» (service «C») remplit une fonction importante de coordination des activités des trois services engagés sur les marchés. Il examine la conformité légale et jurisprudentielle de tous les documents qui lient le secrétariat ou la Commission. Ce contrôle s'effectue par des «notes de coordination». En 1998, environ 200 de ces notes ont été établies. Ce service est également responsable pour l'élaboration de questions économiques et juridiques de principe. Dans ce contexte, il a notamment élaboré des lignes directrices pour l'analyse du marché, à savoir la délimitation du marché pertinent, l'évaluation de la concurrence actuelle et potentielle, ainsi que la position des partenaires commerciaux sur le marché. Enfin, le service «C» est responsable de la formation (continue) du personnel scientifique.

Le service «C» a élaboré une ordonnance sur la perception d'émoluments dans la loi sur les cartels (RS 251.2), entrée en vigueur le 1er avril 1998 (DPC 1998/1, p. 150). Il a aussi développé un formulaire de notification des opérations de concentrations d'entreprises (art. 13 al. 2 OCC). Après une procédure de consultation, notamment auprès de l'Association suisse des avocats, ce formulaire a été approuvé le 7 septembre 1998 par la Commission de la concurrence (cf. DPC 1998/3, p. 507 ss). Le formulaire est accessible sur le site Internet de la Commission (www.wettbewerbskommission.ch).

Fin 1998, le secrétariat occupait 45 collaboratrices et collaborateurs dont 37 collaborateurs(trices) scientifiques. Le nombre d'économistes et de juristes est équivalent. Une augmentation du personnel n'est actuellement pas prévue.

Les frais de gestion du secrétariat et de la Commission de la concurrence se sont élevés à 4'494'307.- francs. Ce montant a été utilisé comme suit:

	Budget 1998	Compte 1998
Dépenses de personnel	4'631'200.--	4'233'427.--
Dépenses de matériel	290'100.--	260'880.--
Total dépenses	4'921'300.--	4'494'307.--
Revenus	10'000.--	323'624.--

Au total, CHF 323'624.- ont été remis à la Caisse fédérale. 250'224.- francs proviennent des émoluments encaissés (ordonnance sur les émoluments dans la LCart) et 73'400.- francs des sanctions infligées. Le secrétariat estime que cette tendance se poursuivra et que les revenus des émoluments – dépendant du nombre de procédures menées – augmenteront encore légèrement. Le degré d'autofinancement sur la base du compte de l'Etat se monte à 7.2%.

Sous la direction du préposé à la communication et avec l'aide de spécialistes extérieurs, le responsable du service «Ressources et logistique» a créé le site Internet de la Commission de la concurrence. (www.wettbewerbskommission.ch). A côté des habituels communiqués de presse, Internet devrait devenir un instrument crucial pour informer le public.

2.3 Collaboration avec les tribunaux civils

La collaboration avec les tribunaux civils se fonde sur l'article 15 LCart. Lorsque la licéité d'une restriction de la concurrence est mise en cause au cours d'une procédure civile, les juges civils doivent transmettre le dossier à la Commission pour avis. Les relations entre les tribunaux civils et la Commission de la concurrence ont fait l'objet de directives (DPC 1997/4, p. 598 ss). S'agissant du contenu de la demande présentée par le juge, les directives prévoient que la demande doit au moins contenir un état de fait épuré et des questions précises.

Lors de la première demande d'avis, il s'est avéré que l'état de faits présenté par le juge était incomplet. S'est alors posée la question de savoir qui devait le compléter. La Commission a décidé, lors de sa séance du 12 octobre 1998, que l'avis de la Commission selon l'article 15 LCart se basait sur l'état de faits présenté par le juge civil et qu'en cas d'insuffisance, la Commission émettrait des réserves. La décision a été communiquée à tous les tribunaux cantonaux et au Tribunal fédéral.

2.4 Collaboration avec le Surveillant des prix

La collaboration a été, comme d'habitude, excellente. Le Surveillant des prix, ou son remplaçant, ont régulièrement pris part aux séances de la Commission avec voie consultative. Des séances de coordination

ont eu lieu tous les mois entre le Directeur du secrétariat et le remplaçant du Surveillant des prix. Dans certains dossiers, notamment en matière de santé, les collaborateurs et collaboratrices du secrétariat et de la Surveillance des prix ont régulièrement échangé des informations.

3 Activités des autorités de la concurrence

3.1 Industrie et production

a) Concentrations d'entreprises

La Chambre et le service «industrie et production» ont mené 13 examens préalables de concentrations d'entreprises, parmi lesquels figurent quelques fusions de portée internationale comme Compaq-Digital, Thomson-Alcatel, Daimler-Chrysler ou Krupp-Thyssen. Les exemples cités ont affecté des marchés globaux, autant du côté de l'offre que de la demande, et les entreprises concernées faisaient face, en Suisse aussi, à une importante concurrence nationale et internationale. C'est pourquoi des examens approfondis ne se sont pas avérés nécessaires. Dans le domaine de la construction, les cas de Zschokke-Locher et Batigroup-Stamm revêtaient des dimensions nationales et régionales. Dans ces cas, les examens préalables n'ont pas non plus conclu à des indices de présence de positions dominantes.

Par contre, le rachat de SEG Poulets SA par la filiale du Groupe Coop Bell SA a dû faire l'objet d'un examen approfondi. Cette opération de concentration n'a finalement pu être autorisée qu'à une seule condition: la vente de Favorit SA par Bell SA (Coop). En effet, comme l'abattage de volaille était déjà dominé par Migros et Coop, l'opération de concentration aurait probablement renforcé une dominance collective du marché par Coop et Migros. Cette situation était en partie due à la forte réglementation étatique (quotas) à laquelle est soumise l'importation de la volaille. Par ailleurs, la Commission de la concurrence a aussi estimé que l'opération de concentration s'accompagnait d'un danger de collusion entre ces deux grands distributeurs. Bell SA a donc été contrainte de vendre Favorit SA qui détenait environ 7% de parts de marché dans l'abattage de volaille. Une alternative valable a été offerte aux acteurs de plus petite taille, leur permettant d'exercer un contrepoids face à Migros et Coop. Ce cas montre que la réglementation étatique protectionniste (visant à protéger les producteurs de volaille indigènes) a contribué de manière importante aux fortes positions des grands distributeurs sur le marché.

S'agissant de la création de l'entreprise commune «Merial», les entreprises pharmaceutiques Rhône Poulenc et Merck ont réalisé l'opération pendant l'examen préalable. La Commission de la concurrence a alors prononcé une sanction parce que l'opération avait été réalisée pendant le délai d'interdiction provisoire de l'article 32 alinéa 2 LCart (DPC 1998/1, p. 98). Un recours contre cette décision est encore pen-

dant devant la Commission de recours pour les questions de concurrence.

b) Agriculture

Dans le domaine de l'agriculture, le secrétariat et la Commission ont surtout pris position sur une série d'ordonnances liées à l'application de la nouvelle loi sur l'agriculture (Politique Agricole 2002). La Commission de la concurrence est d'avis que la nouvelle base légale ouvre la voie, dans plusieurs domaines, à une libéralisation plus large que celle prévue par les ordonnances d'application. Malheureusement, les propositions de la Commission de la concurrence n'ont eu qu'un faible écho auprès du Conseil fédéral lors du processus de décision. Il est particulièrement regrettable de constater que de nombreux produits domestiques seront encore protégés par des réglementations limitant l'importation (quotas). Comme l'a d'ailleurs montré le cas Bell-SEG, le danger de telles réglementations réside dans le fait que ce protectionnisme profite, la plupart du temps, surtout aux entreprises de mise en valeur et aux distributeurs, et non aux paysans. On peut supposer que les marges élevées de ces entreprises, dont se plaignent les paysans, sont également dues à de «fausses» réglementations. Le secrétariat examinera cette problématique d'un point de vue conceptionnel.

c) Industrie métallurgique et des machines

Dans le secteur métallurgique et des machines, le secrétariat a surtout contrôlé la conformité à la loi sur les cartels des contrats de distribution dans la branche automobile (producteurs, importateurs généraux et concessionnaires). Ces contrats ne soulèvent aucune objection du point de vue de la loi sur les cartels, pour autant qu'ils soient conformes soit aux «conditions-cadres» que la Commission des cartels avait émises en 1996, soit au règlement d'exemption par catégorie 1475/95 de l'Union européenne (UE). A plusieurs reprises, le secrétariat est intervenu avec succès en faveur d'une adaptation des contrats. Deux cas ont nécessité une intervention plus stricte des autorités de la concurrence. La Commission a ouvert une enquête contre Citroën, car ce fabricant refusait d'autoriser ses concessionnaires suisses de s'approvisionner sur tout le réseau européen (l'approvisionnement entre concessionnaires n'étant autorisé, selon les contrats de concession Citroën, qu'à l'intérieur de la Suisse et du Liechtenstein). La Commission a aussi ouvert une enquête contre le groupe allemand Volkswagen, auquel il est reproché d'entraver les importations directes et parallèles de voitures en Suisse. L'objet de cette enquête, qui pourrait être terminée au début de 1999, est de vérifier la licéité de cette entrave au regard de la loi sur les cartels.

Dans le cadre de l'observation du marché, le secrétariat a effectué une comparaison des prix des automobiles en Europe. Cette étude a montré que les différences de prix entre pays ont tendance à dimi-

nuer, même s'il existe encore des marques et des modèles qui sont plus chers en Suisse que dans certains pays européens. Les différences de prix des voitures du groupe Volkswagen y sont relativement importantes. Le secrétariat poursuit son analyse à ce sujet. Il prévoit d'en publier les résultats.

d) Construction

Le domaine de la construction, en tant qu'industrie principale ou secondaire, a été l'un des points forts du travail du service «industrie et production». Une étude a été entreprise au début de l'année. Elle s'est heurtée à de fortes résistances auprès des associations de la branche. Se fondant sur cette étude et suite à de nombreuses plaintes, le service a ouvert, à la fin de l'année, des enquêtes préalables dans les domaines du béton prêt à l'emploi, de l'asphaltage de chaussées et du grès calcaire. Par ailleurs, une enquête préalable a mis fin à une distorsion de la concurrence sur le marché du software pour la planification et la calculation des coûts. La restriction de concurrence était due d'une part aux conditions d'utilisation des normes émises par le Centre suisse d'études pour la rationalisation de la construction et d'autre part aux bases de calcul de la Société suisse des Entrepreneurs. Enfin, relevons que la publication de la communication fixant les conditions d'admissibilité des accords sur l'utilisation de schémas de calcul (DPC 1998/2, p. 354, voir sous f) a eu une importance particulière pour l'industrie de la construction. L'année prochaine, le secrétariat analysera les effets sur la concurrence de la normalisation du secteur de la construction.

La Commission de la concurrence a déclaré illicites au sens de l'article 5 alinéa 3 LCart les accords sur les prix conclus par quatre associations de la branche des installations de chauffage. L'association CLIMA SUISSE a déposé un recours contre cette décision auprès de la Commission de recours.

e) Biens de consommation et d'investissement

Dans ce domaine, les activités du service ont été marquées par la mise en application de la communication sur l'homologation des articles de sport et le sponsoring des associations sportives par les fabricants d'articles de sport (DPC 1998/1, p. 158). Des résultats conformes à la loi sur les cartels ont pu être atteints dans le tennis, le tennis de table, le volley-ball, le hornuss, le badminton et le football. La communication s'est avérée être un instrument de travail efficace pour le secrétariat et les parties intéressées.

L'enquête sur les contrats d'approvisionnement dans le commerce de détail n'a constaté à ce jour aucune violation de la LCart. Elle sera close prochainement. Elle donnera probablement lieu à une procédure concernant la puissance d'achat des gros distributeurs sur le marché de certains biens de consommation.

La décision du Conseil fédéral dans le domaine des partitions de musique est très importante. En automne 1997, la Commission de la concurrence avait déclaré illicites les lettres de garantie collective et les tables de conversion de l'Association suisse des marchands et éditeurs de musique (ASMEM, DPC 1997/3, p. 334). Cette association avait alors demandé au Conseil fédéral d'autoriser exceptionnellement leurs accords. Celui-ci a refusé d'accorder une telle autorisation à l'ASMEM car les accords n'étaient pas nécessaires à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants (art. 8 LCart, cf. DPC 1998/3, p. 478). Peu après, la Commission de la concurrence a ouvert une enquête portant sur le marché des livres, marqué lui aussi par des accords collectifs de prix imposés. L'UE a d'ailleurs également engagé des interventions semblables sur le marché du commerce transfrontalier de livres.

f) Divers

Au début de 1998, la Commission de la concurrence a émis une communication fixant les conditions d'admissibilité des accords sur l'utilisation de schémas de calcul (DPC 1998/2, p. 354). Cette communication vaut pour toutes les branches et revêt de ce fait un caractère général. Elle sert d'instrument d'orientation pour le secrétariat, les entreprises et les associations professionnelles. Le service «industrie et production» se concentrera l'année prochaine sur la mise en application de cette communication.

Par ailleurs, une enquête préalable menée dans le domaine des implants chirurgicaux (vis, plaques et instruments d'application pour les orthopédistes) a mis le doigt sur un problème de concurrence encore peu exploré. Il s'agit des distorsions de la concurrence provoquées par le sponsoring que les fabricants d'instruments chirurgicaux accordent en matière de recherche et de formation. Le service «industrie et production» recherche des cas appropriés afin d'étudier de plus près cette problématique.

3.2 Marchés des services

a) Politique de la santé

L'entrée en vigueur, en 1996, de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) a modifié les rapports de force entre caisses-maladie et fournisseurs de prestations (médecins, hôpitaux et pharmaciens). Cette nouvelle réglementation continue à poser toute une série de problèmes qui débouchent sur bon nombre de procédures cartellaires. En 1998, les autorités de la concurrence se sont penchées à deux reprises sur des requêtes de mesures provisionnelles (cf. infra, SWICA et AMG). Les mêmes autorités ont opté pour des solutions libérales lors de la procédure de consultation de la nouvelle législation fédérale sur les agents thérapeutiques (DPC 1998/3, p. 436) et ont proposé certaines modifications de l'avant-projet de loi fédérale sur les profes-

sions médicales, afin que soient respectés les principes de non-discrimination et de neutralité concurrentielle (DPC 1998/1, p. 109). Elles ont aussi pris position sur le problème de l'envoi de médicaments par correspondance et ont émis à ce sujet un avis positif (cf. infra, Mediservice et recommandation LMI). En outre, deux importantes procédures ont été ouvertes pour examiner la réglementation privée des marges dans le domaine des médicaments et les limitations à l'importation parallèle de médicaments et de dispositifs médicaux. Dans le premier cas, la Commission y analyse la licéité des accords relatifs à la détermination du prix public, de même que le calcul des marges à tous les échelons de la fabrication aux détaillants en passant par les grossistes et les distributeurs. Dans le second cas, elle procède à une étude des différentes entraves de droit public à l'importation parallèle de médicaments et de dispositifs médicaux. Les résultats de ces deux procédures seront publiés en 1999.

Mesures provisionnelles SWICA/AGZ (DPC 1998/1, p. 32): En 1997, SWICA a lancé un nouveau modèle d'assurance-maladie obligatoire qui ne prend en considération que les fournisseurs de prestations dont les coûts (par spécialité et par patient) sont relativement bas. L'Association zurichoise des médecins (AGZ) a alors entamé différentes actions pour s'opposer à cette limitation quantitative des fournisseurs de prestations. Elle a notamment encouragé ses membres à se faire biffer de la liste des médecins qui pouvaient être consultés. Comme cette mesure aurait pu court-circuiter l'efficacité de ce nouveau produit, la Commission a interdit à l'AGZ de procéder à d'autres appels à radiation. Actuellement, la Commission examine dans le cadre d'une enquête si les mesures prises par l'AGZ sont compatibles avec les dispositions de la LCart.

Mesures provisionnelles AMG (DPC 1998/2, p. 206 et DPC 1998/4, p.562): L'Association des médecins du canton de Genève (AMG) s'est plainte de distorsions de la concurrence provenant des hôpitaux universitaires genevois (HUG). L'objet de la plainte portait sur la convention conclue entre les HUG et les assureurs-maladie diminuant la rémunération des traitements et des examens ambulatoires (valeur du point passant de frs. 4.60 à frs. 4.-). L'AMG estimait qu'une telle rémunération n'était possible que grâce aux subventions prévues par la LAMal pour les traitements hospitaliers. La Commission n'a pas pris de mesures provisionnelles. Elle a estimé qu'il était peu vraisemblable que les médecins indépendants subissent un dommage difficilement réparable qu'il serait urgent de prévenir. Parallèlement, le secrétariat a ouvert une enquête préalable. Les conclusions auxquelles il est parvenu ne permettent pas de donner suite à la plainte de l'AMG dans la mesure où le subventionnement des soins hospitaliers est régi par des prescriptions légales réservant l'application de la LCart.

Recommandation LMI relative à l'envoi de médicaments par correspondance (DPC 1998/4, p. 623): Se fondant sur le principe dit Cassis-de-Dijon contenu dans la loi sur le marché intérieur (LMI), la Commission a recommandé aux cantons de libéraliser sous certaines conditions les réglementations cantonales sur la vente de médicaments par correspondance. En effet, les cantons ne peuvent pas, en règle générale, interdire ce que d'autres considèrent comme licite. La Commission a demandé aux cantons de renoncer ou de ne pas appliquer l'interdiction de l'envoi de médicaments par correspondance, de reconnaître les autorisations accordées par les autres cantons et de délivrer des autorisations lorsque certaines conditions sont remplies.

b) Banques et fiduciaires

Dans ce domaine, le travail s'est surtout focalisé sur l'analyse d'opérations de concentration. Il a permis aux autorités de la concurrence de fonder la théorie de la dominance collective en matière de contrôle des concentrations d'entreprises (cf. infra). D'autres procédures sont actuellement en cours. Elles portent sur le comportement d'entreprises en position dominante sur le marché des cartes de crédit.

Concentration d'entreprises STG - RPW (DPC 1998/2, p. 214): L'opération de concentration impliquant Revisuisse Price Waterhouse (RPW) et STG - Coopers & Lybrand (STG-C&L) a permis à la Commission de la concurrence de s'exprimer pour la première fois sur le problème de la dominance collective. Dans le cas d'espèce, la Commission a toutefois rejeté l'idée qu'une position dominante collective puisse être créée ou renforcée, car les conditions structurelles et l'incitation au comportement parallèle faisaient défaut. En effet, l'importance et la force des concurrents de la nouvelle entité rendaient improbable la création ou le renforcement d'une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace. De ce fait, l'opération de concentration a pu être autorisée sans condition ni charge.

Concentration d'entreprises UBS-SBS (DPC 1998/2 p. 278): Lors de son examen approfondi, la Commission a démontré que la concentration en question augmenterait considérablement les parts de marché des entreprises participantes (surtout sur le marché des crédits commerciaux destinés aux PME) et pourrait conduire en fin de compte à une structure oligopolistique. S'agissant de crédits commerciaux inférieurs à deux millions de francs, la Commission est parvenue à la conclusion que la fusion était susceptible de créer dans certaines régions une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace. Son appréciation s'est fondé avant tout sur la position de la nouvelle UBS sur le marché, le cumul des parts de marché des quelques grandes banques (UBS, CS, banques cantonales) et l'importante dépendance des emprunteurs face aux établissements bancaires. La concurrence potentielle (possibilité pour un nouveau concurrent d'entrer sur le marché) a été appréciée avec scepticisme. La position

occupée par les partenaires de l'échange n'était pas suffisamment forte pour limiter la puissance de la future UBS sur le marché déterminant. Une autorisation de fusionner, exempte de charges ou de conditions, a dès lors été écartée. La question de savoir si l'opération de concentration conduisait effectivement à une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace est restée ouverte, car les parties ont accepté les charges avant la fin de la procédure. Notons qu'en matière de crédits commerciaux inférieurs à deux millions, la Commission a imposé à la nouvelle UBS de maintenir jusqu'à la fin 2004 les crédits commerciaux qui se cumulent en raison de la concentration jusqu'à concurrence de quatre millions. A l'heure actuelle, la Commission de la concurrence veille à la mise en place des charges, surtout celle qui impose à l'UBS de céder 25 points bancaires.

Concentration d'entreprises GECC-Banque Procrédit (pas encore publié): Dans le cas de la reprise de la Banque Procrédit par la société américaine General Electric Capital Corp. (GECC), la Commission s'est fondée sur la part de marché de la nouvelle entité (50% du marché des crédits à la consommation) pour procéder à un examen approfondi. S'agissant de la délimitation du marché des produits, la Commission a distingué entre les marchés du crédit à la consommation, du leasing (en particulier du leasing automobile) et du crédit avec garantie. En raison des barrières à l'entrée, elle a considéré comme improbable l'entrée d'établissements étrangers spécialisés dans le financement de biens de consommation. La Commission a tout de même autorisé l'opération de concentration sans charge ni condition, car elle était d'avis que les grandes banques suisses disposaient de l'infrastructure et du savoir-faire nécessaires pour entrer rapidement, si nécessaire, sur le marché du crédit à la consommation (p.ex. UBS) ou pour y développer massivement leurs activités actuelles (p.ex. CS). En raison de la puissance financière de ces deux grandes banques, la Commission a jugé qu'il était peu probable que l'opération de concentration crée une position dominante, malgré les parts de marché importantes de GECC et de Procrédit.

c) Professions libérales et autres

Les activités déployées notamment par les avocats, les médecins, les courtiers en immeubles et les traducteurs ont figuré au nombre des professions libérales examinées par les autorités de la concurrence. Les limitations étatiques et privées les plus fréquemment rencontrées concernent les tarifs et la publicité.

S'agissant des prescriptions cantonales imposant encore des tarifs et limitant la publicité, les autorités de la concurrence estiment qu'elles doivent progressivement être supprimées. La Commission et le secrétariat se sont prononcés à plusieurs reprises sur des projets de lois de façon à libéraliser les tarifs des avocats (DPC 1997/4, p. 582, DPC 1998/1, p. 29 ss.).

Quant aux restrictions privées à la concurrence en matière d'honoraires et de publicité, les autorités de la concurrence sont intervenues dans la mesure où la limitation de ces paramètres concurrentiels affectait notablement la concurrence ou supprimait la concurrence efficace. Les tarifs de la Société vaudoise de médecine ont été supprimés. Les tarifs de la Société vaudoise des régisseurs et courtiers en immeubles et en fonds de commerce et du Schweizerischer Verband der Immobilien-Treuhänder ont fait l'objet d'enquêtes préalables dont les résultats ont permis de renverser la présomption d'illicéité attachée à ces tarifs. Dans les deux cas, le secrétariat a estimé que la limitation de la concurrence n'affectait pas notablement la concurrence (DPC 1998/2, p. 185 et 189). Enfin, deux associations de traducteurs et interprètes ont adapté leur tarif minimum aux dispositions de la LCart suite à l'intervention du secrétariat (DPC 1998/2, p. 203).

Dans le domaine de l'hôtellerie, la Commission a imposé à l'entreprise Curti & Co AG des sanctions administratives pour avoir réalisé une concentration sans procéder à la notification dont elle aurait dû faire l'objet (DPC 1998/2, p. 247; DPC 1998/4, p. 613).

3.3 Marchés des infrastructures

a) Télécommunications

Le marché suisse des télécommunications a été entièrement libéralisé le 1er janvier 1998. La LCart est ainsi applicable à tous les aspects de concurrence qui s'y manifestent, pour autant qu'ils ne relèvent pas de dispositions particulières de la loi sur les télécommunications (LTC). La phase transitoire entre la situation de monopole et le marché libéralisé a été à l'origine de diverses plaintes contre Swisscom; celles-ci ont toutes pu être liquidées de façon informelle.

Diverses fusions d'entreprises dans le domaine des télécommunications ont été évaluées. Elles concernaient d'une part la stratégie d'expansion de Swisscom («Home market extension» par la création d'entreprises communes en Autriche et en France) et d'autre part, l'engagement de Swisscom dans de nouveaux domaines d'activité (entreprise commune Swisskey spécialisée dans la certification de sécurités pour le commerce sur Internet). En outre, l'enquête ouverte en octobre 1997 contre Swisscom dans l'affaire Centrex (réseaux virtuels adaptés aux désirs des clients) a pu être liquidée sous forme d'accord amiable.

La collaboration avec l'Office fédéral de la communication (OFCOM) et avec la Commission fédérale de la communication (ComCom) a été poursuivie et approfondie. En outre, la ComCom a, à deux reprises, prié la Commission de la concurrence d'établir un avis relatif à la question de la domination du marché, en relation avec des procédures d'interconnexions. Les avis ont été établis dans le délai de quatre semaines à partir de la réception du mandat. Ce délai relativement

court pour l'établissement de l'avis a été pleinement utilisé pour l'appréciation matérielle. L'état des faits complet a été remis par l'OFCOM sur la base d'un questionnaire établi en commun.

b) La Poste

A la différence des marchés des télécommunications, ceux des prestations postales n'ont été que très parcimonieusement ouverts. C'est pourquoi, les récriminations émanant de concurrents privés ont été plus rares. La seule enquête préalable ouverte a dû être classée sans suite. Il s'agissait d'établir si la politique d'homologation de La Poste en matière de machines à affranchir le courrier pénalisait abusivement l'accès à ce marché pour de nouveaux offreurs.

Dans le contexte de l'ouverture de marchés, on observe régulièrement le phénomène suivant: les (anciens) monopolistes essaient sans tarder de compenser le recul prévisible de leur chiffre d'affaires dans l'activité principale, suite à l'arrivée de nouveaux concurrents privés, par une extension de leur activité sur des marchés voisins, ce qui conduit souvent à des concentrations d'entreprises. La Poste a été partie à deux cas de fusions donnant lieu à notification. Le premier concernait la reprise d'une entreprise spécialisée dans la distribution matinale des journaux dans la région de Berne. Le second portait sur le contrôle conjoint de deux filiales dans le cadre d'un accord de «joint ventures» entre La Poste et Bertelsmann; ces filiales sont actives dans les domaines de registres d'adresses et du marketing direct. Dans les deux cas, aucune procédure d'examen n'a été ouverte en raison de l'absence d'objections relevant du droit de la concurrence.

Il importe toutefois de continuer d'observer attentivement de telles transactions du fait que les (anciens) monopolistes peuvent utiliser leur forte position sur leur marché de base pour intervenir abusivement sur les marchés soumis à la concurrence.

c) Energie

La consultation relative à la loi sur le marché de l'électricité a été au centre de l'activité en cette matière. Les autorités de la concurrence se sont en particulier prononcées contre une indemnisation des investissements non amortissables pour le motif que la perte d'une rente de monopole ne peut pas conduire à un devoir d'indemnisation de la part du législateur. De même, il a été suggéré de renoncer à inclure le soutien aux énergies renouvelables dans la loi sur le marché de l'électricité; un tel soutien devrait figurer dans un texte législatif séparé. De plus, la mise en place d'une autorité de régulation propre au secteur de l'électricité n'est pas nécessaire, car la fonction de régulation et de surveillance peut être répartie entre l'Office fédéral de l'énergie et la Commission de la concurrence. Un soutien a été apporté à la création d'une société nationale de réseau chargée de l'exploitation du réseau à haute tension dans l'ensemble de la Suisse.

Une séparation structurelle entre les domaines de la production, du transport et de la distribution de l'électricité doit éviter qu'un exploitant de réseau (en situation de monopole pour cette activité) soit tenté de subventionner le secteur de la production qui est soumis à la concurrence.

Pour ce qui est de l'approvisionnement au niveau communal, la question suivante a été soulevée: dans quelle mesure la réserve en faveur des prescriptions de droit public de l'article 3, alinéa 1 LCart représente-t-elle une distorsion de la concurrence en faveur des services industriels communaux? Cette question sera approfondie en 1999.

d) Médias

Le mouvement de concentration dans le secteur des médias se poursuit. Pour la première fois, les autorités de la concurrence ont mis leur veto. En examinant l'acquisition de la majorité du capital de Schaer Thun AG (Thuner Tagblatt) par la «Berner Tagblatt»-Medien AG (Berner Zeitung), la Commission de la concurrence est arrivée à la conclusion que la concurrence efficace sur le marché des lecteurs de Thoune et de la région, ainsi que dans l'ensemble de l'Oberland Bernois pourrait être supprimée. Dans ce contexte, il a été demandé aux parties de modifier leur projet de fusion, sans quoi l'interdiction serait prononcée. Les parties ont par la suite retiré leur notification. La «Berner Tagblatt»-Medien AG s'est contentée d'une participation minoritaire dans Schaer Thun AG.

Par ailleurs, le service «infrastructures» a observé attentivement l'évolution du secteur des médias électroniques (télévision, radio, Internet, etc.). Il s'agit de veiller à ce que la concurrence entre les diffuseurs privés de programmes au niveau national et la SSR fonctionne de manière non faussée.

e) Transports

La réforme des chemins de fer, qui se limite à une libéralisation minimale, n'entre en vigueur que le 1er janvier 1999. Le service «infrastructures» s'est occupé principalement du contenu des dispositions d'exécution de cette réforme. En ce qui concerne l'ordonnance relative à l'accès au marché, on a pu obtenir en particulier que la commission d'arbitrage, chargée de la surveillance de la mise en œuvre, consulte la Commission de la concurrence lorsqu'elle doit se prononcer sur des questions de droit cartellaire (par ex. la domination du marché). On peut ainsi réduire le danger d'une pratique cartellaire propre à un secteur particulier qui divergerait du droit général sur la concurrence.

f) Activités étatiques soumises aux principes de la nouvelle gestion publique

Dans plusieurs domaines, la loi oblige l'Etat à fournir des prestations en faveur du public. Les prestations de base - qui constituent en général un monopole naturel - sont en principe mises à disposition d'entreprises qui les mettent en valeur sous forme de produits ou de prestations commercialisables. Dans le cadre de l'introduction de la nouvelle gestion publique (par ex. l'Institut suisse de météorologie, ISM), l'Etat ne se limite pas à l'établissement de prestations de base, mais les travaille aussi sous une forme commerciale. Il arrive souvent que l'Etat, en tant que producteur de prestations de base, bénéficie de certains avantages de concurrence sur des marchés subséquents. Ces avantages sont en partie propres au système, mais ils peuvent aussi contrevenir au principe de la non discrimination fixé à l'article 7 LCart.

A titre d'exemple, on peut se référer aux mesures provisionnelles prises à l'encontre de l'Institut suisse de météorologie (ISM). Cet institut, qui établit les données de base pour les prévisions du temps (et d'autres produits analogues), est en concurrence sur les marchés subséquents avec des entreprises privées. Des prix différenciés leur ont été facturés pour les données de base. Vu que l'ISM n'a pu donner de motifs plausibles pour une telle différenciation lors de la procédure sommaire relative aux mesures provisionnelles, la Commission de la concurrence a obligé cet institut à pratiquer provisoirement une égalité de traitement entre tous les concurrents, y compris son propre service commercial. L'enquête ouverte simultanément déterminera de manière définitive si l'inégalité de traitement est conforme ou non avec la LCart.

3.4 Loi sur le marché intérieur

Le service «questions générales de concurrence et coordination» a contribué à l'éclaircissement de dispositions sur les marchés publics de la Confédération, des cantons et de communes. En ce qui concerne les marchés publics des cantons, il a participé aux travaux de révision du Concordat intercantonal sur les marchés publics. Il a en outre préparé une recommandation de la Commission relative à la révision du Concordat intercantonal sur les marchés publics. Le service a par ailleurs élaboré une recommandation de la Commission sur la loi cantonale sur les marchés publics du Canton de Neuchâtel. Le service a préparé plusieurs recommandations du secrétariat au sujet de règlements communaux, dans certains cas supra-communaux (Musterreglement für Submissionen des Vereins Region Bern) en matière de marchés publics. A plusieurs occasions, le service a pris position au sujet de questions particulières relatives à l'application de la LMI.

A côté des marchés publics, la Commission a fait une recommandation relative à la libre prestation de services des gens du voyage à

l'intérieur de la Suisse. Elle a également publié un avis au sujet de la relation du concordat intercantonal sur la lutte contre les abus en matière de taux d'intérêts avec la LMI.

3.5 Affaires internationales

Le service «questions générales de concurrence et coordination» est responsable des contacts avec les autorités étrangères de la concurrence. Etant donné que plusieurs dispositions de la LCart s'inspirent du droit européen de la concurrence, les développements en la matière au sein de l'Union européenne et de ses pays membres sont suivis attentivement. Le service a concrétisé le renforcement des relations avec les autorités antitrust américaines en envoyant un de ses collaborateurs en stage auprès de cette autorité.

Le service a participé aux séances du Comité de droit et de politique de la concurrence de l'Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE) et a organisé ou élaboré les contributions de la délégation suisse. Le service a également participé aux séances du groupe de travail «interaction du commerce et de la politique de la concurrence» de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Enfin, le service a été chargé d'assurer les contributions des autorités de la concurrence dans le cadre de la rédaction du «rapport d'intégration 1999» du Conseil fédéral et dans celui des divers questionnaires d'organisations internationales telles que l'OCDE, la Conférence des Nations Unies pour la coopération et le développement (CNUCED) et le Fonds monétaire international (FMI).

4 Statistique des activités 1998

Untersuchungen	Enquêtes	Inchieste	
Übernahmen von 1997	Procédures reprises de 1997	Procedure riprese di 1997	7
Eröffnungen	Ouvertures	Aperture	7
Entscheide	Décisions	Decisioni	2
Vorsorgliche Massnahmen	Mesures provisionnelles	Misure cautelari	4
Einvernehmliche Regelungen	Accords amiables	Conciliazioni	1
Sanktionen	Sanctions	Sanzioni	0

Unternehmens- zusammenschlüsse	Concentrations d'entreprises	Concentrazioni di imprese	
Meldungen	Notifications	Comunicazioni	26
Abschluss nach 1. Phase	Fin de la 1 ^{ère} phase	Fine della 1 ^a fase	22
Abschluss nach 2. Phase	Fin de la 2 ^{ème} phase	Fine della 2 ^a fase	4
Entscheid in der 2. Phase	Décision dans la 2 ^{ème} phase	Decisione durante la 2 ^a fase	2
Vorzeitiger Vollzug	Réalisation provisoire	Esecuzione anticipata	1
Sanktionen	Sanctions	Sanzioni	3

Vorabklärungen	Enquêtes préalables	Inchieste preliminari	
Übernahme von 1997	Cas repris de 1997	Casi ripresi di 1997	20
Eröffnungen	Ouvertures	Aperture	20
Abschlüsse	Conclusions	Conclusioni	23
- wovon Abschluss mit Untersuchung- seröffnung	- dont conclusions avec ouverture d'enquête	- di cui conclusione con l'apertura di un'inchiesta	3

Diverses	Divers	Diversi	
Umstellbegleitungen	Adaptation au nouveau droit	Adeguamento al nuovo diritto	6
Nachkontrollen	Suivi des affaires	Verifiche	12
Feststellungsver- fügungen	Décisions constatatoires	Decisioni di accertamento	1
Bekanntmachungen KG 6	Communications (art. 6 LCart)	Comunicazioni (art. 6 LCart)	2
Empfehlungen KG 45	Recommandations 45 LCart	Raccomandazioni 45 LCart	0
Stellungnahmen KG 46	Prises de position 46 Lcart	Preavvisi 46 LCart	62
Stellungnahmen zu Konzessionsgesu- chen RTVG	Prises de position sur les demandes de concession selon la LRTV	Preavvisi sulle do- mande di conces- sione secondo la LRTV	13
Gutachten KG 47	Avis 47 LCart	Pareri 47 LCart	2
Gutachten KG 15	Avis 15 LCart	Pareri 15 LCart	1
Gutachten FMG 11	Avis 11 LTC	Pareri 15 LTC	2
BGBM:	LMI:	LMI:	
- Empfehlungen (Weko)	- recommandations (Comco)	- raccomandazioni (Comco)	4
- Erläuterungen (Se- kretariat)	- conseils (secrétariat)	- consigli (segreteria)	4
- Gutachten (Weko)	- avis (Comco)	- avvisi (Comco)	1

A 1	3. Rapporto annuale 1998 - Commissione della concorrenza
-----	---

1 Prefazione del presidente prof. Roland von Büren

Nel 1998, la composizione della Commissione della concorrenza ha subito importanti modifiche: infatti quattro membri (tra cui il presidente) hanno dato le dimissioni e sono stati sostituiti. La segreteria, che conta 45 collaboratrici e collaboratori, è stata dotata dell'effettivo previsto e ha introdotto alcune misure intese ad aumentare l'efficienza. Esistono dunque i presupposti per garantire un'attuazione ottimale della legge sui cartelli: spetta ora alla segreteria e alla Commissione della concorrenza applicare completamente le pertinenti disposizioni legali.

La decisione presa dal Consiglio federale, nel mese di settembre del 1998, concernente il «commercio di partiture musicali» assume un'importanza particolare. Rifiutandosi di autorizzare il cartello delle partiture musicali che la Commissione della concorrenza aveva dichiarato illecito, il Consiglio federale ha dato un segnale chiaro e inequivocabile: una limitazione illecita della concorrenza può essere autorizzata dal Consiglio federale soltanto se realizza interessi pubblici preponderanti e se tali interessi non possono essere concretizzati ricorrendo ad altri mezzi meno dannosi per la concorrenza. Questa decisione schiude prospettive interessanti per il futuro.

La notevole mole di lavoro che devono svolgere la Commissione e la segreteria è di nuovo dovuta a numerosi progetti di concentrazione di imprese: infatti sono state annunciate 26 concentrazioni, di cui quattro vengono attualmente sottoposte a un esame approfondito (il messaggio, basandosi sulla situazione esistente all'inizio degli anni '90, prevedeva ogni anno da 10 a 15 concentrazioni soggette ad autorizzazione). Allo scopo di sgravare la Commissione, la competenza di trattare tali concentrazioni è stata delegata in linea di massima alle Camere. Inoltre si è potuta aumentare l'efficienza standardizzando le procedure in seno alla segreteria.

Ciò ha consentito di creare le condizioni grazie a cui la Commissione può ora dedicarsi principalmente all'esame di accordi in materia di concorrenza e di comportamenti abusivi di imprese che dominano il mercato. In questo settore sono attualmente in corso, rispettivamente stanno per essere concluse importanti inchieste («Volkswagen», distribuzione di medicinali). A tale proposito merita di essere menzionata la decisione della Commissione di ricorso in materia di concorrenza del 12 novembre 1998 nella causa Telecom PTT (impianti di commutazione per utenti). La Commissione di ricorso vi definisce i principi formali applicabili a una procedura amministrativa cartellisti-

ca. In futuro, il rispetto di tali direttive garantirà la necessaria sicurezza giuridica, di cui beneficeranno non soltanto le imprese, ma anche la Commissione della concorrenza.

Le limitazioni statali della concorrenza non sono meno gravi rispetto a quelle provenienti dal settore privato. Diversi importanti settori dell'economia svizzera, come il mercato dell'agricoltura o dell'approvvigionamento energetico, sono tuttora fortemente regolamentati. Per quanto concerne tali mercati, la Commissione della concorrenza non ha la facoltà di procedere prendendo decisioni contro le limitazioni della concorrenza, ma può rivolgere alle autorità raccomandazioni intese a modificare le leggi e le ordinanze che possono provocare distorsioni della concorrenza. D'altro canto, essa ha la possibilità di influire sull'iter legislativo in occasione delle procedure di consultazione o contattando direttamente le autorità competenti. Sebbene si tratti di un modo di procedere non sempre facile, la Commissione ha già potuto collezionare diversi successi intervenendo con tenacia.

Nel settore delle comunicazioni, la Commissione della concorrenza ha compiuto notevoli progressi. In seguito alla nuova politica d'informazione adottata verso la metà dell'anno, è stato creato un posto di responsabile della comunicazione (occupato da Patrik Ducrey) ed è stato aperto un sito su Internet (www.wettbewerbskommission.ch). Seguendo tale orientamento, la Commissione della concorrenza desidera informare, in modo regolare e approfondito, l'opinione pubblica sulla propria attività, sempre tenendo conto dei limiti imposti dalla tutela della personalità e dalla protezione del segreto degli affari.

Approfitto di questa occasione per ringraziare i miei vicepresidenti, i membri della Commissione nonché le collaboratrici e i collaboratori che svolgono con grande capacità e dinamismo il lavoro della segreteria. Senza il loro notevole impegno non sarebbe possibile adempiere il compito, veramente arduo, di attuare la nuova legge sui cartelli. Rivolgo un ringraziamento particolare al mio predecessore, professor Pierre Tercier, che il 1° gennaio 1989 aveva assunto la presidenza dell'allora Commissione dei cartelli. Egli ha diretto l'autorità in materia di concorrenza con entusiasmo, stile e polso durante il periodo di transizione tra il vecchio e il nuovo diritto. Quale presidente della nuova Commissione della concorrenza egli ha reso possibile la rapida attuazione della nuova legge. Per il suo impegno instancabile, merita un sentito ringraziamento da parte di tutti noi.

2 Autorità in materia di concorrenza

2.1 Commissione della concorrenza

La Commissione della concorrenza si riunisce normalmente ogni primo e terzo lunedì del mese. Nel 1998, essa ha tenuto complessivamente 16 assemblee plenarie. Le Camere, cui spettano in parte competenze decisionali proprie, si sono riunite di regola lo stesso giorno, prima delle assemblee plenarie.

Le tre Camere «Industria e produzione», «Servizi» e «Infrastruttura» dispongono di proprie competenze decisionali in materia di concentrazioni di imprese e di preavvisi nell'ambito della procedura legislativa. Le decisioni relative ad accordi illeciti in materia di concorrenza o a comportamenti illeciti di imprese che dominano il mercato nonché le raccomandazioni ad autorità politiche restano riservate alla Commissione della concorrenza finché essa avrà potuto sviluppare una giurisprudenza in questi settori.

Alla fine di giugno del 1998, il professor Pierre Tercier, che è stato per diversi anni presidente della vecchia Commissione dei cartelli e dell'attuale Commissione della concorrenza, ha lasciato questa carica. La Commissione della concorrenza coglie l'occasione per ringraziarlo del notevole impegno profuso.

Il 1° luglio 1998 la presidenza è stata assunta dal professor Roland von Büren, dell'Università di Berna, che è anche responsabile della Camera «Infrastruttura». In sostituzione del prof. Tercier è entrato a far parte della Commissione il prof. Walter Stoffel, dell'Università di Friburgo, assumendo contemporaneamente, in qualità di vicepresidente, la direzione della Camera «Industria e produzione». Il responsabile della Camera «Servizi» continua a essere il prof. Roger Zäch, vicepresidente della Commissione della concorrenza.

Alla fine di giugno del 1998 altri membri della Commissione si sono ritirati: il prof. Richard Kühn, dell'Università di Berna, Serge Gaillard, dell'Unione sindacale svizzera e Daniel Lehmann, dell'Unione svizzera delle arti e mestieri. Essi sono stati sostituiti da Martial Pasquier, dell'Università di Berna, da Margrit Meier, dell'Unione sindacale svizzera e da Pierre Triponez, dell'Unione svizzera delle arti e mestieri.

Ecco l'organigramma della Commissione della concorrenza al 31 dicembre 1998:

Commissione della concorrenza		
Presidenza Roland von Büren, presidente Walter Stoffel e Roger Zäch, vicepresidenti		
Camera Industria e produzione	Camera Servizi	Camera Infrastruttura
Presidente Walter Stoffel	Presidente Roger Zäch	Presidente Roland von Büren
Membri Heidi Bravo Baumann Yves Flückiger Martial Pasquier Pierre Triponez	Membri Marino Baldi Pascale Erbeia Klaus Hug Peter Zweifel	Membri Marco Borghi Peter Hutzli Jean-Christian Lambelet Margrit Meier

2.2 Segreteria della Commissione della concorrenza

Alla fine di giugno del 1998, la segreteria della Commissione della concorrenza ha raggiunto l'effettivo previsto, ciò che ha consentito di concludere la prima fase costitutiva della nuova segreteria. I vari servizi sono ormai rodati, per cui è stato possibile accelerare decisamente il disbrigo delle procedure (si veda la statistica al punto 4). Al termine della fase costitutiva è iniziata la fase di consolidamento. Si tratta di verificare le procedure esistenti ed eventualmente di ottimizzarle per ottenere una migliore utilizzazione delle risorse. Occorre soprattutto migliorare lo strumento della selezione, allo scopo di impiegare meno tempo per distinguere i casi importanti da quelli irrilevanti.

Un problema che l'anno scorso si è rivelato urgente riguarda il trattamento delle concentrazioni di imprese annunciate. Anche se si è dovuta aprire un'inchiesta per un numero relativamente esiguo di casi, i vari servizi si sono talvolta trovati in difficoltà a causa del sovraccarico di lavoro. Soprattutto il settore «Servizi», che doveva esaminare le concentrazioni riguardanti l'«UBS», la «Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand» e la «GECC/Bank Prokredit», è stato

costretto a rinviare temporaneamente il trattamento dei fascicoli relativi ai settori degli accordi in materia di concorrenza e delle imprese che dominano il mercato. La formazione di gruppi di lavoro («Task Forces») specializzati nell'esame di concentrazioni di imprese ha consentito di alleviare il lavoro dei singoli servizi, permettendo nel contempo di fare preziose esperienze nell'ambito del trattamento di casi complessi.

Il servizio «Questioni generali di concorrenza e coordinamento» (servizio «C») svolge una funzione importante nel coordinamento delle attività dei tre servizi impegnati sui mercati. Il servizio C esamina tutti i documenti che vincolano la segreteria o la Commissione dal profilo della conformità alla legge e della concordanza con la prassi seguita finora nonché della giurisprudenza. Questo controllo viene effettuato mediante le cosiddette «note di coordinamento»: nel 1998 ne sono state stilate circa 200. Il servizio C è anche competente per il trattamento di questioni fondamentali di tipo economico e giuridico. A tale proposito, esso ha tra l'altro elaborato, nel 1998, linee direttrici concernenti l'analisi di mercato, in particolare la delimitazione del mercato rilevante, la valutazione della concorrenza attuale e potenziale nonché la posizione della controparte sul mercato. Inoltre il servizio C è responsabile della formazione e del perfezionamento del personale scientifico.

Nell'ambito dell'ulteriore sviluppo del diritto, il servizio C ha elaborato un'ordinanza sulla riscossione di emolumenti nella legge sui cartelli (RS 251.2), che è entrata in vigore il 1° aprile 1998. In esecuzione dell'articolo 13 capoverso 2 dell'ordinanza concernente il controllo delle concentrazioni di imprese, il servizio C ha ideato un formulario di annuncio delle operazioni relative alle concentrazioni di imprese. Dopo una procedura di consultazione, in particolare presso l'Ordine degli avvocati svizzeri, questo formulario è stato approvato dalla Commissione il 7 settembre 1998 (cfr. RPW 1998/3, 507 ff.). Esiste anche la possibilità di consultarlo sul sito della Commissione (www.wettbewerbskommission.ch).

Alla fine del 1998 lavoravano presso la segreteria 45 persone, di cui 37 collaboratrici e collaboratori scientifici. Il numero degli economisti e dei giuristi è equivalente. Al momento attuale non è previsto un aumento del personale.

I costi d'esercizio della segreteria e della Commissione della concorrenza ammontavano complessivamente a Fr. 4'494'307.-. Questo importo è stato utilizzato come segue:

	Preventivo 1998	Conto provvisorio
Spese per il personale	4'631'200.--	4'233'427.--
Spese di materiale	290'100.--	260'880.--
Totale spese	4'921'300.--	4'494'307.--
Entrate	10'000.--	323'624.--

Complessivamente sono stati versati alla cassa generale della Confederazione Fr. 323'624.-, di cui Fr. 250'224.- provenienti dagli emolumenti (ordinanza sulla riscossione di emolumenti relativa nella LCart) e Fr. 73'400.- dalle sanzioni inflitte. La segreteria ritiene che la tendenza positiva dovrebbe continuare e che le entrate provenienti dagli emolumenti – a dipendenza del numero di procedure effettuate – dovrebbero ancora aumentare leggermente. Il grado di autofinanziamento sulla base del conto dello Stato ammonta al 7.2%.

Sotto la direzione del responsabile della comunicazione, nominato verso la metà dell'anno, il capo del servizio Risorse e logistica ha installato, con la collaborazione di specialisti esterni, la homepage della Commissione della concorrenza (www.wettbewerbskommission.ch). Oltre ai tradizionali comunicati stampa, Internet dovrebbe diventare uno strumento fondamentale di informazione del pubblico.

2.3 Collaborazione con i Tribunali civili

La collaborazione con i Tribunali civili si basa sull'articolo 15 LCart. I Tribunali civili devono chiedere il parere della Commissione della concorrenza se in una procedura civile è in discussione la liceità di una limitazione della concorrenza. I rapporti che intercorrono tra i Tribunali civili e la Commissione della concorrenza sono stati stabiliti nel 1997 in apposite direttive (DPC 1997, 593 segg.). Secondo tali direttive, la domanda intesa ad ottenere un parere deve contenere un'esposizione corretta della fattispecie e domande formulate chiaramente.

Nel primo parere è emerso che la fattispecie presentata dal giudice era incompleta. È quindi sorta una disputa per sapere a chi spetta il compito di completarla. Il 12 ottobre 1998 la Commissione ha deciso che i pareri secondo l'articolo 15 LCart vengano espressi unicamente in base alla fattispecie presentata dal giudice civile e che, in caso di insufficiente illustrazione della fattispecie, vengano formulate le relative riserve. La decisione della Commissione è stata comunicata a tutti i Tribunali cantonali e al Tribunale federale.

2.4 Collaborazione con il Sorvegliante dei prezzi

La collaborazione con il Sorvegliante dei prezzi è stata come sempre eccellente. Il Sorvegliante dei prezzi o il suo sostituto hanno partecipato regolarmente alle sedute della Commissione con voto consultivo. Il direttore e il sostituto del Sorvegliante dei prezzi tengono a scadenze mensili riunioni di coordinamento. Per quanto concerne singole pratiche, come ad esempio nel settore della sanità, i rispettivi collaboratori della segreteria e del Sorvegliante dei prezzi si scambiano regolarmente preziose informazioni.

3 Attività delle autorità in materia di concorrenza connesse con il mercato

3.1 Industria e produzione

a) Concentrazioni di imprese

La Camera e il servizio «Industria e produzione» hanno effettuato 13 esami preliminari di concentrazioni di imprese, concernenti tra l'altro fusioni di importanza internazionale come Compaq-Digital, Thomson-Alcatel, Daimler-Chrysler o Krupp-Thyssen. Tali esempi riguardano i mercati globali, sia dal profilo dell'offerta che della domanda: le imprese interessate si trovano di fronte, anche in Svizzera, ad una notevole concorrenza a livello nazionale e internazionale. Per questo motivo non è stato necessario effettuare esami più approfonditi. Le concentrazioni tra le imprese Zschokke-Locher e Batigroup-Stamm, attive nel settore dell'edilizia e del genio civile, erano limitate a dimensioni nazionali o regionali. Anche in questi casi non sono emersi indizi che facessero pensare a posizioni dominanti sul mercato.

Ciò è tuttavia stato il caso in occasione dell'acquisto della ditta SEG Poulets AG da parte della Bell AG, che appartiene al gruppo Coop. Questa concentrazione, di cui si è reso necessario un esame, ha potuto essere autorizzata soltanto ad un'unica condizione: la vendita della ditta Favorit SA da parte della ditta Bell (Coop). Infatti, siccome la macellazione di pollame era già dominata dalla Migros e dalla Coop, tale concentrazione avrebbe probabilmente rafforzato una posizione di dominio collettivo sul mercato da parte di queste due ditte. Questa situazione era in parte dovuta al fatto che l'importazione di pollame da macellazione è soggetta a una severa regolamentazione statale sulle quote. Inoltre, la Commissione della concorrenza ha ritenuto che l'operazione di concentrazione comportasse il pericolo di un comportamento collusivo da parte dei due grandi distributori. Per tale motivo la Bell AG è stata costretta a vendere la Favorit AG, che detiene una quota di mercato del 7% circa nella macellazione di pollame. In questo modo agli operatori del mercato più piccoli rimane un'alternativa valida, grazie alla quale essi possono continuare a esercitare un contrappeso nei confronti della Migros e della Coop. Questo caso dimostra che la regolamentazione protezionistica da parte dello

Stato (che mira a proteggere i produttori indigeni di pollame) ha contribuito in modo determinante a rafforzare la posizione sul mercato dei grandi distributori.

Per quanto riguarda l'impresa comune «Merial», le ditte farmaceutiche Rhône Poulenc e Merck hanno concluso l'operazione durante l'esame preliminare. La Commissione della concorrenza ha quindi deciso di pronunciare una sanzione poiché l'operazione era stata realizzata entro il termine previsto per il divieto provvisorio secondo l'articolo 32 capoverso 2 LCart (DPC 1998/1, p. 98). Un ricorso contro questa decisione è ancora pendente presso la Commissione di ricorso in materia di concorrenza.

b) Agricoltura

Nel settore dell'agricoltura, la segreteria e la Commissione hanno preso posizione soprattutto su una serie di nuove ordinanze legate all'applicazione della nuova legge sull'agricoltura (Politica agricola 2002). La Commissione della concorrenza ritiene che la nuova base legale apra la via, in diversi settori, a una liberalizzazione più ampia rispetto a quella prevista nelle ordinanze d'esecuzione. Purtroppo le proposte della Commissione della concorrenza hanno incontrato uno scarso consenso da parte del Consiglio federale nell'ambito del processo decisionale. È particolarmente spiacevole constatare che numerosi prodotti indigeni continueranno a essere protetti da regolamentazioni sulle quote d'importazione che distorcono la concorrenza. Come dimostra il caso della concentrazione delle ditte Bell-SEG, il pericolo di tali regolamentazioni risiede nel fatto che spesso non sono i contadini ad approfittare di questa protezione, ma soprattutto le ditte di trasformazione e i distributori. Si deve quindi supporre che gli elevati margini delle aziende di trasformazione o dei grandi distributori, di cui si lamentano i contadini, siano pure causati da regolamentazioni sbagliate. La segreteria continuerà ad esaminare questa problematica dal punto di vista concettuale.

c) Industria metalmeccanica

Nel settore dell'industria metalmeccanica, la segreteria ha soprattutto verificato la conformità alla legge sui cartelli dei contratti di distribuzione nel ramo dell'automobile (fabbricanti, importatori generali e concessionari). Finora tali contratti non sollevano obiezioni dal profilo della legge sui cartelli nella misura in cui sono conformi sia alle «Condizioni quadro relative alla stesura di contratti di vendita nel commercio di automobili» che la Commissione dei cartelli ha emanato nel 1996, sia al Regolamento di esenzione di gruppo n. 1475/95 dell'Unione europea. A diverse riprese la segreteria è intervenuta con successo in favore di un adeguamento dei contratti. Per due casi si è reso necessario un intervento più severo delle autorità in materia di concorrenza. La Commissione ha aperto un'inchiesta contro la Citroën poiché questo fabbricante si rifiutava di autorizzare i suoi concessio-

nari svizzeri ad approvvigionarsi in tutta la rete europea (secondo il contratto di concessione della Citroën, infatti, l'approvvigionamento tra concessionari è autorizzato soltanto all'interno della Svizzera e del Liechtenstein). Inoltre, la Commissione ha aperto un'inchiesta contro il gruppo tedesco della Volkswagen. Alla Volkswagen AG viene contestato il fatto di aver impedito importazioni dirette e parallele di automobili verso la Svizzera provenienti da Paesi che praticano prezzi a buon mercato. L'oggetto di tale inchiesta, che dovrebbe concludersi all'inizio del 1999, consiste nel verificare la liceità di tale impedimento dal punto di vista del diritto cartellistico.

Nell'ambito dell'osservazione del mercato, la segreteria ha effettuato un confronto tra i prezzi delle automobili in Europa. Questo studio ha mostrato che le differenze di prezzo tra i vari Paesi tendono a diminuire, anche se esistono ancora marche e modelli che in Svizzera vengono offerti a un prezzo più elevato rispetto a quello previsto da altri Stati europei. Nel caso del gruppo Volkswagen le differenze di prezzo erano abbastanza considerevoli. La segreteria prosegue l'analisi delle differenze di prezzo e prevede quindi di pubblicarne i risultati.

d) Edilizia

Il settore dell'edilizia (edilizia e genio civile nonché attività secondarie) è stata una delle attività principali del Servizio «Industria e produzione». All'inizio del 1998 è stato lanciato un sondaggio nell'ambito dell'osservazione del mercato, ciò che in un primo tempo ha provocato notevoli resistenze da parte delle associazioni professionali. Basandosi su tale sondaggio e su numerose azioni legali, alla fine dell'anno il servizio ha aperto alcune inchieste preliminari nei settori del calcestruzzo prefabbricato, dei rivestimenti stradali e delle arenarie calcaree. Tra l'altro, un'inchiesta preliminare ha consentito di eliminare una distorsione della concorrenza sul mercato dei software per la pianificazione e il calcolo dei costi. La limitazione della concorrenza era dovuta, da un lato, alle condizioni per l'utilizzazione delle norme emanate del Centro svizzero di studio per la razionalizzazione della costruzione e, dall'altro, alle basi di calcolo della Società svizzera degli impresari costruttori. Occorre infine rilevare che la pubblicazione di una comunicazione della Commissione della concorrenza che stabilisce le condizioni di ammissibilità degli accordi sull'utilizzazione di schemi di calcolo (DPC 1998/2, p. 354, cfr. f) ha avuto un'importanza particolare per l'industria edilizia. L'anno prossimo la segreteria analizzerà direttamente le implicazioni sulla concorrenza della normalizzazione nel settore edilizio.

La Commissione della concorrenza ha dichiarato illeciti ai sensi dell'articolo 5 capoverso 3 LCart gli accordi in materia di prezzi stipulati da quattro associazioni del ramo degli impianti di riscaldamento. L'Associazione CLIMA SUISSE ha invece presentato ricorso contro questa decisione alla Commissione di ricorso.

e) Beni di consumo e di investimento

In questo settore le varie attività sono state caratterizzate dall'applicazione della comunicazione sull'omologazione di attrezzi sportivi e sulla sponsorizzazione di associazioni sportive da parte di fabbricanti di attrezzi sportivi (DPC 1998/1, p. 158). Si sono potuti ottenere risultati conformi alla legge per quanto riguarda il tennis, il tennis da tavolo, la pallavolo, il gioco dello «Hornussen», il volano e il calcio. La comunicazione si è dunque rivelata uno strumento di lavoro efficace per la segreteria e per le parti interessate.

L'inchiesta concernente gli accordi sugli acquisti nel commercio al minuto non ha finora permesso di constatare violazioni della legge sui cartelli. Prossimamente tale inchiesta sarà chiusa e farà probabilmente spazio a una procedura che si occuperà della forza di acquisto dei grandi distributori sul mercato di determinati beni di consumo.

La decisione del Consiglio federale nella questione delle partiture musicali è molto importante. Nell'autunno del 1997 la Commissione della concorrenza aveva dichiarato illecite le lettere di garanzia collettiva e le tavole di conversione dei cambi dell'Associazione svizzera dei commercianti e degli editori di musica (ASCEM)(cfr. DPC 1997/3, p. 334). In seguito questa Associazione aveva chiesto al Consiglio federale di autorizzare eccezionalmente i relativi accordi. Esso si era però rifiutato di concedere tale autorizzazione all'ASCEM in quanto gli accordi non erano necessari alla salvaguardia delle limitazioni della concorrenza per motivi preponderanti di interesse pubblico (art. 8 LCart; cfr. DPC 1998/3, p. 478). Poco dopo la Commissione della concorrenza ha avviato un'inchiesta sul mercato librario per il quale esistono parimenti accordi collettivi sui prezzi imposti. Anche l'Unione europea ha del resto introdotto misure analoghe sul mercato del commercio transfrontaliero di libri.

f) Diversi

All'inizio del 1998 la Commissione della concorrenza ha emesso una comunicazione che stabilisce le condizioni di ammissibilità degli accordi sull'utilizzazione di schemi di calcolo (DPC 1998/2, p. 354). Questa comunicazione vale per tutti i rami economici e assume pertanto un carattere generale. Essa serve quale norma indicativa per la segreteria, le imprese interessate e le associazioni professionali. Nel corso dell'anno prossimo il Servizio «Industria e produzione» si concentrerà sull'applicazione di questa comunicazione.

Inoltre, un'inchiesta preliminare sugli innesti chirurgici (viti, placche e apparecchi da applicare per gli ortopedici) si è occupata di un problema di concorrenza ancora poco noto. Si tratta delle distorsioni della concorrenza provocate dalla sponsorizzazione che i fabbricanti di apparecchiature chirurgiche concedono nel settore della ricerca e della formazione. Il Servizio «Industria e produzione» è alla ricerca di

casi appropriati allo scopo di poter esaminare più da vicino questa problematica.

3.2 Mercati dei servizi

a) Politica sanitaria

L'entrata in vigore nel 1996 della legge federale sull'assicurazione malattia (LAMal) ha modificato i rapporti di forza tra casse-malati e fornitori di prestazioni (medici, ospedali e farmacisti). Questo nuovo disciplinamento continua a porre tutta una serie di problemi che sfociano in un numero notevole di procedure cartellistiche. Nel 1998, le autorità della concorrenza si sono occupate, a due riprese, delle richieste di misure cautelari (cfr. infra, SWICA e AMG). In occasione della procedura di consultazione della nuova legislazione federale sugli agenti terapeutici, esse hanno optato per soluzioni liberali (DPC 1998/3, p. 436) e hanno proposto talune modifiche all'avamprogetto della legge federale sulle professioni mediche affinché siano rispettati i principi di non discriminazione e di neutralità concorrenziale (DPC 1998/1, p. 109). Esse hanno parimenti preso posizione sul problema dell'invio di medicinali per corrispondenza esprimendo, a tale riguardo, un parere positivo (cfr. infra, Mediservice e raccomandazione LMI). Sono state inoltre aperte due importanti procedure per esaminare la regolamentazione privata dei margini nel settore dei medicinali e le limitazioni all'importazione parallela di medicinali e di dispositivi medici. Nel primo caso la Commissione valuta la liceità degli accordi relativi alla determinazione del prezzo pubblico come anche il calcolo dei margini a tutti i livelli della fabbricazione a partire dai dettaglianti, passando per i grossisti e i distributori. Nel secondo caso essa procede ad uno studio dei diversi ostacoli di diritto pubblico all'importazione parallela di medicinali e di dispositivi medici. I risultati di queste due procedure saranno pubblicati nel 1999.

Misure cautelari SWICA/AGZ (DPC 1998/1, p. 32): nel 1997, SWICA ha lanciato un nuovo modello di assicurazione obbligatoria contro le malattie che prende in considerazione soltanto i fornitori di prestazioni i cui costi (per specialità e paziente) sono relativamente bassi. L'Associazione zurighese dei medici (AGZ) ha quindi intrapreso diverse azioni per opporsi a questa limitazione quantitativa dei fornitori di prestazioni. In particolare ha incoraggiato i suoi membri a farsi stralciare dalla lista dei medici che potrebbero essere consultati. Dato che tale provvedimento avrebbe potuto neutralizzare l'efficacia di questo nuovo prodotto, la Commissione ha vietato all'AGZ di procedere ad altri inviti a farsi cancellare. Attualmente la Commissione sta esaminando, nell'ambito di un'inchiesta, se le misure adottate dall'AGZ sono compatibili con le disposizioni della LCart.

Misure cautelari AMG (DPC 1998/2, p. 206 e DPC 1998/4, p. 562): L'Associazione dei medici del Cantone di Ginevra (AMG) si è lamentata delle distorsioni della concorrenza da parte degli ospedali universitari

ginevrini (HUG). L'oggetto del reclamo riguardava la convenzione, conclusa tra gli HUG e le assicurazioni contro le malattie, intesa a ridurre la remunerazione dei trattamenti e degli esami ambulatoriali (il valore del punto passa da fr. 4.60 a fr.4.-). L'AMG riteneva che una simile remunerazione fosse possibile solo grazie ai sussidi previsti dalla LAMal per i trattamenti ospedalieri. La Commissione non ha preso alcuna misura cautelare giudicando poco verosimile che i medici indipendenti subiscano un danno difficilmente riparabile da prevenire urgentemente. Parallelamente, la segreteria ha aperto un'inchiesta preliminare le cui conclusioni non permettono di dare seguito alle rimostranze dell'AMG nella misura in cui i sussidi delle cure ospedaliere sono retti da prescrizioni legali che prevedono l'applicazione della LCart.

Raccomandazione LMI sull'invio di medicinali per corrispondenza (DPC 1998/4, p. 623): basandosi sul cosiddetto principio Cassis-de-Dijon contenuto nella legge sul mercato interno (LMI), la Commissione ha raccomandato ai Cantoni di liberalizzare, a certe condizioni, le regolamentazioni cantonali concernenti la vendita di medicinali per corrispondenza. Infatti, i Cantoni non possono, in linea di massima, vietare ciò che altri considerano lecito. La Commissione ha chiesto ai Cantoni di rinunciare al divieto di invio di medicinali per corrispondenza oppure di non applicarlo, di riconoscere le autorizzazioni concesse dagli altri Cantoni e di rilasciare autorizzazioni allorché determinate condizioni sono soddisfatte.

b) Banche e fiduciarie

In questo settore, il lavoro si è focalizzato soprattutto sull'analisi di operazioni di concentrazione. Ciò ha permesso alle autorità della concorrenza di sviluppare la teoria della dominanza collettiva in materia di controllo delle concentrazioni di imprese (cfr. infra). Sono attualmente in corso altre procedure sul comportamento di imprese che dominano il mercato delle carte di credito.

Concentrazione di imprese STG-RPW (DPC 1998/2, p. 214): l'operazione di concentrazione che ha interessato la Revisuisse Price Waterhouse (RPW) e la STG - Coopers & Lybrand (STG-C&L) ha permesso alla Commissione della concorrenza di esprimersi per la prima volta sul problema della posizione dominante collettiva. Nel caso specifico, la Commissione ha tuttavia rifiutato l'idea secondo cui una posizione dominante collettiva può essere creata o rafforzata, in quanto sono venute meno le condizioni strutturali e lo stimolo al comportamento parallelo (pratiche concordate). In effetti l'importanza e la forza dei concorrenti della nuova entità hanno reso improbabile la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante in grado di sopprimere la concorrenza efficace. Di conseguenza, l'operazione di concentrazione ha potuto essere autorizzata senza condizioni né oneri.

Concentrazione di imprese UBS-SBS (DPC 1998/2 p. 278): in occasione del suo esame approfondito, la Commissione ha dimostrato che la concentrazione in questione avrebbe aumentato considerevolmente le quote di mercato delle imprese partecipanti (soprattutto sul mercato dei crediti commerciali destinati alle PMI) e avrebbe potuto condurre in definitiva ad una struttura oligopolistica. Trattandosi di crediti commerciali inferiori a due milioni di franchi, la Commissione è giunta alla conclusione che la fusione avrebbe potuto creare, in alcune regioni, una posizione dominante capace di sopprimere una concorrenza efficace. La sua valutazione si è fondata anzitutto sulla posizione della nuova UBS sul mercato, sul cumulo delle quote di mercato di alcuni grossi istituti bancari (UBS, CS, banche cantonali) e sulla sostanziale dipendenza dei mutuatari nei confronti degli istituti bancari. La concorrenza potenziale (possibilità per un nuovo concorrente di entrare sul mercato) è stata valutata con scetticismo. La posizione occupata dalla controparte, non era sufficientemente forte per limitare la potenza della futura UBS sul mercato determinante. Un'autorizzazione per la fusione, priva di oneri e di condizioni, è stata dunque scartata. Resta ancora da stabilire se l'operazione di concentrazione determina effettivamente una posizione dominante in grado di sopprimere la concorrenza efficace, in quanto le parti hanno accettato gli oneri prima della fine della procedura. Rammentiamo che in materia di crediti commerciali inferiori a 2 milioni, la Commissione ha imposto alla nuova UBS di mantenere fino alla fine del 2004 i crediti commerciali che si accumulano in seguito alla concentrazione fino a concorrenza di 4 milioni. Attualmente la Commissione vigila affinché vengano rispettati gli oneri, soprattutto quello che impone all'UBS di cedere 25 punti bancari.

Concentrazione di imprese GECC-Banque Procrédit (non ancora pubblicata): nel caso dell'acquisizione della Banque Procrédit da parte della società americana General Electric Capital Corp. (GECC), la Commissione si è basata sulla quota di mercato della nuova entità (50% del mercato dei crediti al consumo) per procedere ad un esame approfondito. Trattandosi della delimitazione del mercato dei prodotti, la Commissione ha fatto una distinzione tra i mercati del credito al consumo, del leasing (in particolare del leasing sugli autoveicoli) e del credito con garanzia. A causa di barriere che si frappongono all'entrata di nuove imprese nel mercato, essa ha considerato come improbabile la partecipazione di istituti stranieri specializzati al finanziamento di beni di consumo. La Commissione ha comunque autorizzato l'operazione di concentrazione senza oneri né condizioni in quanto era convinta che le grandi banche svizzere disponessero dell'infrastruttura e delle conoscenze necessarie per entrare rapidamente, se necessario, sul mercato del credito al consumo (ad es. UBS) o per svilupparvi in modo consistente le proprie attuali attività (ad es. CS). In seguito alla potenza finanziaria di questi due grandi istituti

bancari, la Commissione ha ritenuto poco probabile che l'operazione di concentrazione crei una posizione dominante, nonostante le notevoli quote di mercato sia della GECC che della Procrédit.

c) Professioni liberali e altre

Le attività svolte in modo particolare dagli avvocati, dai medici, dai mediatori immobiliari e dai traduttori figurano fra le professioni liberali esaminate dalle autorità della concorrenza. Le limitazioni statali e private più frequentemente incontrate riguardano le tariffe e la pubblicità.

Trattandosi di prescrizioni cantonali che impongono ancora tariffe e che limitano la pubblicità, le autorità della concorrenza sono del parere che tali prescrizioni debbano progressivamente essere soppresse. La Commissione e la segreteria si sono pronunciate a più riprese su progetti di legge volti a liberalizzare le tariffe degli avvocati (DPC 1997/4, p. 582, DPC 1998/1, p. 29 ss.).

Quanto alle restrizioni private relative alla concorrenza in materia di onorari e di pubblicità, le autorità della concorrenza sono intervenute laddove la limitazione di questi parametri concorrenziali intralciava notevolmente la concorrenza o sopprimeva la concorrenza efficace. Le tariffe della Société vaudoise de médecine sono state abolite. Le tariffe della Société vaudoise des régisseurs et courtiers en immeubles et en fonds de commerce e della Schweizerischer Verband der Immobilien-Treuhänder sono state oggetto di inchieste preliminari i cui risultati hanno permesso di far cadere la presunzione di illeciti connessa alle tariffe stesse. Nei due casi, la segreteria ha ritenuto che la limitazione della concorrenza non intralciava notevolmente la concorrenza (DPC 1998/2, p. 185 et 189). Infine, l'Associazione svizzera traduttori, terminologi e interpreti ha adattato la sua tariffa minima alle disposizioni della LCart in seguito all'intervento della segreteria (DPC 1998/2, p. 203).

Nel settore alberghiero, la Commissione ha imposto all'impresa Curti & Co AG sanzioni amministrative per aver realizzato una concentrazione senza aver provveduto ad annunciarla (DPC 1998/2, p. 247; DPC 1998/4, p. 613).

3.3 Mercati delle infrastrutture

a) Telecomunicazioni

Il mercato svizzero delle telecomunicazioni è stato completamente liberalizzato il 1° gennaio 1998. La LCart è pertanto applicabile a tutte le fattispecie rilevanti dal profilo della concorrenza, nella misura in cui non rientrano nelle prescrizioni speciali della legge sulle telecomunicazioni (LTC). La fase transitoria fra la situazione di monopolio e il libero mercato è stata all'origine di diverse azioni legali contro la Swisscom, che hanno potuto essere risolte in modo informale.

Nel settore delle telecomunicazioni si sono dovute esaminare diverse concentrazioni. Esse riguardavano, da un lato la cosiddetta strategia di espansione della Swisscom («Home Market Extension») mediante la creazione di imprese comuni in Austria e in Francia e, dall'altro, l'impegno della Swisscom in nuovi ambiti di attività (impresa comune Swisskey specializzata nella certificazione di sicurezze per il commercio su Internet). Inoltre, l'inchiesta aperta nell'ottobre 1997 contro la Swisscom nell'affare Centrex (reti virtuali adattate ai desideri dei clienti) ha potuto essere conclusa sotto forma di accordo amichevole.

La collaborazione con l'Ufficio federale delle comunicazioni (UFCOM) e con la Commissione federale delle comunicazioni (ComCom) si è ulteriormente consolidata in occasione di diversi colloqui. La ComCom ha chiesto inoltre a due riprese alla Commissione della concorrenza di esprimere un parere in merito alla questione della posizione dominante sul mercato in relazione alle procedure di interconnessione. I pareri sono stati presentati tempestivamente entro quattro settimane dalla ricezione del mandato. Visto che la stesura dei pareri ha richiesto un tempo relativamente breve, è stato possibile dedicare alla valutazione materiale uno spazio maggiore. La fattispecie deve essere fornita completamente dall'UFCOM sulla base di un questionario elaborato in comune.

b) Posta

Rispetto ai mercati delle telecomunicazioni, quelli dei servizi postali vengono aperti con molta prudenza. Le azioni legali di concorrenti privati sono pertanto più rare. Solo in un caso è stata condotta un'inchiesta preliminare conclusasi peraltro senza conseguenze. Resta da chiarire se la prassi di omologazione applicata dalla Posta per quanto riguarda le macchine affrancatrici renda abusivamente più difficile l'accesso al mercato di nuovi offerenti.

Nell'ambito dell'apertura dei mercati, si osserva regolarmente il seguente fenomeno: i (precedenti) monopolisti cercano senza indugio di compensare le previste contrazioni della loro cifra di affari nell'attività principale, in seguito alla comparsa sul mercato di nuovi concorrenti privati, mediante una estensione della loro attività sui mercati limitrofi, cosa che conduce sovente a concentrazioni di impre-

se. La Posta ha partecipato a due concentrazioni soggette all'obbligo dell'annuncio. La prima riguardava il rilevamento di un'impresa specializzata nella distribuzione mattutina dei giornali nella regione di Berna. La seconda concerneva una Joint Ventures con Bertelsmann volta a controllare due filiali attive nei settori dell'aggiornamento degli indirizzi e del Direct Marketing. In entrambi i casi non si è reso necessario un esame mancando le obiezioni in materia di diritto della concorrenza.

E' nondimeno importante seguire anche in futuro le transazioni di questo genere in quanto i (precedenti) monopolisti possono utilizzare la forte posizione che hanno sui loro mercati principali per intervenire abusivamente sui mercati sottoposti alla concorrenza.

c) Energia

Il fulcro dell'attività è stata la procedura di consultazione della legge sul mercato dell'elettricità (LME). Le autorità della concorrenza si sono pronunciate in particolare contro un risarcimento di investimenti non ammortizzabili (INA), in quanto la perdita di una rendita di monopolio non implica un obbligo di indennità da parte del legislatore. È stato parimenti proposto di rinunciare a includere il sostegno alle energie rinnovabili nella «legge sul mercato dell'elettricità» e di disciplinare tale sostegno in un altro atto legislativo. Non è inoltre necessario istituire un'autorità di regolazione propria al settore dell'elettricità, poiché l'Ufficio federale dell'energia e la Commissione della concorrenza possono suddividersi la funzione di regolazione e di sorveglianza. La costituzione di una società nazionale incaricata della gestione di una rete ad alta tensione su tutto il territorio svizzero è stata accolta con favore. Una separazione strutturale fra i settori della produzione, del trasporto e della distribuzione di elettricità deve evitare che il gestore della rete (in situazione di monopolio per questa attività) sia tentato di sovvenzionare il settore della produzione che è soggetto a concorrenza.

Per quanto attiene all'approvvigionamento di energia a livello comunale è stata sollevata la seguente questione: in che misura la riserva in favore delle prescrizioni di diritto pubblico prevista dall'articolo 3 capoverso 1 LCart può creare distorsioni della concorrenza a vantaggio delle aziende d'approvvigionamento comunali? Tale questione sarà chiarita nel 1999.

d) Media

Il processo di concentrazione nel settore dei media prosegue. Per la prima volta l'autorità in materia di concorrenza ha dovuto porre il proprio veto. Esaminando l'acquisto della maggioranza delle azioni della Schaer Thun AG (Thuner Tagblatt) da parte della «Berner Tagblatt»-Medien AG (Berner Zeitung), la Commissione della concorrenza è giunta alla conclusione che la concorrenza efficace sui mercati della

stampa sarebbe stata presumibilmente soppressa sia a Thun e dintorni che in tutto l'Oberlandend bernese. Di conseguenza è stato chiesto alle parti di modificare il loro progetto di fusione, altrimenti sarebbe stato vietato. Le parti hanno in seguito ritirato l'annuncio di concentrazione. La «Berner Tagblatt»-Medien AG si è accontentata di una partecipazione minoritaria alla Schaer Thun AG.

Il servizio «Infrastruttura» ha inoltre seguito attentamente l'evolversi del settore dei media elettronici (televisione, radio, Internet, ecc.). Si tratta di vigilare affinché la concorrenza tra le aziende che offrono programmi televisivi a diffusione nazionale in competizione con la SSR e la stessa SSR funzioni correttamente.

e) Traffico

La riforma delle ferrovie, che si limita a una liberalizzazione minima, entra in vigore solo il 1° gennaio 1999. Il servizio «Infrastruttura» si è occupato in modo particolare del contenuto delle disposizioni esecutive di questa riforma. Nell'ordinanza concernente l'accesso alla rete si è potuto ottenere che la Commissione arbitrale, incaricata della sorveglianza dell'accesso alla rete, consulti la Commissione della concorrenza qualora si debba giudicare questioni inerenti alla legge sui cartelli (per es. posizione dominante sul mercato). Si è potuto in tal modo ridurre il pericolo di un pratica cartellistica propria a un settore particolare che divergerebbe dal diritto generale in materia di concorrenza.

f) Attività statali soggette ai principi della nuova gestione pubblica

In molti settori, lo Stato è tenuto per legge a fornire servizi in favore del pubblico. Questi servizi – che costituiscono di regola monopoli naturali – sono per principio messi a disposizione di imprese che li valorizzano sotto forma di prodotti o di prestazioni commerciabili. Nell'ambito dell'introduzione della nuova gestione pubblica (p. es. l'Istituto svizzero di meteorologia), lo Stato non si limita a fornire prestazioni di base, ma prende parte anche al valore aggiunto sottoposto a concorrenza. Succede spesso che lo Stato, quale produttore di prestazioni di base, benefici di taluni vantaggi concorrenziali sui mercati del settore a valle. Tali vantaggi sono in parte immanenti al sistema, ma possono anche infrangere il principio della non discriminazione previsto nell'articolo 7 LCart.

A titolo esemplificativo si può rimandare alle misure cautelari adottate contro l'IMS. Come fornitore di dati di base per le previsioni meteorologiche (e prodotti affini), tale istituto è in concorrenza con imprese private sui mercati commerciali del settore a valle. A queste imprese sono stati fatturati prezzi diversi per i dati di base. Poiché l'IMS non è stato in grado di fornire, nella procedura sommaria relativa alle misure cautelari, motivi plausibili che giustificassero questa disparità,

la Commissione della concorrenza gli ha imposto di riservare provvisoriamente lo stesso trattamento a tutti gli altri concorrenti, incluso il proprio servizio commerciale. L'inchiesta aperta nel contempo, determinerà in modo definitivo se la disparità di trattamento è conforme o meno alla LCart.

3.4 Legge sul mercato interno

Il servizio «Questioni generali di concorrenza e coordinazione» ha contribuito a chiarire disposizioni relative ai mercati pubblici della Confederazione, dei Cantoni e dei Comuni. Per quanto riguarda i mercati pubblici dei Cantoni, tale servizio ha partecipato ai lavori di revisione del Concordato intercantonale sui mercati pubblici; ha inoltre preparato una raccomandazione della Commissione relativa alla revisione del Concordato stesso; ha elaborato una raccomandazione della Commissione relativa alla legge cantonale sui mercati pubblici del Cantone di Neuchâtel; ha preparato diverse raccomandazioni della segreteria riguardanti regolamenti comunali, in alcuni casi sovracomunali (Musterreglement für Submissionen des Vereins Region Bern) in materia di mercati pubblici. In più occasioni tale servizio ha preso posizione in questioni particolari sull'applicazione della LMI.

Oltre ai mercati pubblici, la Commissione ha emanato una raccomandazione concernente la libera prestazione di servizi da parte dei nomadi sul territorio nazionale; inoltre ha pubblicato un parere sulla relazione del Concordato intercantonale sulla lotta contro gli abusi in materia di tassi d'interesse con la LMI.

3.5 Internazionali

Il servizio «Questioni generali di concorrenza e coordinazione» è responsabile dei contatti con le autorità straniere della concorrenza. Dato che molte disposizioni della LCart si ispirano al diritto europeo della concorrenza, le evoluzioni in questa materia in seno all'Unione europea e ai Paesi membri sono seguite attentamente. Il servizio ha concretizzato il rafforzamento delle relazioni con le autorità antitrust americane inviando uno dei suoi collaboratori presso tale autorità.

Ha partecipato alle riunioni del Comitato di diritto e di politica della concorrenza dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) e ha organizzato o elaborato i contributi della delegazione svizzera. Esso ha inoltre preso parte alle sedute del gruppo di lavoro «interazione del commercio e della politica della concorrenza» dell'OMC. Infine è stato incaricato di assicurare i contributi delle autorità della concorrenza nell'ambito della redazione del «rapporto d'integrazione 1999» del Consiglio federale e in quello dei diversi questionari di organizzazioni internazionali come l'OCSE, la CNUCED e l'FMI.

4. Statistica delle attività 1998

Untersuchungen	Enquêtes	Inchieste	
Übernahmen von 1997	Procédures reprises de 1997	Procedure riprese di 1997	7
Eröffnungen	Ouvertures	Aperture	7
Entscheide	Décisions	Decisioni	2
Vorsorgliche Massnahmen	Mesures provisionnelles	Misure cautelari	4
Einvernehmliche Regelungen	Accords amiables	Conciliazioni	1
Sanktionen	Sanctions	Sanzioni	0

Unternehmenszusammenschlüsse	Concentrations d'entreprises	Concentrazioni di imprese	
Meldungen	Notifications	Comunicazioni	26
Abschluss nach 1. Phase	Fin de la 1 ^{ère} phase	Fine della 1 ^a fase	22
Abschluss nach 2. Phase	Fin de la 2 ^{ème} phase	Fine della 2 ^a fase	4
Entscheid in der 2. Phase	Décision dans la 2 ^{ème} phase	Decisione durante la 2 ^a fase	2
Vorzeitiger Vollzug	Réalisation provisoire	Esecuzione anticipata	1
Sanktionen	Sanctions	Sanzioni	3

Vorabklärungen	Enquêtes préalables	Inchieste preliminari	
Übernahme von 1997	Cas repris de 1997	Casi ripresi di 1997	20
Eröffnungen	Ouvertures	Aperture	20
Abschlüsse	Conclusions	Conclusioni	23
- wovon Abschluss mit Untersuchungseröffnung	- dont conclusions avec ouverture d'enquête	- di cui conclusione con l'apertura di un'inchiesta	3

Diverses	Divers	Diversi	
Umstellbegleitungen	Adaptation au nouveau droit	Adeguamento al nuovo diritto	6
Nachkontrollen	Suivi des affaires	Verifiche	12
Feststellungsverfügungen	Décisions constatatoires	Decisioni di accertamento	1
Bekanntmachungen KG 6	Communications (art. 6 LCart)	Comunicazioni (art. 6 LCart)	2
Empfehlungen KG 45	Recommandations 45 LCart	Raccomandazioni 45 LCart	0

Stellungnahmen KG 46	Prises de position 46 Lcart	Preavvisi 46 LCart	62
Stellungnahmen zu Konzessionsgesu- chen RTVG	Prises de position sur les demandes de concession selon la LRTV	Preavvisi sulle do- mande di concessio- ne secondo la LRTV	13
Gutachten KG 47	Avis 47 LCart	Pareri 47 LCart	2
Gutachten KG 15	Avis 15 LCart	Pareri 15 LCart	1
Gutachten FMG 11	Avis 11 LTC	Pareri 15 LTC	2
BGBM: - Empfehlungen (Weko)	LMI: - recommandations (Comco)	LMI: - raccomandazioni (Comco)	4
- Erläuterungen (Sekretariat)	- conseils (secrétariat)	- consigli (segreteria)	4
- Gutachten (Weko)	- avis (Comco)	- avvisi (Comco)	1

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

B1 Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza

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

B 1.1	1. Distribution von Feldschlösschen-Hürlimann Bieren
--------------	--

Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen; Art. 7 KG

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

Accordi illeciti e pratiche illecite di imprese che dominano il mercato; art. 7 LCart

Schlussbericht vom 11. Februar 1999 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend die Distribution von Feldschlösschen-Hürlimann Bieren

A. Sachverhalt

1. Die Distribution von Bieren ab Brauerei bis zum Endverbraucher erfolgt über mehrere Stufen. Vom Hersteller oder Importeur (in der Regel eine Schweizer Brauerei mit Exklusivvertriebsrecht) gelangen die Biere zu *grossen Depositären, zentralen Kettenbetrieben* (Grossverteiler wie bspw. Coop) und *Cash & Carries*. Über die zentralen Kettenbetriebe gelangen die Biere via Verteilzentren in die Absatzkanäle der Grossverteiler. Über den Cash & Carry-Kanal gelangen sie mehrheitlich in den Kanal der kleineren Wiederverkäufer. Die "zentralen Kettenbetriebe" und "Cash & Carries" sind nicht Gegenstand dieser Vorabklärung.

2. Vorliegend gilt es, die Wettbewerbsverhältnisse in der Distribution via *grosse Depositäre* zu prüfen. Grosse Depositäre sind einerseits unabhängige/selbständige Depositäre und andererseits Swissdrink-Netz Depositäre. Die Swissdrink gehört (zu 100%) zur Feldschlösschen-Hürlimann-Holding (FHH).

3. Depositäre beliefern durchschnittlich zu rund 60% ihres Umsatzes den Gastronomie-Kanal (HOREKA = Hotels, Restaurants, Kaffees), den traditionellen Lebensmitteleinzelhandel (ca. 20%) sowie Privathaushalte und andere kleinere Kanäle.

4. Die FHH stellt für die Sparte Bier hinsichtlich Lieferungs- und Bezugsmodalitäten der Depositäre quantitative Selektionskriterien auf. Diese Kriterien legen fest, ob der Depositär

- direkt durch die Brauerei beliefert werden kann (A-Depositär, $\geq 2'000$ hl p.A. und ≥ 16 t pro Lieferung). [Es steht A-Depositären frei, das Bier direkt bei der Brauerei abzuholen.]
- das Bier bei der Brauerei abholen kann (B-Depositär, 1'000 - 2'000 hl p.A., ≥ 10 Palette pro Lieferung), bzw. mit einer Mindestmenge von 16t pro Lieferung auf Wunsch direkt beliefert wird.
- durch einen A-Depositär beliefert wird (C-Depositär, < 1000 hl p.A.).

5. Anlässlich ihrer Eingabe auf den Fragebogen des Sekretariats, beschreibt die FHH ihre Vertriebspolitik folgendermassen:

"Grundsätzlich hat jeder Getränkeverteiler - ob unabhängig oder gruppeneigen - die Möglichkeit, die von Gesellschaften der Feldschlösschen-Gruppe hergestellten oder vertriebenen Getränke direkt vom Produzenten zu beziehen. Diese Möglichkeit findet allerdings im Bereich der Unternehmenssparte Bier ihre Grenzen im Grundsatz der möglichst ökonomischen und ökologischen Ausnutzung der logistischen Kapazitäten. Dies hat zur Folge, dass die Möglichkeit des Bezuges von Getränken (Lieferung oder Abholung) direkt ab Produzent auf diejenigen Getränkehändler beschränkt wird, die aufgrund ihres

Absatzvolumens in der Lage sind, Getränke lastenzugsweise zu beziehen“

6. Im Laufe der Vorabklärung sind beim Sekretariat Klagen über das Verhalten der FHH gegenüber unabhängigen Depositären eingegangen. Danach fühlen sich unabhängige Depositäre gegenüber konzerneigenen Depositären benachteiligt. Ein Depositär macht geltend, dass er die FHH-Biere nicht direkt ab Brauerei beziehen könne, obschon er die oben aufgeführten Kriterien eines A-Depositärs erfülle. Die Brauerei verweise ihn an einen Swissdrink-Depositär, seinen direkten Konkurrenten.

7. Eine weitere Klage betrifft die Preis- und Margenpolitik der FHH. Danach setze die FHH Wiederverkaufspreise für ihre Biere fest und gewähre je nach strategischem Wert des Depositärs unterschiedliche Margen auf diesen Wiederverkaufspreisen. In der Regel werde gemäss dieser Aussage in Gebieten, wo ein Swissdrink Depositär mit einem unabhängigen Depositär in Konkurrenz stehe, der unabhängige Depositär regelmässig diskriminiert.

8. Des Weiteren wurde beklagt, dass Bierlieferverträge zwischen Brauerei und Gaststätte den Wettbewerb unter den Depositären verzerre, weil die Brauerei gemäss Bierliefervertrag der Gaststätte nicht nur die Biere vorschreibt, sondern auch den Depositär, bei dem diese zu beziehen sind.

9. Das Sekretariat eröffnete am 20. Dezember 1996 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.

B. Erwägungen

1 Geltungsbereich

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

1.1 Marktbeherrschendes Unternehmen

11. 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).

12. Um festzustellen, ob sich die FHH tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

I. Relevanter Markt

13. Der relevante Markt hat eine sachliche und eine räumliche Dimension; diese beiden Dimensionen ergeben zusammen den relevanten Markt.

a) Sachlich relevanter Markt

14. 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).

15. Als Marktgegenseite gelten im vorliegenden Fall die Depositäre. Sie beziehen Getränke, darunter auch Biere in der Regel bei den Produktionsstätten und nehmen die Feinverteilung dieser Produkte wahr, indem sie die nachstehende Handelsstufe (vornehmlich Gastgewerbe und Detailhandel) beliefern.

16. Die Feldschlösschen Biere sind für die Depositäre nicht durch andere Biere ausländischer oder inländischer Brauereien substituierbar. Dies ergibt sich durch die Bedeutung der zum Feldschlösschenkonzern gehörenden Marken (Feldschlösschen, Cardinal, Warteck, Hürlimann, Gurten, Valaisanne) im Schweizer Biermarkt, die dazu führt, dass die Biere der FHH sog. "Must-in-stock"-Marken sind, ohne die ein Depositär seine Geschäftstätigkeit nicht wahrnehmen kann. Zudem kontrollieren die Brauereien mehrheitlich den HOREKA-Kanal mittels Bierlieferverträgen. Damit bestimmen sie die Nachfrage des Gastgewerbes nach Bier. Vertragspartner (Gaststätten) können somit die Biermarken der FHH nicht durch andere Biere substituieren. Angesichts dessen sowie der starken Stellung der FHH insbesondere in gewissen räumlichen Märkten (vgl. Ziff. 20), dürfte eine Abgrenzung des sachlichen Marktes auf die FHH-Biere gerechtfertigt sein. Die Frage der sachlichen Marktabgrenzung braucht indessen im Rahmen dieser Vorabklärung nicht abschliessend erwogen zu werden, weil die FHH in bestimmten räumlichen Märkten auch bei weiterer sachlicher Marktabgrenzung eine sehr starke Stellung inne hat.

b. Räumlich relevanter Markt

17. 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).

18. Im vorliegenden Fall ist die *Absatzseite* der Depositäre für die räumliche Marktabgrenzung entscheidend, weil die Nachfrage des HOREKA-Kanals mehrheitlich durch *Bierlieferverträge vorbestimmt* ist (vgl. Ziff. 16). Daher liegt die Hauptgeschäftstätigkeit der Marktgegenseite in der Verteilung der bei den Brauereien bezogenen Biere. Wegen hoher Transaktionskosten (insbes. Transportkosten) bietet die Marktgegenseite das Bier in einem räumlich begrenzten Raum an. Dieser dürfte für rund 90% des abgesetzten Bieres nur selten eine Di-

stanz von mehr als 20 Kilometern vom Depot aus überschreiten. Aus diesem Grund ist von einer *engen räumlichen Marktabgrenzung* auszugehen. Die räumlichen Märkte dürften sich etwa auf Städte und deren Agglomerationen abgrenzen lassen.

II. Marktstellung

19. Die Struktur des schweizerischen Biermarktes, die sich insbesondere im HOREKA-Kanal durch eine nach wie vor starke Präsenz von *ehemals* unabhängigen – und heute mehrheitlich zur FHH-Holding gehörenden lokalen und regionalen Brauereien, bzw. deren Marken auszeichnet –, ist eine Folge des ehemaligen Gebietskartells unter den Brauereien. Diese haben zu Zeiten des Kartells eine bedeutende Anzahl von Gaststätten aufgekauft, bzw. mit ihnen langfristige Bierlieferverträge abgeschlossen. Damit konnten sich die Brauereien eine starke lokale Präsenz aufbauen. Der Gebietsschutz wiederum dürfte die lokale Verankerung verstärkt haben, da andere Brauereien in den geschützten Gebieten keine Marketinganstrengungen zur Positionierung ihrer eigenen Biere (Biermarken) vorgenommen hatten.

20. Nach dem Wegfall des Bierkartells vor etwa zehn Jahren hat in der Brauereilandschaft eine bedeutende Konzentrationsbewegung stattgefunden. Mit der Übernahme der ehemals unabhängigen Brauereien, die faktisch ein Gebietsmonopol hatten, hat sich die heutige Feldschlösschen-Hürlimann Holding insbesondere in den räumlichen Märkten Basel (Warteck), Zürich (Hürlimann), Bern (Gurten), Fribourg und Waadt (Cardinal) sowie Wallis (La Valaisanne) eine starke Marktstellung aufgebaut. So schätzen branchenkundige Personen den Marktanteil der FHH im HOREKA-Kanal z.B. in Basel auf gegen 90%.

21. In den letzten Jahren hat man auf Stufe Depositäre keine bedeutenden Marktzutritte beobachtet. Vielmehr hat die FHH kontinuierlich ihr Vertriebsnetz von Depositären mittels Übernahmen von ehemals unabhängigen Grossverteilern zur Swissdrink ausgebaut. Die Swissdrink-Depositäre stehen mit den unabhängigen Distributeuren in direkter Konkurrenz.

22. Auch auf der Stufe Brauerei hat es keine bedeutenden Marktzutritte gegeben. Allerdings haben ausländische Brauereien mit schweizerischen (darunter auch mit der FHH) vermehrt Exklusivvertriebsrechte für ihre (ausländischen) Biere abgeschlossen. Da die Schweizer Brauereien und im konkreten Fall die FHH die Exklusivvertriebsrechte haben, hat sich hinsichtlich der Wettbewerbssituation zwischen Brauerei und Depositär indessen nichts Wesentliches verändert.

23. Für unabhängige Depositäre ist der Import von ausländischen Bieren zur Bedienung des für sie wichtigsten HOREKA-Kanals (60%) wenig lukrativ, weil ihre Abnehmer überwiegend mittels Bierliefervertrag an das (inländische oder exklusivvertriebene ausländische)

Bier einer Brauerei gebunden sind. Dadurch wird der Parallelimport für Depositäre erschwert, wenn nicht gar verunmöglicht.

24. Unabhängige Depositäre sind somit vor allem in den Gebieten, wo die FHH eine starke Stellung aufweist, für die Bedienung des HOREKA-Kanals, auf Lieferungen der FHH zwingend angewiesen.

25. Angesichts

- der starken Stellung der FHH in gewissen räumlich relevanten Märkten,
- der Bierlieferverträge zwischen Brauerei und HOREKA-Kanal, welche ein Ausweichen auf ein anderes Bier faktisch verunmöglichen sowie
- der Tatsache, dass in den räumlich relevanten Märkten eine bedeutende Anzahl des HOREKA-Kanals im Besitz der FHH ist, und daher in diesen Gaststätten FHH-Biere ausgeschenkt werden,

dürfte davon ausgegangen werden, dass sich die FHH insbesondere gegenüber den Depositären in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Die FHH wäre damit als marktbeherrschendes Unternehmen zu qualifizieren.

2 Unzulässige Verhaltensweisen

26. Ein marktbeherrschendes Unternehmen verhält sich gemäss Art. 7 Abs. 1 (KG) unzulässig, wenn es unter anderem durch den Missbrauch seiner Stellung auf dem Markt die Marktgegenseite benachteiligt. Als solche Benachteiligung gilt etwa die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG) und die Einschränkung des Absatzes (Art. 7 Abs. 2 lit. e KG).

27. Es wird beklagt, dass die FHH einem Gross-Depositär den Direktbezug der Biere ab Brauerei verweigert, obschon er die dazu notwendigen Kriterien (vgl. Ziff. 4) erfüllt. Statt dessen wird er von der Brauerei an seinen direkten Konkurrenten (Swissdrink-Depositär) verwiesen. Dieses Verhalten seitens FHH bedeutet eine Diskriminierung von einem Handelspartner im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b (KG).

28. Die FHH legt für ihre Biere Wiederverkaufspreise der Depositäre fest. Gestützt auf diese Wiederverkaufspreise bemisst sich die Marge der Depositäre. Es liegen Anhaltspunkte vor, dass diese Margen für Depositäre unterschiedlich festgelegt werden. Sollte sich die diskretionäre Differenzierung von Margen nicht mit sog. "legitimate business reasons" rechtfertigen lassen, käme sie einer Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b (KG) gleich.

29. Die Bierlieferverträge zwischen der FHH und den Gaststätten (HOREKA) sehen vor, dass die Brauerei den Vertragspartnern nebst

dem Bier auch den Depositär vorschreibt, bei dem das Bier zu beziehen ist. Diese Klausel bedeutet für Depositäre unter Umständen eine indirekte Einschränkung ihres Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. e (KG). Dies, wenn die Brauerei ihren Bierlieferungsvertragspartnern (Gaststätten) Bezüge von Bieren bei gewissen Depositären gezielt verunmöglicht.

30. Damit liegen Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens vor.

3 Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkungen

31. Im Rahmen der jüngsten Konzernumstrukturierung der Feldschlösschen-Gruppe wurde diesen Anhaltspunkten für unzulässige Verhaltensweisen Rechnung getragen:

3.1 Kriterien für den Direktbezug bzw. die Belieferung mit Getränken (Ziffer 26)

32. Die Auslieferung von Getränken wird vom Produzenten losgelöst. Die Auslieferung erfolgt von einem der 26 Auslieferlager oder von einem der sechs Produktionsstandorte. Die Kategorisierung nach A-, B- und C-Depositären (vgl. Ziff. 4) wird einheitlich durchgesetzt. Wer die entsprechenden Kriterien (lastenzug- und palettenweise Abholung) erfüllt, kann direkt ab einem durch die FHH disponierten – in der Regel das nächstgelegene – Auslieferlager Getränke beziehen. Bei Abholung erhalten Dritte auf den offiziellen Preisen (Basis franko geliefert) eine einheitlich ausgestaltete Abholentschädigung. Damit wird die unter Ziffer 27 beklagte Diskriminierung hinfällig.

3.2 Festlegung der Wiederverkaufspreise der Depositäre (Ziffer 27)

33. Mit dem neuen Vertriebskonzept werden *keine Wiederverkaufspreise* mehr vorgegeben. Die jeweiligen Preislisten für Gastronomie, Getränkehandel und Detailhandel verstehen sich als Verkaufspreise (franko geliefert, vgl. oben) der Auslieferlager der FHH an die entsprechenden Kanäle.

34. Sämtliche (unabhängige) Depositäre (Getränkehändler) erhalten für die Feinverteilung eine identische Ausgangsmarge von 10%. Das Konditionenkonzept regelt darüber hinaus weitere Konditionen, in deren Genuss der Getränkehändler kommen kann, wenn er für die Feldschlösschen Getränke AG gewisse Dienstleistungen übernimmt (Datentransfer, Disposition und Unterhalt von Festmaterial) oder grosse Bestellmengen aufweist (Mengenrabatte). Diese Kriterien sind durchaus als sog. „legitimate business reasons“ zu qualifizieren. Damit dürfte eine Diskriminierung von Handelspartnern aufgrund arbiträrer Margen ausgeschlossen werden.

3.3 Diskriminierung durch Bierlieferverträge (Ziffer 28)

35. Die neuen – ab 1. Oktober 1998 gültigen – Getränkeliieferverträge der Feldschlösschen Getränke AG sehen vor, dass der Getränkelieferant (Depositär) durch den Kunden und die Feldschlösschen Getränke AG gemeinsam festgelegt werden. Mit der gemeinsamen Festlegung kann sichergestellt werden, dass die Brauerei Zugang zu den Daten für die vertraglich festgelegten Rückvergütungen hat. Der Kunde kann den Getränkelieferanten wechseln. Die Vertreter der FHH haben im Übrigen geltend gemacht, dass es mehr im Interesse der Brauerei liege, dass der Kunde ihre Getränke führt und weniger bei wem er sie bezieht. Mit der Möglichkeit des Kunden, den Lieferanten zu bestimmen und gegebenenfalls zu wechseln – unter dem Vorbehalt, dass ein reibungsloser Datenverkehr sichergestellt werden kann – fällt der sich durch die Bierlieferverträge ergebende Anhaltspunkt für eine Diskriminierung von Getränkelieferanten weg.

C. Schlussfolgerungen

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

1. stellt fest, dass die Vorabklärung Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen ergeben hat;
2. stellt fest, dass mit den Anpassungen im Rahmen der jüngsten Konzernumstrukturierung die möglicherweise unzulässigen Verhaltensweisen hinfällig geworden sind;
3. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
4. Eröffnet

B 1.1	2. Enquête préalable Transportbeton
-------	--

Unzulässige Wettbewerbsabrede sowie unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen; Art. 5 und 7 KG

Accords illicites et pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante; art. 5 et 7 LCart

Accordi illeciti e pratiche illecite di imprese che dominano il mercato; art. 5 e 7 LCart

Résumé

I. Etat des faits

La procédure répond à une plainte faisant état d'un possible accord sur les prix parmi les entreprises productrices de béton prêt à l'emploi. Le 16 septembre 1998 le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après le secrétariat) a ouvert une enquête préalable. Au cours de l'instruction de cette enquête préalable, le secrétariat a sollicité et obtenu des renseignements écrits de la part de différentes entreprises productrices de béton prêt à l'emploi sises dans les cantons de Saint Gall, Schwyz, Lucerne, Zurich, Argovie, Glaris et Turgovie. Des questionnaires ont été également envoyés aux partenaires potentiels à l'échange (entreprises de construction) ainsi qu'à différentes associations régionales de la branche.

Le béton est un mélange homogène de liants (ciment), d'agrégats (sable, gravier) et d'eau. Des adjuvants peuvent être ajoutés en très petites quantités au moment de la confection pour améliorer certaines de ses propriétés. Une fois ces mélanges et dosages effectués, le béton est dit prêt à l'emploi et est ensuite transporté par le producteur sur le chantier de l'utilisateur dans des camions malaxeurs. Non stockable, il doit être livré rapidement car au-delà d'un certain temps de prise, il devient inutilisable. Le coût du transport de ce produit représente un élément important du prix total. Le béton prêt à l'emploi est utilisé pour la construction en surface, pour la construction souterraine, la construction de routes et de jardins. La qualité requise de béton prêt à l'emploi dépend du type de construction envisagé.

Les coûts de transport s'ajoutent au prix du béton. Ceux-ci varient en fonction de la distance entre l'entreprise et le lieu de destination du béton. Des suppléments sont prévus pour certains mois d'hiver et pour des livraisons en dehors des jours et des heures ouvrables.

La distance maximale de transport du béton prêt à l'emploi est limitée si des adjuvants spéciaux ne sont pas ajoutés au produit. Il semble que, sans adjuvants, la distance maximale de transport s'élève à 50-60 Km. En effet, après un certain temps (45-60 min) le béton commence à délier par une réaction chimique (hydratation). Les adjuvants retardent la réaction chimique et permettraient un transport dans toute la Suisse. Toutefois, l'addition d'adjuvants renchérit le béton prêt à l'emploi. Les marchés sont par conséquent des marchés régionaux.

Les listes de prix des entreprises productrices de béton prêt à l'emploi contiennent les prix pour différentes qualités de béton. D'abord, il y a différentes qualités de béton prêt à l'emploi classées selon les normes SIA 162 (Ausgabe 1989). Ces normes prescrivent les caractéristiques que chaque type de béton prêt à l'emploi doit présenter. Ensuite, il existe différentes qualités de béton prêt à l'emploi qui ne sont pas classées selon les normes SIA. Chaque sorte de béton répond à des exigences particulières et le client peut toujours demander une adaptation de l'offre en fonction de ses besoins.

La plupart des entreprises sont membres de la VSTB (Verband schweizerischer Transportbetonwerke). La VSTB est une association professionnelle (Fachverband) qui ne donne aucune prescription en matière de prix. Elle fournit en revanche des lignes directrices concernant la qualité du produit et les techniques de production, s'occupe de la formation des membres et prescrit les conditions générales de livraison et de paiement. Hormis la VSTB, certaines entreprises sont membres d'associations régionales de la branche. Il existe aussi des entreprises qui n'appartiennent à aucune association.

Il existe, dans le canton de Zurich, 4 associations régionales, notamment les associations KSZO (Kies- und Sandlieferanten Zürcher Oberland), VUKT (Verband Zürcher Unterländer Kies- und Transportbeton Produzenten), VWKT (Verband der Winterthurer und Weinländer Kies- und Transportbeton Produzenten) et VZSK (Verband Zürcher Sand- und Kieslieferanten). Ces associations ont émis jusqu'en 1997 des listes de prix pour les différentes qualités de béton prêt à l'emploi à l'attention de leurs membres.

Le 4 février 1999, le secrétariat a reçu dans ses bureaux les représentants des associations régionales, VUKT, VWKT et VZSK. A la suite de cette séance, ces associations ont fait parvenir au secrétariat la documentation attestant la résiliation pour le 31 octobre 1998 des contrats contraires au droit des cartels. L'accord («Strukturkrisenkartell») de crise conclu le 25 mai 1998 a également été résilié pour la fin du mois d'octobre 1998. D'autres contrats avaient déjà été résiliés auparavant. Ces associations ont affirmé que l'enquête préalable du secrétariat a accéléré leur décision de résilier les contrats illicites au regard du droit des cartels. S'agissant du canton de Zurich, il n'existe plus d'indices d'un accord illicite sur les prix selon l'article 5 alinéa 3 LCart.

II. Conclusion

Compte tenu de ce qui précède, le secrétariat de la Commission de la concurrence décide de clore l'enquête préalable sans suite.

Au vu de la structure oligopolistique du marché du béton prêt à l'emploi, le secrétariat suivra, dans le cadre de sa mission d'observation des marchés, l'évolution de la concurrence. En effet, il subsiste un risque que les accords formels cités plus haut soient remplacés par des ententes informelles tacites.

B 2 Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2 1. Vorsorgliche Massnahmen
Mesures provisionnelles
Misure cautelari

B 2.1	1. Reine Gase und Mischgase
--------------	------------------------------------

Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG

Accords illicites; art. 5 LCart

Accordi illeciti; art. 5 LCart

Verfügung vom 1. März 1999 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend reine Gase und Mischgase

A. Sachverhalt

1. Ende Oktober 1996 meldete ein Werkzeughersteller dem Sekretariat der Wettbewerbskommission, die Anbieter von reinen Gasen und Mischgasen hätten unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen (Akte Nr. 2).

2. Am 25. Februar 1997 übermittelte die Bezirksanwaltschaft III des Kantons Zürich dem Sekretariat eine Anzeige gegen AGA GAS, Carbagas und PanGas, welche eine Einzelperson am 18. Februar 1997 erstattet hatte (Akte Nr. 3). Beklagt wurden insbesondere Kundenabreden der Anbieter. Bei Offertgesuchen würden die Anbieter miteinander Kontakt aufnehmen, um abzuklären, welchen Preis der Kunde beim bisherigen Anbieter bezahlt hatte. Mit entsprechend teureren Offerten würden sie dann ungewollte Kundenfluktuationen verhindern.

3. Entsprechende Anhaltspunkte erhärteten sich anlässlich der Vorabklärung des Sekretariats der Wettbewerbskommission (Akte Nr. 13). So wurden für *vergleichbare Abnehmer eines identischen Gases* zwischen den Herstellern und teilweise auch bei denselben Herstellern erhebliche Preisunterschiede festgestellt, was für homogene Güter, wie Gase es sind, ungewöhnlich ist. Aufgrund dieser Anhaltspunkte wurde eine Untersuchung eröffnet.

4. Die reinen Gase und Mischgase kommen in industriellen Produktionsprozessen, der Medizin, der Lebensmitteltechnik und in anderen Bereichen zum Einsatz.

5. In der Schweiz gibt es vier bedeutende Anbieter von Gasen: die Carbagas, die AGA GAS, die PanGas und das Sauerstoffwerk Lenzburg (SL).

6. Die Gasabnehmer beziehen die in Tankwagen gelieferten Gase aufgrund von *Fünf- und Zehnjahres-Lieferverträgen*. Nebst Belieferung mit Gasen vermieten die Gasunternehmen ihren Kunden teilweise auch die für eine spezifische Anwendung erforderlichen Anlagen. Dazu gehören bspw. Gefriermaschinen, Tankanlagen und vakuumisolierte Leitungen.

7. Im Laufe der Ermittlungen stellte sich heraus, dass die Gasanbieter bis zum 5. November 1996 Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 sowie Art. 5 Abs. 1 KG getroffen hatten. Diese Abreden wurden in einer Vereinbarung [Kartellvereinbarung] vom 7. März 1991 (Akte Nr. 29) zwischen AGA GAS, Carbagas, PanGas und dem Sauerstoffwerk Lenzburg (SL) festgehalten. In der Folge des am 1. Juli 1996 in Kraft getretenen neuen Kartellgesetzes haben die Anbieter die Vereinbarung am 5. November 1996 formell *aufgehoben* (Akte Nr. 29, Beilage 2).

8. Die Kartellvereinbarung regelte

- gegenseitige Preisabsprachen für Gase und Gebinde,
- einen gegenseitigen Kundenschutz sowie
- die Eröffnung neuer Lieferstellen (Gasdepots).

9. Von der Vereinbarung ausgeschlossen waren die sogenannten "neuen Anwendungen". Dabei handelt es sich insbesondere um die anwendungstechnische Beratung zwecks Vertragsabschluss mit Kunden, welche am betreffenden Standort für eine spezifische Anwendung bisher kein oder ein anderes Gas verwendet hatten.

10. Im Rahmen der Untersuchung wurde im Winter 1997/98 eine Kundenbefragung durchgeführt. Auf die Frage, welche Erfahrungen beim Einholen von Konkurrenzofferten gemacht wurden, meinte:

Kunde 1: " ..., dass seitens eines möglichen Neulieferanten kein grosses Interesse an einem Neuauftrag bestand. Nach unserem Ermessen besteht kein grosser Wettbewerb. Da wir, wie Sie auch, Preisabsprachen vermuten, haben wir beschlossen, unsere Gasmengen wo es geht zu reduzieren." (Akte Nr. 22)

Kunde 2: " ... wenn bei einem anderen Schweizer eine Offertanfrage eingeholt wurde, waren die Preise immer bedeutend höher als bei der AGA GAS oder es wurde überhaupt kein Angebot unterbreitet..." (Akte Nr. 17)

Kunde 3: " Offerten waren preislich höher." (Akte Nr. 16)

Kunde 4: "Bei PanGas haben sich die Kosten gegenüber früheren Jahren massiv gesenkt.... Bis Oktober 97 waren wir der Meinung, dass

Preisabsprachen in diesem Markt möglich sein könnten, jedoch nach der letzten eingehenden Offertrunde beurteilen wir die Situation als markt- und konkurrenzgerecht.“ (Akte Nr. 16)

11. Andere Befragte meinten dagegen, dass sie keine Wettbewerbsprobleme erkennen. Bei diesen handelte es sich jedoch um solche, die noch nie eine Konkurrenzofferte eingeholt hatten (Akten Nr. 20, 21, 25) bzw. um einen solchen, der Kohlensäure bei einem anderen Anbieter bezieht (Akte Nr. 22).

12. Diese Aussagen sind als harte Indizien zu werten für die in Ziffer 2 erwähnte Klage über die gemeinsame Kundenabsprache zwischen den Anbietern.

13. AGA GAS selber sagte aus, dass es den Gaslieferanten klar war, dass diese Kartellvereinbarung mit dem neuen Kartellgesetz nicht vereinbar sein wird. Daher hätten sie die Abreden bereits im April 1993 mündlich aufgehoben. Dennoch gesteht auch AGA GAS ein, dass die Absprachen tatsächlich erst mit der "formellen" Aufhebung am 5. November 1996 dahinfielen. Bis dahin beurteilt sie die Situation wie folgt: *"Offensichtlich hielten sich aber alle im grossen Ganzen an die frühere Kartellvereinbarung... In den Jahren 1994 – 1996 mehrten sich die "Verstösse" gegen die Kartellvereinbarung"* (Akte Nr. 29).

14. Angesichts der oben aufgeführten Ergebnisse der Kundenbefragungen sowie der Aussage der AGA GAS ist erstellt, dass die Abrede – wenn ab 1994 möglicherweise auch nur als abgestimmte Verhaltensweise – bis zum November 1996 in Kraft war, und der 5. November als eigentliches Datum für die Beendigung der Abrede zu betrachten ist.

15. Zum heutigen Zeitpunkt finden sich keine Anhaltspunkte mehr dafür, dass die alten Abreden in der Praxis weiter gelten oder neue Abreden getroffen worden wären.

16. Am 8. (AGA GAS) und 21. Oktober 1998 (PanGas und Sauerstoffwerk Lenzburg) nahmen die Parteien Akteneinsicht, Carbagas verzichtete auf eine solche.

17. Mit Schreiben vom 4. Dezember 1998 liessen sich die Parteien zum Verfügungsentwurf vernehmen (vgl. Akte Nr. 50).

18. Am 11. Februar 1999 wurde mit den Anbietern folgende einvernehmliche Regelung ausgehandelt:

1. Die AGA GAS, Carbagas, PanGas und das Sauerstoffwerk Lenzburg (Anbieter) haben sich ohne Anerkennung einer Rechtspflicht zu einer einvernehmlichen Regelung bereit erklärt.
2. Diese Regelung gilt für Verträge, die mit einem der vier genannten Anbieter vor dem 5. November 1996 für Gaslieferungen in Tankwagen abgeschlossen wurden und nicht vor dem 1. Januar 1999 gekündigt werden konnten.

Gaslieferverträge für "neue Anwendungen" fallen nicht unter die Regelung; "neue Anwendungen" sind Anwendungen, in welchen der Kunde bis zum Vertragsabschluss am betreffenden Standort sowie für die betreffende Anwendung kein – bzw. ein anderes – Gas verwendet hatte.

3. Die obengenannten Anbieter erklären sich bereit, mit den betroffenen Kunden während einer Frist von *drei Monaten* nach rechtskräftiger Genehmigung dieser einvernehmlichen Regelung neue Verträge auszuhandeln. Kann während dieser Frist kein neuer Vertrag ausgehandelt werden, haben die betroffenen Kunden das Recht, den Vertrag während einer Dauer von weiteren *neun Monaten* jederzeit unter Einhaltung einer *sechswöchigen* Kündigungsfrist einseitig aufzulösen.

Die Ausübung dieses Kündigungsrechtes zieht für den Kunden keine Kosten wegen vorzeitiger Vertragsauflösung nach sich.

4. Die Anbieter teilen den Inhalt dieser einvernehmlichen Regelung den betroffenen Kunden nach rechtskräftiger Genehmigung der einvernehmlichen Regelung schriftlich mit. Eine Kopie dieser Schreiben wird dem Sekretariat der Wettbewerbskommission zugestellt.

19. Die Anbieter konnten mit Frist bis zum 23. Februar 1999 ihre definitive Zustimmung zum Text der einvernehmlichen Regelung abgeben. Die AGA GAS, Carbagas und das Sauerstoffwerk Lenzburg haben der einvernehmlichen Regelung zugestimmt. Die PanGas verlangte eine Fristerstreckung bis zum 27. März 1999, da der Verwaltungsrat nicht vorher zusammentreten könne. In Anbetracht der bereits lange dauernden Untersuchung und der früheren Fristerstreckungsgesuche der PanGas lehnte die Wettbewerbskommission eine weitere Erstreckung ab und stellte fest, dass die einvernehmliche Regelung nicht zustande gekommen ist.

B. Erwägungen

20. Wettbewerbsabreden, welche unter dem alten Kartellgesetz getroffen wurden, sind am neuen Kartellgesetz zu messen, "soweit sie seit dessen Inkrafttreten nach wie vor wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen zeitigen" (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 13. November 1998, 4C.466/1997; RPW 1998/4 S. 720).

21. Trotz der formellen Aufhebung der Vereinbarung am 5. November 1996 zeitigt diese auch noch heute Auswirkungen, weil es nach wie vor *gültige Gaslieferverträge* zwischen Anbietern und Kunden gibt, die vor der Aufhebung der Vereinbarung abgeschlossen wurden. Den Konditionen dieser Gaslieferverträge liegt die Wettbe-

werbssituation zugrunde, wie sie zur Zeit der Vereinbarung vorherrschend war.

22. 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.

23. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird unter anderem bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen sowie bei Abreden 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).

24. Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass die Gasanbieter bis zum 5. November 1996 einen Gebietsschutz und Preisabsprachen vereinbart hatten, welche überwiegend eingehalten wurden.

25. Im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 1 KG war der wirksame Wettbewerb daher vermutungsweise beseitigt.

26. Die Anbieter bestreiten in ihren Stellungnahmen (vgl. Akten Nr. 37/43/47/51/ 57/58) diese Schlussfolgerung. Sie geben an, dass auch zur Zeit der Kartellvereinbarung Wettbewerb unter den Anbietern geherrscht habe, und Gaslieferverträge teilweise unter Konkurrenzbedingungen abgeschlossen worden seien.

27. Im Übrigen machen die Anbieter geltend, sie hätten diese Wettbewerbsabreden bereits im April 1993 aufgehoben, allerdings nur mündlich.

28. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass der Bereich "neue Anwendungen" von den Abreden nicht betroffen war. Daher ist es durchaus zutreffend, dass bei Vertragsabschlüssen im Bereich der "neuen Anwendungen" Wettbewerb herrschte; und dies auch belegt werden kann. Vielmehr bezweckte das Kartell nämlich eine Dauerbindung von einmal gewonnenen Kunden, weil es die Aufrechterhaltung von Kundenbindungen über das Auslaufen der langfristigen Gaslieferverträge hinaus sicherstellte.

29. Der Sachverhalt – Aussagen von Gasanbieter und Kunden (vgl. Ziff. 10/13) – zeigt, dass für die Kunden die Abreden bis zu deren "formellen" Aufhebung im November 1996 wirksam waren.

30. Aus dem Sachverhalt ergeben sich keine Anhaltspunkte, wonach die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden könnte. Abgesehen vom pauschalen Bestreiten, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt war und dem Verweis auf den Wettbewerb im Bereich "neue Anwendungen", haben auch die Anbieter keine solchen geltend gemacht. Aus diesen Gründen kann die Vermu-

tung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden.

31. Selbst wenn man annehmen würde, dass im vorliegenden Fall der Wettbewerb trotz Preis- und Gebietsabsprachen nicht beseitigt war, müsste angesichts der im Sachverhalt zitierten Aussagen von Kunden und von AGA GAS sowie der Tatsache, dass der Preis der zentrale Wettbewerbsparameter ist, zum Mindesten auf eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs geschlossen werden.

32. Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb lediglich beeinträchtigen, können gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden, wenn sie notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen und wenn sie den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

33. Derartige Gründe der wirtschaftlichen Effizienz sind vorliegend nicht ersichtlich und wurden auch nicht geltend gemacht. Die Abreden führten weder zur Senkung von Herstellungs- oder Vertriebskosten noch zu Verbesserungen des Produktionsprozesses, zu der Verbreitung von technischem Wissen oder einer rationellen Nutzung von Ressourcen. Zudem hätten diese Preis- und Gebietsabreden den beteiligten Unternehmen ermöglicht, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Die Abreden können daher nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden.

34. Damit ergibt sich, dass im vorliegenden Fall die Abreden den wirksamen Wettbewerb beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt haben und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Daher sind diese Abreden, welche die Gasanbieter bis zum 5. November 1996 getroffen haben, im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG als unzulässig zu qualifizieren.

35. Den zur Zeit der Vereinbarung abgeschlossenen und heute noch geltenden Fünf- bzw. Zehnjahres-Gaslieferverträgen [Dauerverträge] liegen *unzulässige Abreden* zugrunde. Mittels langfristigen, heute noch laufenden Gaslieferungsverträgen zeitigen die unzulässigen Abreden daher nach wie vor Auswirkungen.

36. Das Fortschreiben der Resultate der alten Kartellordnung mit den in den Dauerverträgen enthaltenen Konditionen, die die Anbieter aufgrund der Kartellordnung ihren Kunden abverlangen konnten, bildet eine *indirekte Fortsetzung der alten Ordnung* durch Folgeverträge. Diese verlängern die alte Marktordnung bis zum Auslaufen der Verträge. Die Folgeverträge sind daher insoweit unzulässig, als die Kartellordnung selbst unzulässig war. Da die Kartellordnung bis zum 5. November 1996 bestand, betrachtet die Wettbewerbskommission

als Folgeverträge die Gaslieferverträge für Lieferungen in Tankwagen, die vor dem 5. November 1996 abgeschlossenen wurden, bis heute noch nicht gekündigt werden konnten und nicht in den Bereich der "neuen Anwendungen" fallen. Diese Gaslieferverträge sind für den Kunden unverbindlich.

37. Die vor November 1996 abgeschlossenen Gaslieferverträge laufen nach und nach aus, gelten aber noch zu einem beträchtlichen Teil auf Jahre hinaus. Es lag im Interesse der sofortigen Herstellung des wirksamen Wettbewerbs, rasch eine Lösung zu finden. Daher wurde mit der AGA GAS, Carbagas, PanGas und dem Sauerstoffwerk Lenzburg die oben erwähnte einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG (vgl. Ziff. 18) ausgehandelt. Diese Regelung enthielt Modalitäten der vollständigen Wiederherstellung des Wettbewerbs in- nert nützlicher Frist. Eine solche Regelung hätte es der Wettbewerbskommission erlaubt, von einem Eingreifen Abstand zu nehmen.

38. Mit dem Ausbleiben der definitiven Zustimmung seitens der PanGas ist die einvernehmliche Regelung nicht zustande gekommen. Im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Parteien sowie gewisser Vorbehalte der Anbieter, an einer einvernehmlichen Regelung nur mitzumachen, falls alle anderen Anbieter dies auch tun, muss die Wettbewerbskommission eine Verfügung erlassen, die sich gegen sämtliche ehemals an der Abrede beteiligten Anbieter, bzw. deren noch laufenden Dauerverträge richtet.

39. Die Folgeverträge bilden hinsichtlich der vom Kartell auferlegten Konditionen eine Verletzung von Artikel 5 des Kartellgesetzes. Um diese Verletzung des Kartellgesetzes aufzuheben, müssen die Anbieter verpflichtet werden, den Kunden, die nach wie vor an einen solchen Dauervertrag gebunden sind, marktgerechte Konditionen anzubieten oder sie neue Verträge mit anderen Anbietern abschliessen zu lassen.

C. Kosten

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

41. Gestützt auf die Übergangsbestimmung von Art. 9 KG-Gebührenverordnung gilt bei Verwaltungsverfahren, die beim Inkrafttreten der Verordnung am 1. April 1998 noch nicht abgeschlossen waren, für die Bemessung der Gebühr und Auslagen für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem Inkrafttreten erfolgt ist, das bisherige Recht.

42. Derjenige Teil der Aufwendungen, der vor dem 1. April 1998 erfolgt ist, beläuft sich auf 55 Prozent der gesamten Aufwendungen. Derjenige Teil der Aufwendungen, der nach dem 1. April 1998 erfolgt ist, umfasst somit 45 Prozent der gesamten Aufwendungen bzw., in Stunden ausgedrückt, 104.35 Stunden.

43. Gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 2 Abs. 3 der – früheren – Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (SR 172.041) kann die verfügende Behörde von den Parteien eine Spruchgebühr von 200-5000 Franken fordern. Wäre das Verfahren vor dem 1. April 1998 abgeschlossen worden, hätte die Wettbewerbskommission angesichts *des Umfangs und der Schwierigkeiten des Falles* (vgl. Art. 2 Abs. 3) eine Spruchgebühr von 5000 Franken erhoben. Für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem 1. April 1998 erfolgt ist, wird den Parteien somit eine Gebühr von 2750.- Franken auferlegt.

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

45. Die Wettbewerbskommission erkennt im vorliegenden Fall keine Gründe, welche eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr rechtfertigen würden. Für die aufgewendete Zeit von 104.35 Stunden gilt daher ein Ansatz von 130 Franken. Die Gebühr für denjenigen Teil der Aufwendungen, der nach dem 1. April 1998 erfolgt ist, beläuft sich demnach auf 13'565.50 Franken.

46. Neben dem Aufwand nach Art. 4 KG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Wettbewerbskommission zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Diese belaufen sich für denjenigen Teil der Aufwendungen, der nach dem 1. April 1998 erfolgt ist, auf 203.50 Franken.

D. Dispositiv

47. Aufgrund des Sachverhalts und der Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Wettbewerbskommission nimmt Vormerk davon, dass die wettbewerbsbeschränkenden Abreden zwischen AGA GAS, Carbagas, PanGas und dem Sauerstoffwerk Lenzburg (Kartellvereinbarung) am 5. November 1996 formell aufgehoben wurden.
2. Die Wettbewerbskommission stellt fest, dass die vor dem 5. November 1996 abgeschlossenen Dauerverträge für Gaslieferungen in Tankwagen, die heute noch in Kraft sind und nicht vor dem 1. Januar 1999 gekündigt werden konnten sowie solche, die nicht

in den Bereich "neue Anwendungen" fallen, eine Fortsetzung der früheren Kartellordnung bilden.

3. Diese Gaslieferverträge bilden hinsichtlich der vom Kartell auf-erlegten Konditionen eine Verletzung von Art. 5 KG; sie sind für den Kunden unverbindlich.
4. Die Parteien werden angewiesen, den betroffenen Kunden innert Wochenfrist nach Rechtskraft dieser Verfügung die Weiter-führung der Verträge zu marktgerechten Konditionen anzubie-ten oder die Kunden neue Verträge mit anderen Anbietern ab-schliessen zu lassen.
5. Die Anbieter teilen den Inhalt dieser Verfügung den betroffenen Kunden innert Wochenfrist nach deren Rechtskraft mit. Eine Kopie dieser Schreiben muss dem Sekretariat der Wettbe-werbskommission zugestellt werden.
6. Kosten
7. Rechtsmittel
8. Eröffnet

B 2.1	2. Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern
-------	--

Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG

Accords illicites; art. 5 LCart

Accordi illeciti; art. 5 LCart

Verfügung vom 1. März 1999 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern

A. Sachverhalt

1 Anlass

1. Bis Ende Juni 1995 verfügte der Schweizerische Verband für künstliche Besamung (SVKB) über ausschliessliche Rechte zur künstli-chen Besamung (KB) von Rindern, während andere Organisationen und Unternehmen auf vor- und nachgelagerte Tätigkeiten einge-schränkt waren. Die Monopolkonzession des SVKB beruhte auf der Verordnung über die Rindvieh- und Kleinvieh-zucht vom 29. August 1958 (TZV; SR 916.310). Per 1. Juli 1995 wurde das Monopol des SVKB im Rahmen einer Teilrevision der TZV aufgehoben. Seither kann das Bundesamt für Landwirtschaft Bewilligungen zur KB erteilen. Diese

Bestimmung gilt auch in der revidierten TZV vom 28. Januar 1998 (Art. 32 Abs. 1).

2. Neben dem SVKB haben gegenwärtig die Select Star SA, Puplinge, sowie Triple Genetics-Service AG (TGS), Selzach, die Genehmigung des Bundesamtes für Landwirtschaft für die Gewinnung, die Lagerung und den Vertrieb von Spermia von Rindvieh zum Zweck der KB. ABC Genetics, Crans, hat bisher noch keine Bewilligung erhalten, da sie die obligatorischen Verträge mit den anerkannten Zuchtorganisationen nicht vorweisen kann (vgl. Ziffer 38).

3. Nach der Aufhebung der Monopolstellung des SVKB sind bei der Kartellkommission beziehungsweise ab 1. Juli 1996 bei der Wettbewerbskommission Klagen von Unternehmen der künstlichen Besamung eingetroffen, in welchen dem SVKB kartellgesetzlich unzulässige Verhaltensweisen vorgeworfen werden (Art. 7 KG).

2 Der SVKB und die beklagten Verhaltensweisen

4. Der SVKB wurde im Jahr 1960 als Genossenschaftsverband gegründet. Genossenschafter sind die Kantone, das Fürstentum Liechtenstein, die anerkannten Rindviehzuchtverbände, die Kleinviehzucht- und Vermarktungsorganisationen und die Interessengemeinschaft Schweizerischer Besamungszüchter. Die Kantone haben sich als Genossenschafter und Träger des SVKB per Delegiertenversammlung vom 4. Dezember 1998 zurückgezogen, was eine erhebliche Stärkung der Stellung der Zuchtverbände zur Folge hat.

5. Der SVKB bezweckt die Durchführung der künstlichen Besamung beim Rind- und Kleinvieh und aller damit verbundenen Nebenaufgaben. Zu den vom SVKB angebotenen Dienstleistungen zählen u.a.:

- Gewinnung, Verarbeitung und Lagerung von Samen aller in der Schweiz beheimateten Milchvieh- und Fleischrassen;
- Samenexport und -import;
- Flächendeckender Besamungsdienst.

6. Der SVKB hat aufgrund seiner bis zum 30. Juni 1995 bestehenden gesetzlichen Monopolstellung eine flächendeckende Besamungsorganisation aufgezogen. Die Besamungen lässt er entweder durch die 223 beim SVKB angestellten Besamungstechniker oder durch vertraglich gebundene Tierärzte durchführen. Nach Auskunft des SVKB erfolgten in der Saison 1997/98 rund 82% der KB über eigene Besamungstechniker und rund 18% über Vertragstierärzte.

7. Gegenwärtig hat der SVKB mit 116 Tierärzten exklusive Verträge abgeschlossen: In diesen Verträgen verpflichten sich die Tierärzte u.a., nur Samen aufzubewahren und anzubieten bzw. zu verteilen, welcher vom SVKB geliefert worden ist. Zudem wird in den Verträgen festgelegt, dass die Tierärzte die vom SVKB festgesetzten Tarife anwenden und Zuschläge oder Rabatte gemäss den Richtlinien des SVKB

verrechnen. Die Besamungen werden grundsätzlich flächendeckend zum Einheitstarif von Fr. 28.- angeboten. Der Tarif setzt sich aus dem Besamungstarif (Fr. 16.-) und dem Besuchstarif (Fr. 12.-) zusammen. Zusätzlich muss der Genetiktarif bezahlt werden, welcher sich je nach Qualität ungefähr zwischen Fr. 4.- und Fr. 75.- bewegt.

2.1 Beklagte Verhaltensweisen betreffend Vermittlung von Stiersamen

8. Die Gesellschaft Schweizerischer Tierärzte und einzelne Tierärzte beklagen die Benachteiligung unabhängiger Tierärzte gegenüber den mit dem SVKB vertraglich gebundenen Tierärzten und Besamungstechnikern des SVKB im Wettbewerb. Namentlich wird geltend gemacht:

- Tierärzte, welche mit dem SVKB keinen Exklusivvertrag abschliessen wollten, würden mit einem beschränkten Angebot an Samen sowie zu finanziell ungünstigeren Konditionen beliefert. Diese Verträge würden daher einer unzulässigen Verhaltensweise des SVKB gemäss Art. 7 KG entsprechen, da die Tierärzte für ihre Besamungsdienstleistungen auf eine Zusammenarbeit mit dem SVKB angewiesen seien.

9. Neben den Tierärzten beklagt sich auch Select Star über die exklusivvertragliche Bindung von Tierärzten an den SVKB:

- Zum Aufbau eines eigenen Verteilnetzes habe Select Star am 22. März 1996 praktizierende Tierärzte angeschrieben, um sie für den Vertrieb und die Applikation ihrer Produkte zu gewinnen. Nach anfänglichen Erfolgen hätten sie aber ab Ende August 1996 mehrere Kündigungen und Absagen von frei praktizierenden Tierärzten erhalten, da der SVKB in der Folge mit den Tierärzten Exklusivverträge abgeschlossen habe unter der Androhung, die Zusammenarbeit mit den Tierärzten aufzulösen, falls sie mit anderen KB-Unternehmen als dem SVKB zusammenarbeiteten.
- Mit Schreiben vom 28. Juli 1998 macht der Rechtsvertreter von Select Star geltend, dass der SVKB gezielt Exklusivverträge mit Tierärzten abschliesse, welche zu den wichtigsten Kunden von Select Star zählten. Dieses Vorgehen sei nur möglich, weil der SVKB durch die Zuchtverbände in Kenntnis vertraulicher Angaben gesetzt worden sei.
- Aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für KB erschwere der SVKB den Marktzutritt neuer KB-Unternehmen und gefährde deren weitere wirtschaftliche Existenz.

10. Ebenfalls in Bezug auf die angeblich marktbeherrschende Stellung des SVKB bemängelt Select Star verschiedentlich die Nicht-Belieferung mit Genetik des SVKB:

- Da ein Stier erst nach etwa 6 Jahren alle Stufen eines Prüfprogrammes durchlaufen habe, könne Select Star als noch junges Unternehmen erst in etwa drei Jahren auf erste eigene nachzuchtgeprüfte Genetik zurückgreifen.
- Für die Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit und zur Finanzierung eigener Prüfstiere seien sie folglich auf den Verkauf importierter oder bereits geprüfter inländischer Genetik angewiesen. Dies sei allerdings nur beschränkt möglich, da Select Star, wie dargestellt, nicht nur betreffend den Vertrieb von Stiersamen, sondern auch in der Beschaffung von Genetik behindert werde (vgl. Abschnitt A.2.2).

11. Unter dem Hinweis, dass neue KB-Unternehmen noch keine eigenen nachzuchtgeprüften Stiere anbieten können, schlägt TGS mit Schreiben vom 17. November 1998 vor, dass bei Bedarf die Möglichkeit bestehen sollte, vom SVKB Samen zu beziehen, welcher noch von Stieren aus der Monopolzeit stammt. Bis jetzt würden allerdings nicht einmal Besamer, welche mit TGS oder Select Star zusammenarbeiten, mit allen Stieren des SVKB beliefert, auch nicht mit Spitzenstieren aus der vergangenen Monopolzeit.

12. Aufgrund der Bemängelung, dass die KB-Unternehmen sich gegenseitig ihre Produkte nicht zur Verfügung stellen würden, schlägt der SVKB mit Schreiben vom 7. September 1998 an Select Star den Abschluss einer Vereinbarung (Gentlemen's Agreement) unter den bewilligten KB-Unternehmen vor. Gemäss diesem Vorschlag sollen sich letztere ihre Produkte unter Einhaltung folgender Rahmenbedingungen gegenseitig zur Verfügung stellen:

- *"der Genetikproduzent bzw. Lieferant des Spermas bestimmt den Verkaufspreis als Mindestpreis für den Schweizer Markt;*
- *die anderen Verkaufsorganisationen sind frei, höhere Preise zu verlangen;*
- *der Genetikproduzent/Lieferant offeriert den beiden anderen Besamungsorganisationen einen Preis gemäss Verkaufsliste;*
- *der Genetikproduzent kann je nach Lieferungs menge entsprechende Mengenrabatte offerieren.*

Dieses Gentleman Agreement kann sofortig aufgekündigt werden, wenn

- *ein Genetikproduzent auf der Exklusivität seines Produktes besteht (Ausnahme: knapp verfügbare Produkte);*
- *ein Genetikverkäufer sich nicht an das Mindestpreisabkommen hält."*

Diese Vereinbarung wurde bisher nicht unterzeichnet.

13. Des Weiteren würden die Zuchtverbände den SVKB bei Informationsveranstaltungen bevorzugt behandeln (vgl. dazu die Ausführungen unter A.2.2): Beispielsweise habe der Schweizerische Holsteinzuchtverband anlässlich seiner Orientierungsversammlungen zur nächsten Zuchtsaison lediglich den SVKB zur Mitwirkung eingeladen. Diese Versammlungen seien massgebend für den Genetikeinsatz bzw. die Nachfrage der Züchter für die nächste Saison. Die beiden anderen bewilligten KB-Unternehmen wären zum Teil erst gar nicht angefragt worden, um daran teilzunehmen und die Züchter über ihr Angebot zu informieren. Die Informationsveranstaltungen ("Assemblées d'information") des Fleckviehzuchtverbandes für die Saison 1998/99 werden ebenfalls gemeinsam mit dem SVKB abgehalten (die Programme der entsprechenden Orientierungsversammlungen wurden dem Sekretariat zugestellt).

2.2 Beklagte Verhaltensweisen betreffend Produktion und Beschaffung von Stiersamen

14. Angriffspunkt und Inhalt zahlreicher Beschwerden ist die Doppelstellung der Zuchtverbände als staatlich unterstützte und beauftragte Organisationen für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, verbunden mit ihrer Trägerschaft des und Partnerschaft mit dem SVKB.

15. Den Zuchtorganisationen werden als öffentliche Aufgaben u.a. die Herdebuchführung (Art. 7 TZV) und die Durchführung von Leistungsprüfungen (Art. 12 Abs. 3 TZV) übertragen.

16. In der Ausübung ihrer Tätigkeiten, insbesondere bei der Zucht eigener Stiere, sind KB-Unternehmen folglich auf die Dienstleistungen der Zuchtverbände angewiesen. Neben der faktischen Abhängigkeit müssen KB-Unternehmen zur Erlangung einer Bewilligung durch das Bundesamt für Landwirtschaft Verträge vorweisen, welche die Zusammenarbeit mit den Zuchtverbänden regeln (vgl. Ziffer 38).

17. Gemäss Art. 2 lit. i TZV müssen die Zuchtverbände ihre Dienstleistungen neutral und für alle Beteiligten zu gleichen Bedingungen erbringen und gewährleisten. Trotz dieses Grundsatzes der Neutralität machen Select Star und ABC Genetics wiederholt darauf aufmerksam, dass die Zuchtverbände sie systematisch gegenüber dem SVKB diskriminieren würden.

18. Die Vorwürfe seitens der Konkurrenten des SVKB können wie folgt zusammengefasst werden:

- Gemäss den in Ziffer 34 genannten Verträgen können die KB-Unternehmen jeweils auf den 1. Oktober beim Zuchtverband die gewünschte Anzahl Prüfstierenplätze reservieren. Falls der Zuchtverband die Prüfkapazität als ungenügend beurteilt, um alle vorgeschlagenen Stiere zu prüfen, kann er die Prüfstierenplätze proportional zu den innerhalb der Rasse in den Herde-

buchbetrieben getätigten Erstbesamungen auf die KB-Unternehmen verteilen.

Obwohl allen KB-Unternehmen eine Mindestprüfkapazität garantiert werde, führe dies zu einer Zementierung der Strukturen.

- In Zusammenarbeit mit den Zuchtverbänden könne der SVKB die Konkurrenten bei der Auswahl von Jungstieren systematisch diskriminieren: Der SVKB würde gemeinsam mit den Zuchtverbänden Verträge mit Züchtern über die "Gezielte Paarung" (GP) abschliessen mit dem Ziel, Jungstiere für das gemeinsame Zuchtprogramm des Zuchtverbandes und des SVKB zu produzieren und zu selektieren. Der Konkurrenz blieben dadurch nur Stierkälber minderer Qualität übrig mit entsprechenden Auswirkungen auf ihr (zukünftiges) Angebot an Stiersamen. Dem Sekretariat wurde ein entsprechender Vertrag zugestellt.
- Die Resultate der Zuchtwertschätzungen, welche wichtig für die Beschaffung von Jungstieren sind, würden dem SVKB systematisch vor den anderen KB-Unternehmen mitgeteilt;
- Die Zuchtverbände würden den SVKB in Kenntnis vertraulicher Informationen über die Konkurrenz setzen.

19. Des Weiteren wird dem SVKB seitens ABC Genetics und Select Star vorgeworfen, dass er als ehemaliger Monopolist seine Stellung auf dem Beschaffungsmarkt missbräuchlich einsetze. Dadurch hätten die Schweizer Konkurrenten des SVKB keine Möglichkeit, ausländische Stiere erster Qualität einzukaufen. Diese Vorwürfe können durch folgendes Beispiel illustriert werden:

- Select Star habe mit der italienischen Samenexportfirma Semen-zoo Italy vereinbart, bei einem positiven Nachzuchtergebnis Samen vom Stier 'Playboy' sowie zwei weiteren Stieren zu beziehen und in ihr Angebot aufzunehmen. Nachdem das Nachzuchtergebnis positiv ausgefallen sei, hätte Select Star in der Schweiz die Werbung gestartet. In der Zwischenzeit sei der SVKB, obwohl er von der Reservation des Stieres durch Select Star gewusst habe, an den Samenexporteur gelangt und habe offeriert, Samen von 'Playboy' zu einem hohen Preis in hohen Mengen zu beziehen unter der Bedingung, dass keine Dosen von diesem Stier an Select Star geliefert werden dürfen.

3 Gegenstand der Untersuchung

20. Im Rahmen dieser Untersuchung soll geklärt werden, ob die in Abschnitt A.2 dargestellten Verhaltensweisen des SVKB gemäss Art. 7 KG unzulässig sind. Dies bedingt die vorgängige Feststellung, ob der SVKB als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren ist.

21. Soweit der geschilderte Sachverhalt auf ein Zusammenwirken mit den Zuchtverbänden zurückzuführen ist, ist er nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Die beklagten Verhaltensweisen, die sich in Verbindung mit den Zuchtverbänden ergeben, wären in einer Untersuchung über Abreden zwischen den Zuchtverbänden und dem SVKB gemäss Art. 5 KG zu prüfen. Namentlich wären dies die Bevorzugung des SVKB an Informationsveranstaltungen der Zuchtverbände sowie die beklagten Verhaltensweisen auf dem Markt für Produktion und Beschaffung von Stiersamen.

4 Verfahren

22. Die damalige Kartellkommission führte vom 4. März bis 28. Juni 1996 eine Vorabklärung unter dem alten Kartellgesetz durch. Sie ergab Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, welche sich insbesondere durch die exklusiven Verträge des SVKB mit den Tierärzten und das enge personelle und wirtschaftliche Verhältnis zwischen den Zuchtverbänden und dem SVKB begründeten.

23. Am 9. September 1996 hat die Wettbewerbskommission eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG über das Verhalten des SVKB im Bereich der Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen eröffnet. Die Eröffnung der Untersuchung wurde am 24. September 1996 im SHAB und im Bundesblatt publiziert.

24. Am 5. September 1996 ersuchte die Select Star AG die Wettbewerbskommission, gegen den SVKB vorsorgliche Massnahmen anzuordnen, da dieser sie auf unzulässige Weise an der Aufnahme bzw. Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit hindere.

25. Das Sekretariat ordnete am 11. September 1996 im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommission vorsorglich an, dass der SVKB den Tierärzten keine exklusiven Bindungen auferlegen darf. Überdies wurde der SVKB verpflichtet, allen Tierärzten mitzuteilen, dass die Exklusivitätsklauseln in bereits abgeschlossenen Verträgen nicht zur Anwendung kommen.

26. Der SVKB erhob gegen diesen Entscheid Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO). Die REKO stellte mit Zwischenverfügung vom 11. Oktober 1996 fest, dass der Beschwerde aufschiebende Wirkung zukomme. Mit Entscheid vom 25. April 1997 hiess die REKO die Beschwerde aus formellen Gründen gut und hob die angefochtene Verfügung auf.

27. Das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement hat am 7. Mai 1997 Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht erhoben. Letzteres stützte in seinem Urteil vom 3. November 1997 indessen die Argumentation der REKO und wies die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ab.

28. Mit Schreiben vom 9. Juli 1998 beantragte Select Star die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen die Zuchtverbände sowie den SVKB (vgl. Abschnitt A.3). Daraufhin teilte das Sekretariat der Wettbewerbskommission dem Rechtsvertreter von Select Star am 17. Juli 1998 mit, dass zuerst die Untersuchung gegen den SVKB abzuschliessen sei, bevor eine weitere Untersuchung im Zusammenhang mit der KB eröffnet würde.

29. Der dargestellte Sachverhalt beruht auf Eingaben von bzw. Umfragen des Sekretariats unter den Beteiligten (SVKB, Select Star, TGS, ABC Genetics und die Gesellschaft Schweizerischer Tierärzte). Mit Schreiben vom 18. Dezember 1998 wurden die Beteiligten zur Stellungnahme zum Verfügungsentwurf eingeladen. Gleichzeitig wurde ihnen ein Aktenverzeichnis beigelegt mit dem Hinweis, dass auf Gesuch hin beim Sekretariat der Wettbewerbskommission Einsicht in die Akten genommen werden kann.

30. Neben dem SVKB haben Select Star und die Gesellschaft Schweizerischer Tierärzte schriftlich zum Verfügungsentwurf Stellung genommen. Ein Vertreter von TGS hat die Ausführungen im Verfügungsentwurf mündlich für richtig befunden; ABC Genetics hat keine Stellungnahme eingereicht.

31. Mit Schreiben vom 17. Februar 1999 wurden den Beteiligten die schriftlich eingereichten Stellungnahmen zur Kenntnisnahme sowie zur Vollständigkeit ihrer Akten zugesandt. Das Instruktionsverfahren wurde dadurch abgeschlossen.

32. Die eingegangenen schriftlichen Stellungnahmen divergieren inhaltlich beträchtlich. Die Ärztesgesellschaft Schweizerischer Tierärzte möchte sinngemäss sichergestellt wissen, dass der SVKB Tierärzten nicht schlechtere Konditionen gewährt als seinen eigenen Besamungstechnikern. Zudem sieht sie die Gefahr, wonach eine Nichtbelieferung mit Stiersamen durch den SVKB an seine Konkurrenten eine bestehende Marktsituation zementiert werde. Select Star bezieht sich in seiner Stellungnahme im Wesentlichen auf die Belieferung mit Stiersamen des SVKB an andere KB-Unternehmen, insbesondere mit Stiersamen, über welchen der SVKB aus der Monopolzeit sowie durch die Verträge über die "Gezielte Paarung" verfügt (vgl. Ziffer 18, Punkt 2). Der SVKB hingegen bestreitet seinerseits unzulässige Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG und beantragt, dass die Untersuchung in diesem Sinne abgeschlossen werde. Auf die einzelnen für die Erwägungen relevanten Ausführungen der Beteiligten wird in den folgenden Darlegungen eingegangen.

B. Erwägungen

1 Geltungsbereich

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

1.1.1 Unternehmen

34. Als Unternehmen gelten alle selbständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten.

35. Die KB-Unternehmen beteiligen sich selbständig im Wirtschaftsprozess durch die Gewinnung, Lagerung und Abgabe von Stiersamen für die künstliche Besamung von Rindern. Der SVKB ist folglich als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

1.1.2 Vorbehaltene Vorschriften

36. 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).

37. Der gesetzliche Rahmen für Wettbewerb auf dem Markt für KB wird durch Kapitel 6 der TZV vorgegeben. Gemäss Art. 32 TZV bedarf jeder, der für die KB Samen gewinnt, lagert, abgibt oder einen Besamungsdienst betreibt, einer Bewilligung des Bundesamtes für Landwirtschaft.

38. Die Bewilligung wird nach Anhören der Kantone erteilt, wenn der Gesuchsteller:

- Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz hat (Art. 32 Abs. 2 lit. b TZV);
- das erforderliche Fachpersonal sowie die notwendigen Einrichtungen nachweist (Art. 32 Abs. 2 lit. c TZV);
- in der Regel die Hälfte des im Inland abgegebenen und übertragenen Samen mit in der Schweiz geborenen Zuchtstieren produziert (Art. 32 Abs. 2 lit. d TZV);
- Verträge vorweist, aus denen hervorgeht, wie die Prüfung von Jungtieren zusammen mit Zuchtorganisationen vorgesehen ist. Die Verträge bezwecken die Qualitätssicherung der Nachzuchtprüfung und regeln die Zusammenarbeit, insbesondere den Datenaustausch, die Auswertung und Publikation der Prüfergebnisse

sowie die finanzielle Abgeltung der Zuchtverbände (Art. 32 Abs. 2 lit. e TZV).

Diese Verträge sollen sicherstellen, dass Züchter, die Sperma von den KB-Unternehmen einsetzen, von der öffentlichen Tierzuchtförderung profitieren können und Abstammungsausweise erhalten. Die anerkannten Stiere der KB-Unternehmen können in allen Herdebuchbetrieben eingesetzt werden.

39. Betreffend die Applikation von Samendosen (Besamung) sind die Artikel 53 und 51 Abs. 2 der Tierseuchenverordnung (TSV) relevant, welche die Bewilligung zum Besamen auf folgende Personen beschränkt:

- Tierärzte;
- Besamungstechniker mit Fähigkeitsausweis des Bundesamtes für Landwirtschaft;
- Tierhalter, die sich über die vorgeschriebene Ausbildung ausweisen können, zur Besamung im eigenen Betrieb oder im Betrieb ihres Arbeitgebers (Eigenbestandsbesamer).

40. Diese Bestimmungen ergeben den Rahmen für Wettbewerb auf den zu beurteilenden Märkten, ohne diesen auszuschliessen. Der zu würdigende Sachverhalt untersteht daher dem Kartellgesetz.

1.1.3 Marktbeherrschendes Unternehmen

41. 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).

42. Um festzustellen, ob sich der SVKB tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen. Dieser hat eine sachliche und räumliche Dimension.

I Der relevante Markt

a Sachlich relevanter Markt

43. 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).

44. In der Schweiz werden jährlich rund 1.17 Mio. Besamungen beim Rindvieh durchgeführt, wobei über 80% des Rindviehbestands künstlich besamt wird. Die restlichen 20% der Besamungen erfolgen über Natursprung. Im Folgenden soll zunächst geklärt werden, inwiefern KB und Natursprung als austauschbar bezeichnet werden können.

45. Zum Zweck der KB werden von Stieren Samenzellen gewonnen, welche aufbereitet, verdünnt, portioniert und schliesslich in flüssigem Stickstoff tiefgefroren werden. Die gefrorenen Samenzellen können wieder aufgetaut und auf weibliche Tiere übertragen werden. Die KB ist heute ein weltweit zentrales Element in allen Zuchtprogrammen, da dadurch gezielt gewünschte Eigenschaften der Stiere selektioniert und verbreitet werden können.

46. Der Natursprung ist praktisch nur noch bei der Eigenbestandsbesamung von Bedeutung. Gegenüber der KB ist das genetische Angebot lokal begrenzt, und das Risiko genetischer Fehler ist erhöht. Zudem sind bei nachgefragter Spitzengenetik mit dem Natursprung ungleich höhere Transaktionskosten als mit der KB verbunden.

47. Neben KB und Natursprung werden auch Embryotransfers in der Rindviehzucht eingesetzt. Allerdings kann ein Embryotransfer nur begrenzt als Substitut für die KB betrachtet werden, da er einerseits aufgrund der hohen Kosten nur in wenigen Fällen in Frage kommt und andererseits anderen züchterischen Zielen dient: Mit dem Embryotransfer können die positiven Eigenschaften der weiblichen Tiere besser genutzt werden.

48. Aus diesen Gründen können weder Natursprung noch Embryotransfer als kartellgesetzlich relevante Substitute zur KB betrachtet werden.

49. Sachlich relevant ist somit der Markt für KB. Zur Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse sind folgende Stufen der Leistungserbringung zu unterscheiden:

- Vermittlung von Stiersamen: Anbieter sind hauptsächlich bewilligte KB-Unternehmen. Nachfrager nach Stiersamen sind einerseits Züchter und andererseits Personen, die für die Samenübertragung gemäss Art. 51 Abs. 2 sowie Art. 53 TSV befugt sind. Dies sind selbständige Besamer, Tierärzte und Eigenbestandsbesamer, welche nicht einem Besamungsdienst einer KB-Unternehmung angehören (vgl. Art. 35 und 36 TZV).
- Applikation (Besamungsdienstleistungen): Anbieter der Besamungsdienstleistungen sind neben KB-Unternehmen die oben genannten Nachfrager nach Stiersamen. Die Nachfrager nach Besamungsdienstleistungen sind Züchter und Tierhalter, die sich nicht über die vorgeschriebene Ausbildung für die Eigenbestandsbesamung ausweisen können und daher über keine Bewilligung des Kantons gemäss Art. 51 Abs. 2 lit. b TSV verfügen.

50. Da diese beiden Stufen der Leistungserbringung aufgrund der gesetzlichen Rahmenbedingungen und der beschriebenen Exklusivverträge sehr eng aneinander gekoppelt sind, erübrigt sich für die Beurteilung der Marktstellung des SVKB diese Unterscheidung; in quantitativer Hinsicht sind diese Stufen der Leistungserbringung

gleich. Relevant ist somit die Frage nach den in der Schweiz erfolgten Besamungsdienstleistungen mit vermittelten Stiersamen der KB-Unternehmen. Im Folgenden werden diese beiden Stufen daher als Markt für KB zusammengefasst.

51. Der SVKB bezweifelt in seiner Stellungnahme zum Verfügungsentwurf, dass Vermittlung von Stiersamen und Besamungsdienstleistungen sehr eng aneinander gekoppelt seien, insbesondere sei dies nicht auf die beschriebenen Exklusivverträge zurückzuführen. Ein Indiz für die Richtigkeit dieser Aussage sei die Zunahme der Hofcontainer (d.h. die direkte Belieferung der Züchter mit Genetik). Die Landwirte könnten "die Genetik vom einen und danach die Samenübertragung von einem anderen Anbieter beziehen."

52. Aus folgenden Gründen erachtet jedoch die Wettbewerbskommission die gekoppelte Betrachtung von Vermittlung und Applikation von Samendosen als richtig:

- Selbst gemäss SVKB ist die Zunahme der Hofcontainer nur ein "Indiz" dafür, dass diese beiden Stufen der Leistungserbringung nicht sehr eng aneinander gekoppelt seien. Über den genauen Anteil der Samendosen, welcher direkt in die Hofcontainer der Landwirte geliefert werden, macht der SVKB keine Angaben. TGS vertreibe nur "einen kleinen Teil direkt in den Hofcontainer der Züchter." Select Star gibt ebenfalls an, lediglich einen geringen Anteil direkt in Hofcontainer zu liefern (ca. 2-3% der Stiersamen).

Weitere Argumente gegen die gekoppelte Betrachtungsweise von Vermittlung und Applikation von Samendosen wurden vom SVKB nicht vorgebracht. Folglich rechtfertigt allein die relativ geringe Bedeutung der Hofcontainer die Betrachtung beider Stufen als relevanten Markt.

- Für die gekoppelte Betrachtungsweise spricht zudem, dass der SVKB, welcher sich für über 90% der gesamten KB verantwortlich zeichnet (vgl. Ziffer 59), die Besamungen mit seiner Genetik über den eigenen flächendeckenden Besamungsdienst (angestellte Besamungstechniker und Vertragstierärzten) durchführen lässt. Folglich sind beim SVKB die Stufen Vermittlung und Applikation von Stiersamen völlig aneinander gekoppelt.
- Des Weiteren sind diese beiden Stufen stark komplementär, d.h. die eine Stufe ist ohne die andere praktisch unbedeutend. Da heisst, dass alle KB-Unternehmen des Zugangs zu einem Verteilnetz bedürfen, sofern sie über keinen eigenen Besamungsdienst verfügen.

53. Da die beklagten Verhaltensweisen betreffend Produktion und Beschaffung von Stiersamen auf das Zusammenwirken der Zuchtverbände mit dem SVKB zurückzuführen und daher nicht Gegenstand

der vorliegenden Untersuchung sind, erübrigt sich an dieser Stelle die Abgrenzung vorgelagerter Stufen der Leistungserbringung als sachlich relevante Märkte (Beschaffung und Produktion von Stiersamen).

b Räumlich relevanter Markt

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

55. Aufgrund der in Abschnitt B.1.1.2 genannten vorbehaltenen Vorschriften beschränkt sich der Markt für KB auf die Schweiz. Es stellt sich die Frage, ob der räumlich relevante Markt allenfalls noch enger abzugrenzen ist.

56. Neben den vorbehaltenen Vorschriften sind folgende Aspekte für die räumliche Marktabgrenzung relevant:

- Der SVKB bietet die Stiersamen und Besamungsdienstleistungen flächendeckend zu einheitlichen Tarifen an;
- Select Star beliefert alle Abnehmer zu denselben Bedingungen. Was letztere dem Züchter für die Besamung verrechnen, bleibt ihnen überlassen.
- Auch wenn die Bedingungen für die dezentral erbrachten Besamungsdienstleistungen verschieden sein mögen, z.B. aufgrund der Anfahrtswege zu den Züchtern, sind sie vor Ort grundsätzlich für alle Beteiligten gleich.

57. Folglich ist der räumlich relevante Markt die gesamte Schweiz.

II Marktstellung

58. Bis zur Aufhebung des Monopols auf den 1. Juli 1995 verfügte der SVKB über die ausschliesslichen Rechte zur KB und beherrschte folglich den Markt für KB vollständig.

59. Seither haben neben dem SVKB auch Select Star und TGS eine Bewilligung für die Gewinnung, die Lagerung und den Vertrieb von Sperma zum Zweck der KB erhalten. Neben diesen drei aktuellen Wettbewerbern wird voraussichtlich ABC Genetics eine Bewilligung erhalten. Trotz dieser Konkurrenz konnte der SVKB seine marktbeherrschende Stellung faktisch aufrecht erhalten:

Gemäss Auskunft des SVKB wurden in der Saison 1997/ 1998 insgesamt etwa 1,17 Millionen künstliche Besamungen durchgeführt. Nach Schätzung des SVKB entfallen etwa deren 70'000 auf die Konkurrenz, was einem Anteil von ca. 6,0% entspricht. Select Star und TGS schätzen den Marktanteil des SVKB auf rund 90%.

60. Die Konkurrenten des SVKB machen geltend, dass sie durch die beklagten Verhaltensweisen in ihrer Entfaltung im Markt behindert seien. Zudem weisen sie auf erhebliche finanzielle Belastungen und Schwierigkeiten in ihrer Tätigkeit hin, die sich letztlich durch die Ver-

haltensweisen des SVKB und dessen enger Verbindung mit den Zuchtverbänden ergeben. Wenn auch die beklagten Verhaltensweisen, die sich in Verbindung mit den Zuchtverbänden ergeben, nicht Gegenstand dieser Untersuchung sind (vgl. Ziffer 21), so haben sie doch Auswirkungen auf die Stellung des SVKB auf dem Markt für KB. Aus diesen Gründen dürften sich an der Marktkonstellation bzw. der beherrschenden Stellung des SVKB kurz- bis mittelfristig kaum spürbare Veränderungen ergeben.

61. Die Wettbewerbskommission erachtet es zudem als erwiesen, dass die in Abschnitt A.2 dargestellten Verhaltensweisen praktisch marktausschliessend wirken und zusammen mit den in Abschnitt B.1.1.2 beschriebenen gesetzlichen Rahmenbedingungen hohe Markteintrittsbarrieren bilden. Folglich muss gegenwärtig eine disziplinierende Wirkung potentieller Konkurrenz ausgeschlossen werden.

62. Die Marktgegenseite ist kaum in der Lage, ein Gegengewicht zur Position des SVKB auszuüben. Gemäss Umfrage des Sekretariats richten sich etwa drei Viertel der Züchter und Tierhalter nach den Empfehlungen derjenigen Personen, welche die Besamungen vornehmen (Tierärzte, Besamungstechniker). Da der SVKB einen flächendeckenden Besamungsdienst unterhält und über 90% der KB über den SVKB erfolgen, kann er auch entsprechend Einfluss auf die Nachfrage nehmen.

III Ergebnis

63. Die gegenwärtigen Verhältnisse auf den schweizerischen Markt für KB führen zum Schluss, dass der SVKB auf diesem Markt über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.

2 Unzulässige Verhaltensweisen

2.1 Exklusivverträge auf Verteilungsseite

64. Die wirtschaftlichen Tätigkeiten von KB-Unternehmen hängen nachhaltig vom Aufbau eines eigenen Verteilnetzes bzw. vom Zugang zu einem solchen ab.

65. In dieser Hinsicht macht der SVKB in seiner Stellungnahme vom 12. Februar 1999 sinngemäss folgende Punkte geltend:

- Der SVKB habe lediglich mit 116 von ca. 550 im Nutztierbereich tätigen Tierärzten exklusive Verträge abgeschlossen. Den Konkurrenten stehe demzufolge ein potenzielles Vertriebsnetz zur Verfügung, welches zahlenmässig dasjenige des SVKB eindeutig übertreffe.
- Die Exklusivverträge stellten ein Instrument dar, welches dem SVKB zur Sicherstellung eines flächendeckenden Angebots diene, d.h. dadurch würden Lücken im durch eigene Besamer betreuten Gebiet des Landes geschlossen.

- Der Nachteil der nicht exklusiv mit dem SVKB verbundenen Tierärzte beschränke sich auf ein Spektrum, auf welches 10-15% der Besamungen entfielen. Insgesamt würden 53 Stiere nicht an freie Besamer abgegeben, weil dies mengenmässig nicht möglich sei. Des Weiteren bestünden die finanziell ungünstigeren Konditionen nicht vertraglich gebundener Tierärzte nur darin, dass diesen die Genetik nicht in Kommission geliefert werde (d.h. heisst, dass nicht vertraglich gebundene Besamer den Samen nicht erst nach erfolgter Besamung bezahlen, sondern ihn vorher dem SVKB abkaufen müssen und somit ein erhöhtes Absatzrisiko tragen). Diese Vorteile seien nicht von existenzieller Bedeutung, so dass man nicht davon sprechen könne, Tierärzte seien für ihre Besamungsdienstleistungen auf eine Zusammenarbeit mit dem SVKB angewiesen.
66. Diese Punkte beurteilt die Wettbewerbskommission wie folgt:
- Aus den vom SVKB mit der Stellungnahme eingereichten Beilagen ist ersichtlich, dass die Exklusivverträge z.T. mit Tierarztpraxen abgeschlossen werden, so dass von einer grösseren Anzahl Tierärzte ausgegangen werden kann, welche effektiv exklusiv für den SVKB besamt. Obwohl nur etwa 18% der Besamungen des SVKB durch Vertragstierärzte erfolgen (vgl. Ziffer 6), zeichnen sich allein diese für knapp doppelt so viele Besamungen als die Konkurrenz verantwortlich, auf welche insgesamt weniger als 10% der Besamungen entfallen (vgl. Ziffer 59).
 - Viel wichtiger als die quantitative Anzahl an Tierärzten ist die Tatsache, dass der SVKB mittels exklusiv gebundener Tierärzte einen flächendeckenden Besamungsdienst anbieten kann. Dadurch ist es dem SVKB möglich, die Etablierung von konkurrenzierenden KB-Unternehmen zu erschweren. In seiner Stellungnahme schreibt der SVKB zum Vorwurf, die Zuchtverbände würden den SVKB in Kenntnis vertraulicher Informationen setzen, die es dem SVKB ermögliche, gezielt Verträge mit Tierärzten abzuschliessen, welche zu den wichtigsten Kunden von Select Star gehörten (vgl. Ziffer 9, Punkt 2): Der SVKB erfahre über die Aktivitäten der Konkurrenz nicht durch die Vermittlung der Zuchtverbände, sondern durch die eigenen Leute, was auf das flächendeckende Versorgungsnetz des SVKB zurückzuführen sei.
 - Aufgrund der oben beschriebenen Informationen kann der SVKB gezielt Eingriffe in das Verteilnetz von konkurrenzierenden KB-Unternehmen vornehmen. Dies wird dadurch erleichtert, dass Tierärzte, welche exklusive Verträge mit dem SVKB abschliessen, mit einem grösseren Genetikangebot und zu finanziell besseren Konditionen beliefert werden als Besamer, welche auch mit anderen KB-Unternehmen zusammen arbeiten (vgl. Ziffer 64, Punkt 3). Auch wenn diese Vorteile nicht von existenzieller Bedeutung

für die Besamer sind, so stellen sie doch, neben dem grösseren Genetikangebot des SVKB als konkurrierende KB-Unternehmen, genügend Anreize für eine Zusammenarbeit mit dem SVKB.

67. Die Exklusivverträge behindern folglich die neu in den Markt tretenden KB-Unternehmen im Aufbau eines eigenen konkurrenzfähigen Verteilnetzes und gefährden dadurch deren wirtschaftliche Existenz. Somit bewirken sie eine Einschränkung des Absatzes anderer KB-Unternehmen und sind unzulässig gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. e KG.

68. Die Gesellschaft Schweizerischer Tierärzte schreibt in ihrer Stellungnahme, dass es nicht vorkommen dürfe, dass Tierärzte zwar nicht mehr exklusiv mit dem SVKB verbunden seien, dass ihnen aber Konditionen eingeräumt würden, die sie im Wettbewerb gegenüber den beim SVKB angestellten Besamungstechnikern benachteiligten.

69. Die Wettbewerbskommission ist der Auffassung, dass die vorliegende Verfügung wirksamem Wettbewerb auf dem Markt für KB vorerst genügend Vorschub leisten wird: Tierärzte sind frei in der Wahl der KB-Unternehmen, d.h., dass umgekehrt auch KB-Unternehmen einen diskriminierungsfreien Zugang zu einem Verteilnetz haben. Der SVKB würde sich durch eine Benachteiligung der mit ihm zusammenarbeitenden Tierärzte selbst schwächen, weil er dadurch Gefahr liefe, dass die Tierärzte vermehrt für konkurrenzierende KB-Unternehmen Besamungen durchführen würden. Eine Einflussnahme auf die den Besamern gewährten Konditionen ist daher nicht nur nicht notwendig, sondern würde vermutlich auch wirksamen Wettbewerb bei Besamungsdienstleistungen beeinträchtigen.

2.2 Nichtbelieferung mit Stiersamen

70. Wie bereits festgestellt, ist die marktbeherrschende Stellung des SVKB bei der Besamung auf dessen grosses Angebot an Stiersamen zurückzuführen, welches seinerseits im Wesentlichen auf die gesetzliche Monopolstellung bis zum 30. Juli 1995 zurückzuführen ist.

71. Die Gesellschaft Schweizerischer Tierärzte macht in ihrer Stellungnahme geltend, dass der Aufbau eines konkurrenzfähigen Angebotes an genetischem Material einen gewissen Zeitbedarf beinhaltet und sieht in einer Nichtbelieferung von Stiersamen des SVKB an die anderen KB-Unternehmen die Gefahr, dass die bestehenden Marktstrukturen zementiert würden. Select Star beantragt ebenfalls, dass zumindest Genetik des SVKB aus der Monopolzeit bzw. Genetik, welche auf die Verträge über die "Gezielte Paarung" (vgl. Ziffer 18, Punkt 2) zurückzuführen sei, auch anderen KB-Unternehmen zugänglich gemacht werden sollte.

72. Das in obiger Ziffer angesprochene Genetikangebot des SVKB kann auf ein Zusammenwirken des SVKB mit den Zuchtverbänden zurückgeführt werden und ist somit nicht Gegenstand dieser Untersuchung.

73. Was das Genetikangebot des SVKB anbebetrifft, welches sich nicht durch ein Zusammenwirken mit den Zuchtverbänden begründet, ist es nach Auffassung der Wettbewerbskommission nicht notwendig, den SVKB zu verpflichten, sein Angebot an Stiersamen konkurrierenden KB-Unternehmen zur Verfügung zu stellen. Der Wegfall der Exklusivitätsklauseln des SVKB in den Verträgen mit den Tierärzten ermöglicht den anderen KB-Unternehmen den Zugang zu einem konkurrenzfähigen Verteilnetz, wodurch folglich auch ihre Stellung als Geschäftspartner betreffend die Beschaffung von Stiersamen eindeutig gestärkt wird.

74. An dieser Stelle kann jedoch festgehalten werden, dass der als "Gentlemen's Agreement" gemachte Vorschlag des SVKB in der vorliegenden Form eine Abrede über die direkte Festsetzung der Preise darstellt und unter den gegebenen Bedingungen wirksamen Wettbewerb unter den KB-Unternehmen erheblich beeinträchtigen oder gar beseitigen könnte. Eine Unterzeichnung des "Gentlemen's Agreement" in dieser Form könnte die Wettbewerbskommission somit veranlassen, eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG zu eröffnen.

C. Kosten

75. Gestützt auf die am 1. April 1998 in Kraft getretene Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung), ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacher gilt im vorliegenden Fall der SVKB.

76. Im Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen entfällt die Gebührenpflicht nur, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt (Art. 3 Abs. 2 lit. a KG-Gebührenverordnung). Da die zitierte Ausnahmebestimmung im vorliegenden Fall keine Anwendung findet, ist die Gebührenpflicht des SVKB gegeben.

77. Gestützt auf die Übergangsbestimmung von Art. 9 KG-Gebührenverordnung gilt bei Verwaltungsverfahren, die beim Inkrafttreten der Verordnung, d.h. am 1. April 1998, noch nicht abgeschlossen waren, für die Bemessung der Gebühr und Auslagen für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem Inkrafttreten erfolgt ist, das bisherige Recht.

78. Als das bisherige Recht gilt die Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren vom 10. September 1969 (SR 172.041). Nach Art. 13 dieser Verordnung kann die Wettbewerbskommission für den Erlass von Verfügungen Verfahrenskosten erheben.

79. Derjenige Teil der Aufwendungen, der vor dem 1. April 1998 erfolgt ist, beläuft sich auf 20 Prozent der gesamten Aufwendungen.

Derjenige Teil der Aufwendungen, der nach dem 1. April 1998 erfolgt ist, umfasst somit 80 Prozent der gesamten Aufwendungen bzw., in Stunden ausgedrückt, XXX Stunden.

80. Gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 2 Abs. 3 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren kann die verfügende Behörde von den Parteien eine Spruchgebühr von 200-5000 Franken fordern. Wäre das Verfahren vor dem 1. April 1998 abgeschlossen worden, hätte die Wettbewerbskommission angesichts des Umfangs und der Schwierigkeiten des Falles (vgl. Art. 2 Abs. 3) eine Spruchgebühr von XXX Franken erhoben. Für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem 1. April 1998 erfolgt ist, wird den Parteien somit eine Gebühr von XXX.- Franken auferlegt.

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

82. Die Wettbewerbskommission erkennt im vorliegenden Fall keine Gründe, welche eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr rechtfertigen würden. Für die aufgewendete Zeit von XXX Stunden gilt daher ein Ansatz von 130 Franken. Die Gebühr für denjenigen Teil der Aufwendungen, der nach dem 1. April 1998 erfolgt ist, beläuft sich demnach auf XXX Franken.

83. Neben dem Aufwand nach Art. 4 KG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Wettbewerbskommission zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Diese belaufen sich für denjenigen Teil der Aufwendungen, der nach dem 1. April 1998 erfolgt ist, auf XXX Franken.

D. Dispositiv

84. Gestützt auf den Sachverhalt und die Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die exklusive Belieferung von Tierärzten mit Stiersamen des SVKB stellt eine unzulässige Verhaltensweise des SVKB gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. e KG dar. Die Exklusivitätsklauseln in den Verträgen sind somit unzulässig.
2. Der SVKB wird verpflichtet, innerhalb eines Monats nach Rechtskraft der Verfügung sämtlichen Vertragspartnern mitzuteilen, dass die Exklusivitätsklauseln gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. e KG nicht zulässig sind.

Der SVKB hat den Vollzug dieser Massnahmen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission umgehend zu melden.

3. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.
4. Kosten
5. Rechtsmittelbelehrung

B 2

3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese

B 2.3

1. Zusammenschlussvorhaben Toni AG – Tochtergesellschaften der Säntis Holding 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 vom 1. März 1999

A. Sachverhalt

1. Am 26. Januar 1999 hat die Wettbewerbskommission die vollständige Meldung bezüglich des erwähnten Zusammenschlussvorhabens erhalten. Danach beabsichtigt die Toni AG mit Sitz in Ostermündigen, die Kontrolle über die Tochtergesellschaften der Säntis Holding AG mit Sitz in Gossau zu erwerben und sich anschliessend zur neuen Firma Swiss Dairy Food AG (im Folgenden SDF) umzufirmieren.

1 Die Toni Gruppe (im Folgenden Toni)

2. Die Toni Gruppe ist in allen Segmenten der Milchverarbeitung tätig. Die Toni Holding AG ist eine reine Holdinggesellschaft und erzielt keine eigenen Umsätze. Ihre Tochter, die Toni AG, stellt innerhalb der Toni Gruppe die operative Betriebsgesellschaft dar. Die Toni AG ihrerseits hält mehrere in der Produktion tätige Tochtergesellschaften resp. Beteiligungen (vgl. Organigramm). Diese stellen vorwiegend Käseprodukte her. Die Schwestergesellschaften der Toni AG betreuen den Export und den Vertrieb der von der Toni AG hergestellten Produkte und sind vor allem im administrativen Bereich tätig.

Im Speziellen zu erwähnen sind die Töchter Poudre CCG SA und die Fribeurre SA, welche von der Toni AG und der Cremo SA gemeinsam gegründet wurden. Beide mieten von der Unternehmung Cremo SA Produktionseinrichtungen und Personal. Die Poudre CCG SA mietet

die Einrichtungen der Cremo SA für die Milchpulver- und Kaffeerahmproduktion, und die Fribeurre SA mietet entsprechend von der Cremo SA die Butterproduktion. Die Cremo SA produziert auf Grund des oben beschriebenen Mietverhältnisses in den Bereichen Butter, Milchpulver und Kaffeerahm exklusiv für die beiden Töchter. Die Rohstoffe für die Produktion von Butter, Milchpulver und Kaffeerahm liefert zu einem wesentlichen Teil die Toni AG. Es besteht deshalb eine grosse Abhängigkeit der Cremo SA von der Toni AG. Die Toni AG hält heute [...] % der Aktien an der Cremo SA. Auf Grund der starken wirtschaftlichen Abhängigkeit der Cremo SA und der Ausgestaltung des Businessplans der Toni AG, auf welchen mit Rücksicht auf die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen nicht weiter eingegangen werden kann, lassen aber auf eine faktische Beherrschung der Cremo SA durch die Toni AG schliessen. Neben Butter, Rahm und Milchpulver produziert die Cremo SA Raclettekäse und Vacherin, welche sie selbstständig vermarktet.

Eine Reihe von Unternehmen wird von der Toni AG durch indirekte Beteiligungen beherrscht (vgl. Organigramm), so im Falle der Toni & Partner GmbH in Ostermundigen. Gesellschafter der Toni & Partner GmbH sind die Emmental AG, die Gerberkäse AG, die Lustenberger & Dürst AG, die Fromco SA und die Toni AG. An den Gesellschaften Emmental AG, Lustenberger & Dürst AG und Gerberkäse AG hält die Toni AG ihrerseits rund [...] %. Diese Beteiligungen erlauben es der Toni AG, auf das Unternehmen der Toni & Partner GmbH wesentlichen Einfluss zu nehmen. Sie ist somit indirekt von der Toni AG beherrscht. Die Toni & Partner GmbH konzentriert sich in ihrer Tätigkeit auf die Unterstützung ihrer Gesellschafter beim Marketing und bei der Vermarktung von Schweizer Käse und Milchprodukten im In- und Ausland (z.B. auf Messen).

Ebenfalls indirekt beherrscht die Toni AG die Emmental AG. Diese ist eine Tochtergesellschaft der SMP Holding AG. Bereits heute hält die Toni AG [...] % der Aktien der SMP Holding AG und kann einen bestimmenden Einfluss ausüben. Zudem hält die Säntis Holding AG zur Zeit ebenfalls [...] % der Beteiligungen an der SMP Holding AG, welche sie beim Zustandekommen der Fusion an die Toni AG verkaufen wird. Der Toni AG würde in diesem Fall [...] % an der SMP Holding AG zukommen. Auf Grund der Beherrschung der SMP Holding AG kann davon ausgegangen werden, dass auch die Emmental AG in Zollikofen von der Toni AG bereits jetzt faktisch beherrscht wird. Die Emmental AG betreibt Käse-Affinage, Käse-Vorverpackung und Käsehandel.

An der Gerber Käse AG hält die Toni Holding AG einen Aktienanteil von [...] % und die Emmental AG einen Anteil von [...] %. Aufgrund der oben erklärten faktischen Beherrschung der Emmental AG durch die Toni AG und aufgrund ihrer direkten Beteiligung von [...] % hat

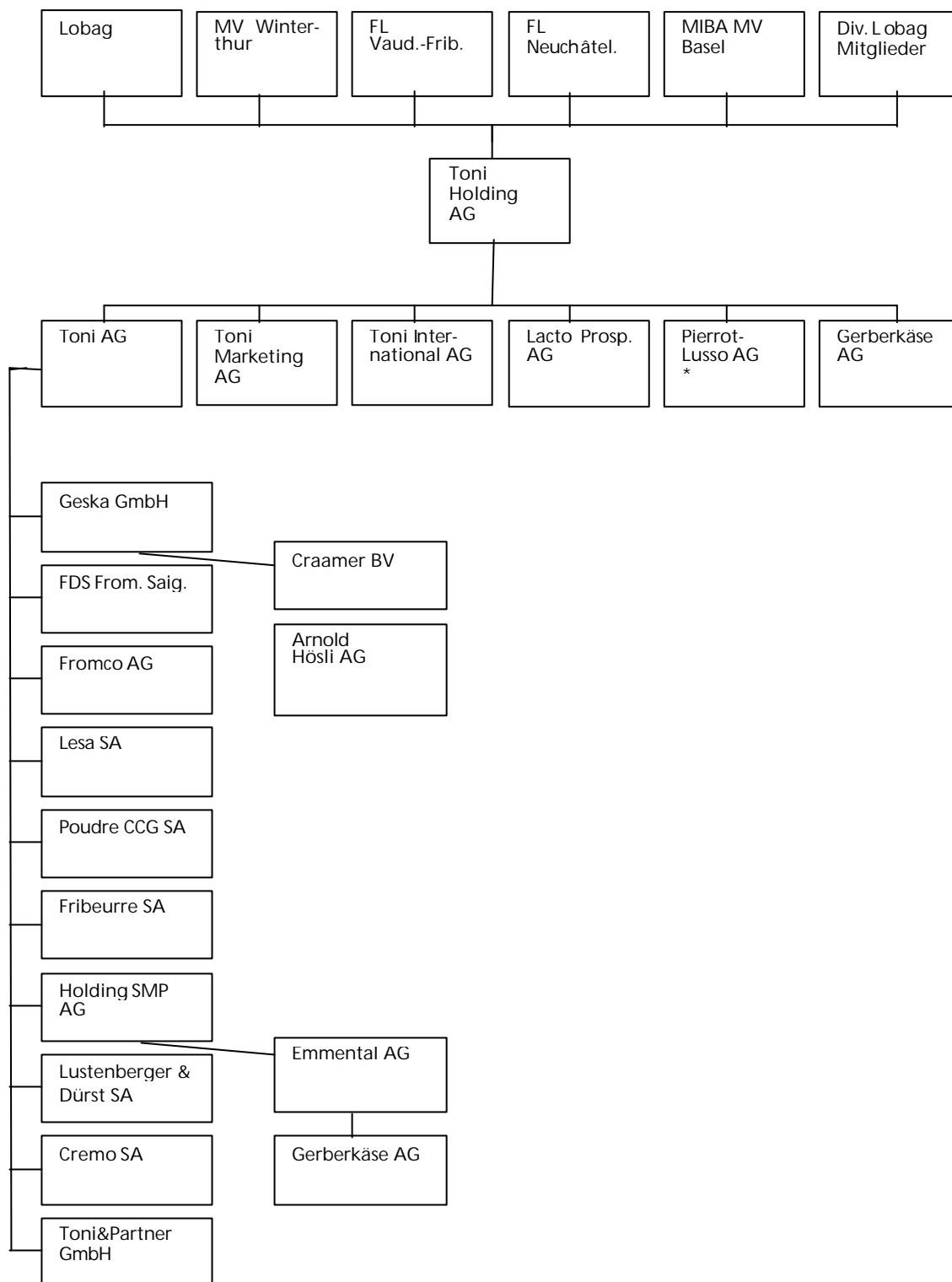
die Toni Gruppe auch die Möglichkeit, die Gerber Käse AG faktisch zu beherrschen. Die Gerber Käse AG produziert verschiedene Arten von Schmelzkäse und Fondue.

Zur Toni Gruppe gehören im weiteren 24 Regiekäsereien in den Räumen Zürich, Romandie, Basel und Bern, die die Hartkäsesorten Emmentaler und Gruyère herstellen¹.

¹ Raum Zürich: Fehraltdorf, Gossau, Hombrechtikon, Maschwanden, Altendorf, Arth, Erlen, Herschmetteln /
Raum Romandie: Châtel-St.-Denis, Fey, Gimel, Grandcour, Orny, Vilarzel /
Raum Basel: Develier, Corgenay, Bonfol/ Raum Bern: Hettiswil, Kammershaus, Kirchberg, Kreuzweg, Lüterkofen, Mittelhäusern, Römerswil

Tätigkeitsfelder der einzelnen Unternehmen:

1. Toni International AG	Export der von der Toni AG hergestellten Milchprodukte
2. Lacto Prosperité AG	Vertrieb des Milchpulvers der Toni AG
3. Toni Marketing AG	hält die Schutzrechte der Toni-Gruppe
4. Die Gerberkäse AG	Produktion von Schmelzkäse und Fondue
5. Die Geska GmbH	Geska (Gesellschaft schweizerischer Kräuterkäsefabrikanten, GmbH), produziert und handelt mit Glarner Schabziger
6. FDS Fromagerie de Saignelégier SA	Produktion von Tête-de-Moine
7. Die Fromco SA, Moudon	Handel und Affinage von Greyèrzerkäse
8. Die Lesa Lataria Engiadinaisa SA	sammelt und verwertet Milch im Gebiet des Engadins und liefert Milchprodukte an den Detailhandel und die Gastronomie desselben Gebietes
13. Die Cremo SA	Produktion von Butter, Rahm und Milchpulver sowie von Raclettekäse und Vacherin, welchen sie selbständig vermarktet
9. Die Poudre CCG SA	mietet die Einrichtungen der Cremo SA für die Milchpulver- und Kaffeerahmproduktion
10. Die Fribeurre SA	mietet von der Cremo SA die Butterproduktion
11. Die Holding SMP AG	erzielt keine operativen Umsätze, fördert die Milchverwertung durch Beteiligungen an milchwirtschaftlichen Organisationen
14. Die Toni & Partner	Marketing und Vermarktung von Schweizer Käse und Milchprodukten im In- und Ausland
15. Die Arnold Hösli AG	nicht mehr operativ tätig, hält nur noch Immobilien
16. Die Craamer Co BV, Thiel (NL)	Vertreibt Zigerprodukte in Holland
17. Die Emmental AG	betreibt Käse-Affinage, Vorverpackung und Käsehandel



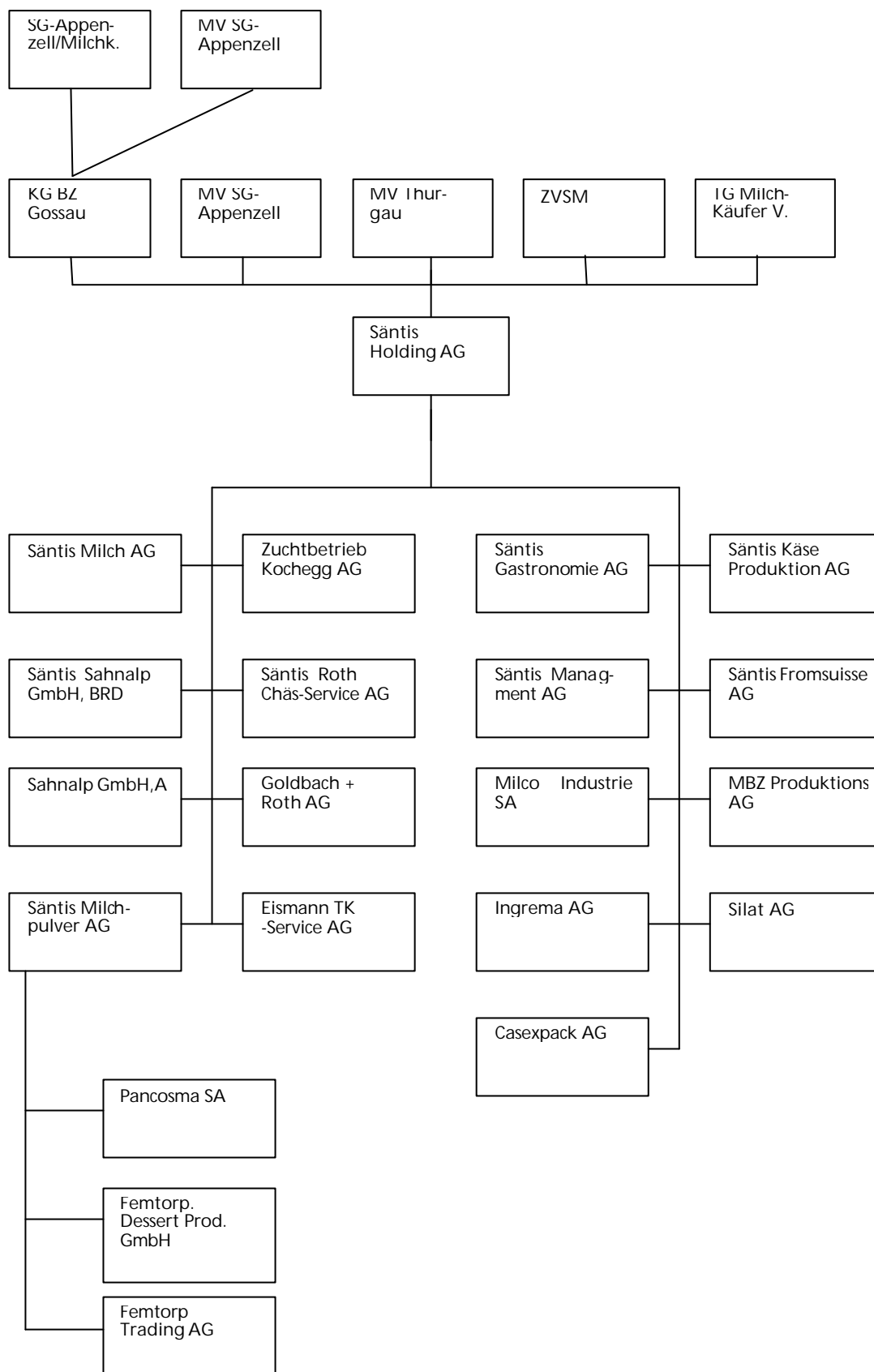
* Der Verwaltungsrat ist mit zwei Mitgliedern der Unilever und einem der Toni besetzt. Die Geschäftsbericht der Pierro-Lusso wird in demjenigen der Unilever integriert. Die Pierro-Lussot wird von der Unilever beherrscht und ist somit nicht an dem Zusammenschluss beteiligt.

2 Die Sántis Gruppe (im Folgenden Sántis)

3. Die Sántis Gruppe produziert ebenfalls verschiedene Arten von Milchlebensmittel. Sie handelt mit Milchprodukten, Nahrungs- und Futtermitteln. Die Sántis Holding AG ist eine reine Holdinggesellschaft und nimmt keine operativen Tätigkeiten wahr. Die Töchter der Sántis Holding AG sind vorwiegend auf die Herstellung von Milchprodukten spezialisiert, welche im Inland und teilweise im Ausland abgesetzt werden (vgl. Organigramm).

Tätigkeitsfelder der einzelnen Unternehmen:

1. Sántis Milch AG	Sammlung, Verarbeitung und Handel mit Milch; Produktion und Verkauf von Butter, Rahm und Frischmilchprodukte wie zum Beispiel Joghurt
2. Sántis Milchpulver AG	Produktion und Verkauf von Milchpulver (Magermilchpulver und Vollmilchpulver)
3. Sántis Käse Produktion AG Goldbach und Roth AG	Herstellung und Affinage von Käse aller Art sowie Lagerhaltung
4. Casexpack AG	Vorverpackungsbetrieb für Käse und Lagerhaltung
5. Fromsuisse AG	Internationale und nationale Vermarktung von Käse
6. Sántis Roth Chäs-Service AG	Käse-Grosshandel
7. MBZ Produktions AG	Fettfraktionierungen tierischer und pflanzlicher Fette
8. Sántis Management AG	Verantwortlich für Controlling, Informatik, Personal-, Finanz- und Rechnungswesen der Sántis-Gruppe; Inhaberin von Schutzrechten (insbesondere der Marke Sántis).
9. Femtorp Dessertproduktion GmbH	Vertriebsgesellschaft für Dessertprodukte, die für Deutschland bestimmt sind
10. Sántis-Sahnalp-Milchprodukte GmbH	Vertrieb von Milchprodukten aller Art für Deutschland
11. Milco Industrie SA	Auffanggesellschaft der konkursgefährdeten Milco SA; kauft Milch, produziert und handelt mit Milchpulver und Molkereiprodukten
12. Sahnalp GmbH	derzeit nicht aktive Vertriebsgesellschaft (erzielt im Moment keinen Verkaufserlös)



3 Ziel der Fusion

4. Sowohl die Toni-Gruppe als auch die Säntis-Gruppe erwirtschafteten in den letzten Jahren operativ unbefriedigende Ergebnisse. Primäres Ziel der Fusion ist es, gemeinsame Synergiepotentiale zu nutzen. Die Kostenstruktur zeichnet sich durch hohe fixe Kosten und tiefe variable Kosten aus. Aufgrund dessen sei nach der Meinung der Parteien eine Konzentration der Kapazitäten Voraussetzung für eine wesentliche Senkung der durchschnittlichen Betriebskosten.

4 Verfahren

5. Am 13. Januar 1999 ging eine unvollständige Meldung des erwähnten Zusammenschlussverfahrens bei der Wettbewerbskommission ein. Die vollständige Meldung konnte am 26. Januar 1999 bestätigt werden.

6. Darauf wurden über 60 Fragebogen an Konkurrenten, Verbände, Bildungsstätten und Behörden verschickt.

E. Erwägungen

1 Geltungsbereich

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

1.1 a) Unternehmen

8. Als Unternehmen gelten alle selbständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

1.1 b) Unternehmenszusammenschluss

9. Die Säntis Holding AG bringt ihre Beteiligungen und 100%igen Töchter als Sacheinlage in die Toni AG ein. Einzig die drei Tochterunternehmen Pancosma SA, Zuchtbetrieb Kohegg AG und Säntis Gastronomie AG, die nicht auf dem Milchsektor tätig sind, werden weiterhin von der Säntis Holding AG gehalten². Als Gegenleistung erhalten die Gesellschafter der Säntis Holding AG 33% der Toni AG Aktien. Die restlichen 67% Aktienanteile verbleiben bei der Toni Holding AG.

² Die Pancosma SA befasst sich mit der Herstellung und dem Handel von Additiven für Tierfutter. Der Zuchtbetrieb Kohegg AG ist in der Aufzucht und dem Handel mit Mastschweinen tätig. Die Säntis Gastronomie AG bezweckt den Betrieb von Festwirtschaften und ähnlichen Restaurationsbetrieben.

10. Das Organisationsreglement als auch die Statuten der geplanten SDF liegen im Moment der Vorprüfung des Zusammenschlusses nicht vor. Der Zusammenschlussvertrag vom 11. November 1998 enthält eine Klausel, die der Minderheitsaktionärin Sántis Holding AG eine angemessene Vertretung im Verwaltungsrat zukommen lässt. Personell soll sich dieser aber aus vier Verwaltungsräten der Toni AG und aus drei Verwaltungsräten der Sántis Holding AG zusammensetzen. Mit Rücksicht auf vorhandene Geschäftsgeheimnisse wird in den folgenden Ausführungen nicht weiter Bezug genommen auf den Zusammenschlussvertrag. Es kann zusammengefasst festgehalten werden, dass der oben beschriebene Vorgang ein Kontrollerwerb der Toni AG über die bisher unabhängigen Tochtergesellschaften der Sántis Holding AG gemäss Art. 4 Abs. 3 Lit. b KG i.V.m. Art. 1 VKU ist.

11. Der Zusammenschluss ist mit zwei Kapitalerhöhungen der Toni AG verbunden. Die erste Kapitalerhöhung dient der internen Umstrukturierung der Toni Gruppe. Die zweite Kapitalerhöhung soll die Tochtergesellschaften der Sántis Holding AG in die Toni AG integrieren. Zu diesem Zweck werden bei der zweiten Kapitalerhöhung die Bezugsrechte der Toni Holding AG ausgeschlossen und das neue Kapital mittels Sacheinlage der Sántis Tochtergesellschaften liberiert. Als Gegenleistung erhalten die Gesellschafter Anteile an der Toni AG (shares for shares). Anschliessend soll die Toni AG so rasch als möglich in die Swiss Dairy Food AG umfirmiert werden.

1.2 Vorbehaltene Vorschriften

12. Mit dem Inkrafttreten der Erlasse der Agrarpolitik 2002 (im nachfolgenden AP 2002) gibt es in den hier zu beurteilenden Märkten keine staatlichen Preis- und Mengenordnungen, die den Wettbewerb gemäss Art. 3 Abs. 1 Lit. a KG grundsätzlich nicht zulassen würden. Der verbleibende Grenzschutz gegenüber ausländischen Agrarprodukten verfälscht aber die Wettbewerbsverhältnisse in dem Sinne, dass insbesondere die Substituierbarkeit pflanzlicher Fette mit tierischen Fetten beeinträchtigt und der ausländischen Konkurrenz der Eintritt in die inländischen Agrarmärkte verunmöglicht wird.

1.3 Meldepflicht

13. Die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG wurden sowohl von der Toni AG als auch von den Sántis-Gesellschaften erreicht, weshalb die Meldepflicht zu bejahen ist.

2 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach der Vorprüfung

2.1 Relevante Märkte

14. Unternehmenszusammenschlüsse können Auswirkungen auf die Absatz- und Beschaffungsmärkte der beteiligten Unternehmen haben. Die nachfolgenden Erwägungen werden nach Absatz- und Beschaffungsmärkten getrennt und nach der Abfolge der Verarbei-

tungsschritte, welche der Rohstoff Milch bis zum Endprodukt Milchpulver durchläuft, geordnet.

2.1.1 Sachlich relevante Märkte

2.1.1 a) Absatzmärkte

15. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

16. Marktgegenseite der Toni AG bzw. der Säntis Holding AG sind Industrieunternehmen, Grossisten (inkl. Gastronomieverteiler) und Detailhändler, die die Produkte Konsummilch, Frischmilchprodukte, Käse, Rahm, Butter und Milchpulver nachfragen. Hierbei handelt es sich um eine abgeleitete Endkonsumentennachfrage. Wichtig bei der nachfolgenden Beurteilung ist zudem die Tatsache, dass es sich bei den Zusammenschlusspartnern – im Gegensatz zu Migros und Coop – nicht um vollständig vertikal integrierte Betriebsgruppierungen handelt. Migros und Coop sind, was noch zu zeigen sein wird, einerseits Konkurrenten der Zusammenschlusspartner und andererseits Hauptnachfrager der Leistungen der Zusammenschlusspartner.

1. Konsummilch

17. Konsummilch wird von den Konsumenten als Tafelgetränk, aber auch als Rezeptbestandteil von verschiedensten Gerichten nachgefragt. Der Milchkonsum in der Schweiz ist in den letzten Jahren rückläufig, doch gilt Milch nach wie vor wegen ihres hohen Anteils an Eiweiss, Calcium und Spurenelementen als ein wichtiger Bestandteil einer gesunden Ernährung. Milch ist deshalb nicht mit Tafelgetränken wie Mineralwasser, Süssgetränken, Kaffee, Tee oder alkoholischen Getränken substituierbar.

18. Bis 1997 stellte die Past-Milch den grössten Anteil, der in der Schweiz verkauften Konsummilch dar. In den letzten Jahren verdrängte die uperisierte Milch aufgrund ihrer wesentlich längeren Lagerungsfähigkeit die Pastmilch von ihrer Spitzenposition (Verkaufsmenge Past-Milch 1997 247'211 t)³. Die unterschiedlichen Eigenschaften, die Veränderung des Nachfrageverhaltens und die Verwendung von unterschiedlichen Produktionsverfahren lassen es sinnvoll erscheinen, den Markt für Konsummilch in zwei Teilmärkte oder Marktsegmente zu unterscheiden. In den Markt für Past-Milch und in den Markt für UHT-Milch.

19. Die aus dem Verkauf bekannten Unterscheidungen teilentrahmte oder halbentrahmte Konsummilch, sowie Trinkmagermilch finden

³ Zentralverband schweizerischer Milchproduzenten, Milchstatistik der Schweiz Statistische Schriften- Nr. 171, 1997, S. 54.

sich sowohl im Markt für Past-Milch als auch im Markt für uperisierte Milch wieder. Sie beruhen einzig auf den unterschiedlichen Fettgehalteneinstellungen, die auf Grund der heutigen Zentrifuge-Verfahren beliebig festgesetzt werden können. Sie stellen deshalb keine abzugrenzenden Teilmärkte dar.

20. Eine andere Marktstufe sind die Grossisten und Detailhändler, die Konsummilch für ihre Produktpaletten nachfragen. Sie beliefern die Konsumenten und Gastronomiebetriebe. Ihre Nachfrage ist deshalb aus derjenigen der Konsumenten abzuleiten und wird demgemäss in die folgenden Beurteilungen der Milchmärkte auf der Stufe der Konsumenten integriert.

2. Frischmilchprodukte

21. Der Markt für Frischmilchprodukte muss in die Teilmärkte Joghurt, Quark, Dessertprodukte und Ice-Cream unterteilt werden. Die Produkte sind aufgrund ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks für die Konsumenten im kartellrechtlichen Sinne nicht substituierbar.

3. Käse

22. Die Konsumenten (Gastronomiebetriebe, Grossisten und Detailhändler) fragen eine Vielfalt von verschiedensten Käsesorten nach. Sowohl die klassischen Käsesorten wie Emmentaler, Sbrinz, Appenzeller, Tilsiter etc., als auch die Spezialkäse wie Tête-de-Moine, Vacherin usw. lassen sich gemäss ihrer Eigenschaften, Herstellungsprozessen und Lagerbedürfnissen unterteilen in Hartkäse, Halbhartkäse, Weichkäse und Schmelzkäse. Jeder dieser Teilmärkte verlangt für die Produktion ein spezielles Know-how. Traditionsgemäss ist das Wissen in Bezug auf die Produktion und Lagerung im Hartkäsebereich besonders gross in der Schweiz. Weichkäsesorten gelten dagegen eher als Stärke der französischen Hersteller. Schmelzkäse wird aus den nicht verwerteten Käseresten und Käseabfällen hergestellt.

23. Es ist aufgrund der unterschiedlichen Herstellungsprozesse von den vier Teilmärkten Hart- Halbhart- Weich- und Schmelzkäse im Käsesektor auszugehen.

4. Konsumrahm

24. Nebenprodukte der Käserei bilden einerseits Milchrahm und Sirtenrahm andererseits die vorwiegend zur Fütterung verwendete Schotte. Je nach Produktion von Hart-, Halbhart und Weichkäse verbleiben in den Nebenprodukten unterschiedliche Fettgehalte. Die Fettanteile des Sirtenrahms werden zu Butter (D-Butter und eingesottene Butter) und Milchpulver weiterverarbeitet. Milchrahm hingegen wird in Form von Konsumrahm vom Konsumenten und den Produzenten überfetter Molkereiprodukte wie Dessert, Doppelrahm-Käse, Ice-Cream etc. als eigenständiges Produkt nachgefragt. Zudem wird

Milchrahm ebenfalls zur Weiterverarbeitung zu Butter (Vorzugsbutter) von den Butterproduzenten nachgefragt. Der Markt Rahm ist somit in die Teilmärkte Konsumrahm und Milchrahm (inbegriffen Sirtenrahm) zu unterscheiden.

5. Butter

25. Es werden drei verschiedene Klassen von Butter hergestellt: Vorzugsbutter, D-Butter (deklassierte Butter) und eingesottene Butter (EB). Vorzugsbutter muss dem hohen Qualitätsstandart gemäss Art. 13 der Übergangsverordnung Milch⁴ entsprechen und darf gemäss Lit. f nicht eingelagert oder tiefgefroren werden und nur aus Milchrahm hergestellt werden. D-Butter entsteht aus Buttermischungen, die gemäss Art. 14 Übergangsverordnung Milch Anhang 1 und der Verordnung des EVD über den Buttersektor in Art. 2 definiert sind⁵ als Mischungen von Vorzugsbutter, Importbutter und Sirtenrahmbutter oder als direkte Mischung von Milchrahm und Sirtenrahm. Vorzugsbutter und D-Butter fragen die Konsumenten als Brotaufstrich oder zur Verfeinerung von Speisen nach. Fett ist ein wichtiger Geschmacksträger und wird deshalb auch von Schokoladen-, Schmelzkäse- und Ice-Creamfabrikanten nachgefragt.

26. Aufgrund der funktionalen Substituierbarkeit von tierischen Fetten durch pflanzliche Fette könnte man durchaus von einem einzigen Fettstoffmarkt ausgehen. Das Institut für Agrarwirtschaft der ETH als auch die in der Auflösung begriffene BUTYRA bestätigten, dass keine Unterschiede hinsichtlich der Eigenschaften von pflanzlichen und tierischen Fetten in der technisch-chemischen Verarbeitung existieren, die es nicht ermöglichen würden, die beiden Fettarten zu substituieren. Die Botschaft über die Erhöhung der Preiszuschläge auf eingeführten Speisefetten aus dem Jahre 1981 spricht denn auch von „Ersatzprodukten“⁶. Ein weiterer Hinweis ist zudem die Tatsache, dass die MBZ Produktions AG mit Sitz in Lyss eine Produktionsanlage für Fettfraktionierungen sowohl tierischer, als auch pflanzlicher Fette betreibt.

27. Die Agrarpolitik 2002 (wie auch bereits die alte Landwirtschaftsordnung) verteuert aber die wesentlich billigeren pflanzlichen Fette

⁴ Verordnung für den Übergang zur neuen Milchmarktordnung Anhang 1 vom 7. Dezember 1998, welche in Kraft treten wird am 1. Mai 1999.

⁵ Verordnung des EVD über die Höhe der Beihilfen für Milchprodukte sowie über Vorschriften für den Buttersektor und die Einfuhr von Vollmilchpulver vom 7. Dezember 1999, welche in Kraft treten wird am 1. Mai 1999.

⁶ Botschaft über die Erhöhung der Preiszuschläge auf eingeführten Speiseölen und Speisefetten, SR. 80.092, S.5.

mittels Zölle⁷. Zudem erhalten butterverwertende Industriezweige eine Beihilfe in Form eines Zollkontingentes für billigere Importbutter. Der Staat versucht mittels dieser Massnahmen, gezielt den Verbrauch von tierischen Fetten gegenüber pflanzlichen Fetten zu steigern. Die unterschiedliche Behandlung durch das Gesetz könnten es rechtfertigen, von einem engen sachlich relevanten Markt Butter auszugehen. Für die Zwecke des vorliegenden Falls kann auf die exakte sachliche Marktabgrenzung verzichtet werden, weil, wie hinten zu zeigen sein wird, bei der engen Marktabgrenzung Butter, wie bei einer weiteren Marktabgrenzung in einen Fettstoffmarkt, keine Anhaltspunkte für die Schaffung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bestehen. Für die folgenden Erwägungen wird deshalb von dem sachlich engeren Markt Butter ausgegangen.

6. Milchpulver

28. Magermilchpulver wird aus dem verbleibenden Milchanteil, der bei der Verarbeitung von Milchrahm und Sirtenrahm zu Butter übrig bleibt, hergestellt. Magermilchpulver steht somit am Ende der Milchverarbeitungsproduktkette. Das Ziel der Agrarpolitik ist es, mittels Beihilfen den Gebrauch des Magermilchpulvers in der verarbeitenden Industrie zu fördern. Inlandüberschüsse müssen zu niedrigen Preisen auf dem internationalen Markt verkauft werden. Der grösste Anteil an Magermilchpulver wird von der Tierfutterindustrie nachgefragt.

29. Vollmilchpulver wird dagegen direkt aus dem Rohstoff Milch gewonnen und vorwiegend von der Schokoladen- und Dessertindustrie nachgefragt. Vollmilchpulver ist aufgrund des unterschiedlichen Qualitätsstandards nicht durch Magermilchpulver substituierbar. Die grosse Angebotsumstellungsflexibilität könnte es jedoch rechtfertigen, von einem einzigen Pulvermarkt auszugehen. Für die Zwecke des vorliegenden Falls kann auf die exakte sachliche Marktabgrenzung verzichtet werden, weil, wie hinten zu zeigen sein wird, bei der engen Marktabgrenzung, wie bei einer weiteren Marktabgrenzung, keine Anhaltspunkte für die Schaffung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bestehen.

2.1.1 b) Beschaffungsmärkte

1. Absatzmöglichkeiten für Milch

30. Eine andere Marktgegenseite (Beschaffungsmärkte) stellen die Milchproduzenten resp. die Landwirte dar. Als Rohstofflieferanten fragen die Bauern die Absatzmöglichkeiten der weiterverarbeitenden Industrie nach, wie zum Beispiel die Absatzmöglichkeiten der Milch-

⁷ Art. 8 Abs. 4 Verordnung über die Einfuhr von Milch und Milchprodukten sowie von Speiseöl und Speisefetten.

verbände, der Grossisten, der Industriefabrikation, aber auch die Absatzmöglichkeiten von kleineren Käsereien.

31. Die Milchproduktion erfolgt bei den einzelnen Landwirten, welche ihrerseits mehrheitlich in lokalen Milchgenossenschaften zusammengeschlossen sind. Sie fragen traditionell die Abnahme- der lokalen Käsereien oder die Absatzmöglichkeiten der Verbände nach. Mit dem Inkrafttreten der AP 2002 entfallen die gesetzlichen Milchabnahmeregelungen. Der einzelne Landwirt ist neu frei in der Wahl seiner Vertragspartner. Die traditionellen Konzepte werden dadurch insoweit verändert, dass vermehrt direkte Milchkaufverträge mit den Verbänden, Grossisten und der Industriefabrikation geschlossen werden. Die verschiedenen Absatzmöglichkeiten sind deshalb in den neuen Strukturen für die Landwirte substituierbar.

2. Absatzmöglichkeiten für Käse

32. Verschiedene gewerbliche Molkereien und Käsereien sind vorwiegend in der Käseproduktion tätig, im speziellen im Bereich der Hartkäsesorten. Sie fragen die Absatzmöglichkeiten der Milchverbände, Grossisten und Detailhandelsketten nach.

3. Absatzmöglichkeiten für Milchrahm und Sirtenrahm

33. Sämtliche Milchproduktproduzenten, die in ihrer Verarbeitung eine Fettfraktionierung vornehmen und dadurch die Koppelprodukte Milchrahm und Sirtenrahm erhalten, fragen die Absatzmöglichkeiten der Butterproduzenten nach. Sirtenrahm wird ausschliesslich als Rohstoff in der Butterproduktion verwendet. Andere Absatzmöglichkeiten sind deshalb für den Nachfrager nicht substituierbar.

34. Zusammengefasst ergeben die sachlich relevanten Absatz- und Beschaffungsmärkte:

Absatzmärkte	
Markt für Konsummilch	Unterteilt in:
(können auch als eigenständige rel. Märkte angesehen werden)	- UHT-Milch
	- Past-Milch
Markt für Frischmilchprodukte	Unterteilt in:
(eigenständige rel. Märkte)	- Joghurt
	- Quark
	- Dessertprodukte
	- Ice-Cream
Markt für Käse	Unterteilt in:
(eigenständige rel. Märkte)	- Hartkäse
	- Halbhartkäse
	- Weichkäse
	- Schmelzkäse

Rahm	
	-Konsumrahm
Butter	
Milchpulver	Unterteilt in:
(auf der Angebotsseite substituierbar)	-Magermilchpulver
	-Vollmilchpulver
Beschaffungsmarkt	
Absatzmöglichkeiten für Milch	
Absatzmöglichkeiten für Käse	
Absatzmöglichkeiten für Milchrahm und Sirtenrahm	

2.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

36. Auf Grund des Grenzschatzes, der durch hohe Zölle und eine restriktive Verteilung von Zoll-Kontingenten realisiert wird, sind die Märkte im Landwirtschaftssektor national geschlossene Märkte. Mit dem Siebten Landwirtschaftsbericht vom 27. Januar 1992 hat der Bundesrat eine Neuorientierung der Agrarpolitik beschlossen⁸, welche in den zwei Etappen Agrarpolitik 1995 und Agrarpolitik 2002 verwirklicht werden soll. Im Rahmen des WTO-Agrarabkommens von 1994 war in der ersten Etappe ein Umbau der Grenzschatzmassnahmen beschlossen worden. Eine Lockerung des Grenzschatzes wird bei der Ratifizierung der kürzlich abgeschlossenen bilateralen Verhandlungen im Käsemarkt folgen. Der zeitliche Rahmen für ihr Inkrafttreten kann auf den 1. Januar 2001 angesetzt werden.

2.1.2.1 Geltende gesetzliche Ordnung

a) Absatzmärkte

37. Unter der heutigen Gesetzgebung kann gemäss Art. 6 der Verordnung über die Einfuhr von Milch und Milchprodukten sowie von Speiseölen und Speisefetten (VEMS)⁹ der Käsemarkt für Hartkäse, Weichkäse und Schmelzkäse¹⁰ und für einzelne spezielle Käsesorten als europäischer Markt abgegrenzt werden. Für diesen Käse gilt ein stark reduzierter Zollansatz. In diesem Zusammenhang muss darauf

⁸ Botschaft zur Reform der Agrarpolitik: Zweite Etappen (Agrarpolitik 2002), SR 96.060, S. 5.

⁹ Art. 6 VEMS, SR 916. 355. 1.

¹⁰ Tarifnummern: 0406.2010, 4081,9031,9051.

hingewiesen werden, dass ausländische Käseprodukte (Importe) bereits heute einen beträchtlichen Marktanteil erreichen.

38. Die Märkte für Konsummilch, Joghurt, Quark, Dessertprodukte, Ice-Cream und Rahm sind aufgrund der Zollrestriktionen als nationale Märkte abzugrenzen. Ausländische Marken wie beispielsweise Danone produzieren mittels Lizenzverträge in der Schweiz.

39. Die Märkte Butter und Milchpulver sind aufgrund der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen klar als nationale Märkte abzugrenzen.

b) Beschaffungsmarkt

40. Die heute noch gültigen gesetzlichen Grundlagen sehen in Art. 2 der Verordnung über die Verwertung der Verkehrsmilch¹¹ die Weisungsbefugnis des Zentralverbandes vor. Aufgrund der Weisungsbefugnisse und der regionalen Aufteilung des Milchverbandes konnte bis anhin von einem regionalen Markt ausgegangen werden. Ein grosser Teil der Befragten grenzte jedoch bereits unter den heutigen gültigen Regelungen einen nationalen Milchabnahmemarkt ab.

41. Die Absatzkanäle für Käse sind wie der Markt für Käse im selben Umfang als europäischer Markt abzugrenzen.

42. Die Absatzkanäle für Milchrahm und Sirtenrahm sind ausschliesslich die inländischen Butterproduzenten, weshalb auch dieser Markt als nationaler Markt abzugrenzen ist.

c) Ergebnis

43. Ausser des Käsemarktes, der als europäischer Markt abzugrenzen ist, sind alle anderen Märkte nationale Märkte.

2.1.2.2 AP 2002, bilaterale Verhandlungen und WTO Verträge

44. Mit dem Inkrafttreten der AP 2002 am 1. Mai 1999 wird der staatlich garantierte Milchpreis fallen gelassen, die staatliche Vermarktungsgesellschaft für Käse, die sogenannte Käseunion, und die BUTYRA, die als einzige zum Butterimport berechtigt war, werden aufgelöst. In Bezug auf die räumlichen Abgrenzungen ergeben sich Veränderungen für den Beschaffungsmarkt Milch und für den Käsemarkt, der noch weiter liberalisiert wird. Alle anderen Märkte bleiben national geschlossene Märkte. Zudem kommt die AP 2002 den GATT und WTO Verträgen nach, wonach Subventionen zu streichen sind. Oft werden diese aber über Direktzahlungen und Naturalbezüge ersetzt.

¹¹ Verordnung über die Verwertung der Verkehrsmilch vom 30. April 1957, SR. 916. 353.1.

a) Absatzmärkte

45. Aufgrund der WTO-Verpflichtungen werden sämtliche Käsesorten den günstigeren Zollkontingenten zugeordnet. Mit Blick auf die bilateralen Verhandlungen, die frühestens am 1. Januar 2001 in Kraft treten werden, wird eine eigentliche Freihandelszone in Bezug auf Käse mit der Europäischen Union angestrebt. Der Käsemarkt ist somit ein europäischer Markt.

46. Die Märkte für Konsummilch, Joghurt, Quark, Dessertprodukte, Ice-Cream und Rahm bleiben nationale Märkte.

47. Butter bleibt ebenfalls ein geschlossener Markt und auch im Zusammenhang mit den bilateralen Verhandlungen ist keine Marktöffnung zu erwarten.

b) Beschaffungsmarkt

48. Der Landwirt wird mit dem Inkrafttreten der AP 2002 frei sein, ob er seine produzierte Milch selber verwerten, oder an Milchverbände, Molkereien und Industrieunternehmen verkaufen will. Die heutigen Transportmöglichkeiten erlauben es den Abnehmern, den Rohstoff Milch aus der ganzen Schweiz zu beziehen. Aufgrund der alten Agrarordnung entwickelten sich traditionelle Sammelgebiete der Verbände, so lieferten zum Beispiel die Landwirte in der Region der Ostschweiz an die Säntis, die Produzenten in Luzern dagegen lieferten ihre Milch an Emmi. Heute erhalten die Landwirte, die qualitativ hochwertige Milch produzieren, auch ausserhalb der angestammten Regionen Verträge mit Industrieunternehmen oder Verbänden. Es kann deshalb von einem nationalen Markt ausgegangen werden, was sich auch anlässlich der Befragungen bestätigt hat.

49. Die Absatzkanäle für Käse sind als europäische Märkte zu betrachten (vgl. RZ 39).

50. Die Absatzkanäle für Milchrahm und Sirtenrahm werden wie Butter ein nationaler Markt bleiben.

2.1.2.3 Ergebnis

51. Zusammengefasst ergeben sich folgende Abgrenzungen:

Markt	Gegenwärtige Gesetzliche Ordnung	AP 2002	Bilaterale Verhandlungen, GATT, WTO
Konsummilch- Past-Milch UHT-Milch	Nationaler Markt	Nationaler Markt	Tendenz zu einem europäischen Markt

Frischmilch- produkte Joghurt Quark Dessertprodukte Ice-Cream	Nationaler Markt	Nationaler Markt	Tendenz zu einem europäischen Markt
Käse (alle Märkte)	Europäischer Markt (reduzierter Zoll)	Europäischer Markt (Freihandels- zone)	Europäischer Markt
Rahm (Konsumrahm)	Nationaler Markt	Nationaler Markt	Nationaler Markt
Butter	Nationaler Markt	Nationaler Markt	Nationaler Markt
Milchpulver	Nationaler Markt	Nationaler Markt	Tendenz zu einer Locke- rung des Grenzschutzes
Absatzmög- lichkeiten für Milch	Nationaler Markt	Nationaler Markt	Nationaler Markt
Absatzmög- lichkeiten für Käse	Europäischer Markt	Europäischer Markt	Europäischer Markt
Absatzmög- lichkeiten für Milchrahm und Sirtenrahm	Nationaler Markt	Nationaler Markt	Nationaler Markt

52. Die folgenden Ausführungen grenzen die räumlichen Märkte gemäss AP 2002, bilateralen Verhandlungen und WTO-Verträge ab.

2.2 Voraussichtliche Stellung von Toni und Säntis in den betroffenen Märkten

53. Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt (diese Märkte werden hier als «vom Zusammenschluss betroffene Märkte» bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung. Aufgrund der obenstehenden Erwägungen zur Marktabgrenzung sind die nachfolgend grau unterlegten Bereiche als betroffene Märkte zu bezeichnen.

54. Als Grundlage für die Bestimmung der betroffenen Märkte dienten Schätzungen des Sekretariats, der befragten Konkurrenten sowie von Verbänden und Behörden. Überdies die von Marktforschungsinstituten ermittelten Panel-Daten (z.B. Handelspanel Nielsen, Konsumentenpanel IHA/GfM) und die vom Zentralverband Schweizerischer Milchproduzenten erhobenen IHA / Zahlen 1998 plus. Die genauen Marktanteile sind somit der Wettbewerbskommission bekannt, werden aber mit Rücksicht auf Geschäftsgeheimnisse in Bandbreiten angegeben und die Angaben auf die grössten Marktanteilsinhaber beschränkt.

Konsummilch	UHT-Milch		Past-Milch
Toni	15- 20%	Toni	25- 30%
Säntis	5- 10%	Säntis	5- 10%
Emmi	15- 20%	Emmi	5- 10%
Migros	25- 30%	Migros	25- 30%
AZM	5- 10%	AZM	5- 10%
Diverse (AVCBaselCoop, Vallait)	10%	Diverse (Lati, gewerbl. Molkereien)	10%

Frischmilch- produkte	Joghurt		Quark
Toni	5- 10%	Toni	5- 10%
Säntis	1- 5%	Säntis	0%
Migros	20- 25%	Migros	25- 30%
Coop	15- 20%	Coop	15- 20%
Nestlé	5- 10%	Nestlé	5- 10%
Emmi	25- 30%	LRG	1- 5%
Diverse	20%	Emmi	25- 30%
		Diverse	10%

	Dessert- produkte		Ice-Cream
Toni	10- 15%	Toni	30- 35%
Säntis	1- 5%	Säntis	0%
Migros	20- 25%	Frisco Findus	20- 25%
EM	20- 25%	Migros	25- 30%
Danone	10- 15%	Mövenpick	5- 10%
Emmi	20- 25%		
Div. Hersteller	20%		

Käse*			
Produktion	Hartkäse		Halbhartkäse
Toni	1- 5%	Toni	15- 20%
Säntis	1- 5%	Säntis	15- 20%
Emmi	1- 5%	Emmi	35- 40%
		Div. andere	20%

	Weichkäse		Schmelzkäse
Toni	15- 20%	Toni	20- 25%
Säntis	1- 2%	Säntis	0- 5%
Emmi	15- 20%	Tiger	10- 15%
Bongrain	15- 20%	Emmi	20- 25%
LRG	5- 10%	Div. Hersteller	40%
Div. Hersteller	30%		

* Käse ist aufgrund der Abgrenzung auf einen europäischen Markt kein betroffener Markt gemäss Art. 11 Abs. 1 Lit. d KG, die unten erwähnten Zahlen sollen eine Vorstellung der Vielfalt der Hersteller auf einen national räumlich abgegrenzten Markt ergeben.

	Rahm (Konsumrahm)		Butter
Toni	25- 30%	Toni	45- 50%
Säntis	15- 20%	Säntis	15- 20%
AZM	20- 25%	Emmi	10- 15%
Emmi	10- 15%	AZM	10- 15%
Hochdorf	10- 15%	Fuch + Co. AG	1- 5%
Migros	10- 15%	Div. Hersteller	10%
Coop	1- 5%		
Vallait	1- 5%		

	Magermilch- Pulver		Vollmilchpulver
Toni	35- 40%	Toni	25- 30%
Säntis	10- 15%	Säntis	10- 15%
Hochdorf	20- 25%	Hochdorf	25- 30%
Emmi	10- 15%	Emmi	10- 15%
AZM	1- 5%	Nestlé	10- 15%
Nestlé	1- 5%		
Div. Hersteller	5%		

Absatzmöglichkeiten für Milch		Absatzmöglichkeiten für Sirtenrahm und Milchrahm	
Toni	40- 45%	Toni	50- 55%
Säntis	10- 15%	Säntis	15- 20%
Emmi	10- 15%	Emmi	10- 15%
AZM?	5- 10%	AZM	10- 15%
Migros	5- 10%	Fuch + Co. AG	1- 5%
Nestlé	5- 10%		
Hochdorf	5- 10%		
Laiteries Réunis	1- 5%		
Vallait	1- 5%		?

Absatzmöglichkeiten für Käse	
Toni	30-35%
Säntis	1- 5%
Emmi	30-35%
Div. Händler	25%

55. Im folgenden werden die betroffenen Märkte daraufhin untersucht, ob sich aufgrund des Zusammenschlusses Anhaltspunkte ergeben, dass eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird (Art. 10 KG).

I Aktueller Wettbewerb

I.1 Milchproduktion der Schweiz

56. In der Schweiz werden im Inland jährlich rund 3,8 Millionen Tonnen Milch gewonnen. Davon werden 4/5 in Verkehr gebracht, fast 1/5 verbleibt in den Haushalten der Viehbesitzer (3,3%) bzw. wird auf den Produzentenbetrieben zur Fütterung von Tieren verwendet (16,6%)¹².

57. 13,8% der Gesamtproduktion wird zum Frischgenuss in Form von Konsummilch oder Joghurt verwendet. 65,7% der Gesamtmenge werden zu Käse, Konsumrahm, Butter, Milchpulver und übrigen Milcherzeugnissen verarbeitet¹³.

¹² Milchstatistik der Schweiz 1997 (ZVSM), S. 32.

¹³ vgl. FN 12

I.2 Auswirkungen der alten Agrarordnung auf den aktuellen Markt

58. Die im Folgenden beschriebenen Marktverhältnisse sind direkte Folgen der alten Agrarordnung, welche durch eine feste Preis- und Mengenordnung gekennzeichnet war. Der Bundesrat legte einen Milchpreis fest und garantierte dem einzelnen Milchproduzenten die Übernahme seiner Kontingentsmenge zu diesem Preis. Das Volumen des schweizerischen Gesamtkontingentes wurde dabei bewusst über den Inlandbedarf angesetzt. Diese Regelung bedingte eine staatliche Verwertungslenkung. Es entstanden die BUTYRA zur Verwaltung der Butter und die Schweizerische Käseunion AG zur Vermarktung der Käsesorten Emmentaler, Greyerzer und Sbrinz. Für die Koordinierung der anderen milchwirtschaftlichen Produkte wurde der Zentralverband Schweizerischer Milchproduzenten (ZVSM) respektive dessen Sektionen gemäss Art. 10 des Beschlusses der Bundesversammlung über Milch, Milchprodukte und Speisefette¹⁴ verpflichtet.

59. Der ZVSM legte seiner Arbeit ein Milchverarbeitungsprogramm zu Grunde, welches in erster Priorität vorsah, solche Produkte herzustellen, welche verlustfrei verwertet werden konnten, nämlich Konsummilch, Frischmilchprodukte, Konsumrahm und andere Milchspezialitäten. In zweiter Priorität wurde die Milch zu Käse verarbeitet. Dritte Priorität kam schliesslich der als Überschussverwertung betrachteten Butter- und Magermilchpulverproduktion zu.

60. Adressaten der Weisungen des ZVSM waren in erster Linie die 13 Sektionen, die verpflichtet waren, je eigene Molkereien aufzubauen, um die Konsummilchversorgung sicherzustellen. Sie waren deshalb dazu verpflichtet, saisonale Schwankungen sowohl auf der Produktionsseite wie auch auf der Nachfrageseite auszugleichen.

61. Im Gegensatz zu Verbandsmolkereien mussten private Molkereien, wie z.B. der Migrosbetrieb ELSA in Estavayer, in ihren Produktionskalkulationen keine saisonalen Schwankungen einbeziehen und konnten ihre Anlagen voll auslasten.

62. Noch heute verarbeiten die meisten privaten Unternehmen die Milch von Montag bis Freitag. Am Wochenende mussten die Verbandsunternehmen wie Toni und Säntis die Milch übernehmen. Diese Spitzen konnten regelmässig nur in der dritten Priorität verwertet werden, weshalb die Verbandsunternehmen zwangsläufig in Buttereien resp. Pulvertürme investieren mussten.

63. Aufgrund dieser historischen Regelungen konzentrierten sich die Grossverteiler auf die finanziell interessanten Märkte wie Joghurts und Dessertprodukte oder auf Produktionszweige wie UHT- Produk-

¹⁴ vom 29. September 1953 / SR 916.350.

te, die risikoarm sind, was die vorne aufgeführten Marktanteilszahlen verdeutlichen. In die Bereiche Butter und Magermilchpulver haben die Grossverteiler hingegen nicht investiert.

64. In kompetitiven Märkten werden Überkapazitäten abgebaut. Die alte Agrarordnung zementierte hingegen vorhandene Überkapazitäten. Die neue AP 2002 ist der Versuch, in den Landwirtschaftsmärkten soviel Wettbewerb zu ermöglichen, dass sich ein besseres Verhältnis von Nachfrage und Angebot einspielen kann. Die angestammten Überkapazitäten sind aber nach wie vor vorhanden und werden in den Märkten wie Butter und Milchpulver, die mittels Beihilfen gestützt werden, auch weiter bestehen. Die folgende Beurteilungen der Marktanteile und Marktverhältnisse sind deshalb vor dem Hintergrund eines Marktes zu sehen, der von Überkapazitäten geprägt ist.

I.3 Die einzelnen Märkte im Lichte der aktuellen Marktverhältnisse und der potenziellen Konkurrenz

A) Absatzmärkte

I.3.1 Zum Markt Konsummilch, unterteilt in Past- und UHT-Milch

I.3.1.1 Markt für UHT-Milch

a) Aktuelle Marktverhältnisse

65. In der Schweiz wurden 1997 gesamthaft 247'211 t UHT-Milch verkauft ¹⁵. Die Toni verarbeitet im UHT-Milch-Bereich [...] t, was einen Marktanteil von einer Brandbreite von 15-20% ergibt. Durch den Kontrollerwerb der Säntis Töchter, die [...] t produziert, erhöht sich der Marktanteil auf rund 20-30%.

66. Die Konkurrenten der Toni und Säntis sind im Bereich UHT-Milch Emmi, welche 15-20% Marktanteil hält, Migros mit 25-30%, die AZM mit 5-10%, und Diverse mit einem Marktanteil von 10%. Das Produkt UHT-Milch ist ein homogenes Gut, das von den Detaillisten bei demjenigen Produzenten nachgefragt wird, der den niedrigsten Preis fordert. Die Preiselastizität bezüglich der einzelbetrieblichen Nachfrage ist somit sehr hoch, obwohl die Gesamtnachfrage eher unelastisch ist. Abklärungen des Sekretariates haben ergeben, dass der UHT-Milchmarkt von Überkapazitäten geprägt ist. Sämtliche Mitbewerber können zudem ihre einzelbetriebliche Kapazität, sofern erforderlich, mit den bestehenden Infrastrukturanlagen erhöhen. Eine Erhöhung des Preises für UHT-Milch durch die SDF würde unweigerlich ein Ausweichen auf die anderen starken Wettbewerber zur Folge haben.

67. Im zu prüfenden Markt stehen den Anbietern im Wesentlichen zwei Abnehmer gegenüber, die Detailhandelsketten Migros und Co-

¹⁵ Milchstatistik der Schweiz 1997 (ZVSM)

op, welche gemäss IHA Statistik eine Bandbreite von rund 65-75% Marktanteilen auf sich vereinen. Diese sind gleichzeitig Abnehmer und Konkurrenten der geplanten SDF. Die Konzentration auf Seiten der Detaillisten führte zu einem Marktungleichgewicht. Mittels regelmässiger Ausschreibungen der Aufträge konnten die Grossverteiler mit den Anbietern immer wieder günstigere Konzessionen aushandeln. Jeder Anbieter ist wegen seinen Überkapazitäten einem starken Deckungskostenbetrags-Denken verhaftet und deshalb rasch zu günstigen Konditionen bereit.

b) Potentielle Konkurrenz

68. Aufgrund der Analyse der aktuellen Marktverhältnisse, welche ein kompetitives Bild zeigt, kann auf die Betrachtung der potentiellen Konkurrenz verzichtet werden.

c) Ergebnis

69. Aus dem Dargelegten wird ersichtlich, dass sich die geplante SDF im UHT-Milchmarkt nicht unabhängig verhalten kann. Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung liegen somit nicht vor.

1.3.1.2 Markt für Past-Milch

a) Aktuelle Marktverhältnisse

70. In der Schweiz wurden 1997 gesamthaft 233'302 t Past-Milch verkauft¹⁶. Die Toni produziert [...] t Past-Milch. Dies entspricht einem Marktanteil von 25-30%. Durch den Kauf der Säntis Töchter, welche [...] t produzieren, werden diese Marktanteile nochmals um 5-10% im Past-Milchmarkt erhöht.

71. Die Konkurrenten der Toni und Säntis sind im Bereich Past-Milch Emmi mit 5-10%, Migros mit 25-30% die AZM mit 5-10%, Diverse und verschiedenste kleine gewerbliche Molkereien mit 10% Marktanteil. In den letzten Jahren ist die Past-Milch-Produktion zugunsten der UHT-Produktion zurückgegangen. Auch im Past-Milch-Markt ist die einzelbetriebliche Preiselastizität der Detaillisten sehr hoch. Das Geschäft wirft entsprechend geringe Margen ab und ist überdies wegen der kurzen Verfalldaten riskant. Die Coop hat sich deshalb unlängst aus der Past-Produktion zurückgezogen. Die starken Konkurrenten wären wie auch im UHT-Milch-Markt jederzeit in der Lage, die jetzige Produktion mit den vorhandenen Maschinenparks zu erhöhen. Marktgegenseite ist im Past-Milchmarkt ebenfalls die Migros und die Coop. Sie vermochten aufgrund der Konzentration auf der Stufe Detailhandel regelmässig gute Konzessionen auszuhandeln.

¹⁶ vgl. FN 15

b) potentielle Konkurrenz

72. Unter diesem Aspekt ist darauf hinzuweisen, dass je länger je mehr kleine gewerbliche Molkereien mit ihrer eigenen Pastmilch auf den Markt gelangen. Der Konsument ist offenbar – wie sich dies auch in anderen Lebensmittelbereichen abzeichnet – geneigt, qualitativ hochwertige lokale Pastmilch nachzufragen. Im Lichte dessen muss davon ausgegangen werden, dass kleine gewerbliche Molkereien ihre Marktanteile vergrössern werden, zumal die Detaillisten diesen Trend zu qualitativ hochwertigen Lokalprodukten erkannt haben und hierfür auch entsprechende Absatzkanäle anbieten. Im übrigen dürfte mit der Liberalisierung erwartet werden, dass bereits am Markt tätige Frischmilchproduktehersteller eigene Konsummilchprodukte lancieren werden. Unter dem Aspekt der potentiellen Konkurrenz muss auch darauf hingewiesen werden, dass die UHT-Milch Produzenten aufgrund hoher Angebotsumstellungsflexibilität jederzeit in den Pastmilch-Markt eintreten können.

c) Ergebnis

73. Aus den oben stehenden Erwägungen ergibt sich, dass die geplante SDF sich nicht unabhängig verhalten können wird. Es ergeben sich somit keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kontrollerwerb der Tochtergesellschaften der Sántis durch die Toni eine marktbeherrschende Stellung im Markt für Past-Milch begründen oder verstärken könnte.

1.3.2 Zum Markt Frischmilchprodukte, unterteilt in Joghurt, Quark, Dessertprodukte und Ice-Cream

1.3.2.1 Markt für Joghurt, Quark und Dessertprodukte

74. Wie vorne dargelegt, bedürfen diese Märkte aufgrund geringer Marktanteile keiner weiteren Prüfung.

1.3.2.2 Markt für Ice-Cream

a) Aktuelle Konkurrenz

75. Die Gesamtproduktion von Ice-Cream beläuft sich auf 48'323'000 Liter¹⁷. Die Toni verarbeitet [...] Liter, was einem Marktanteil von 30-35% entspricht. Die Sántis hingegen verarbeitet keine Ice-Cream. Sie ist einzig an der Eismann-Tiefkühlservice AG, die einen Hauslieferdienst mit Tiefkühlprodukten mit Glace, Fleisch und Gemüse betreibt, beteiligt. Ihr kommt aber kein bestimmendes Mitspracherecht zu.

76. Die Konkurrenten der Toni sind die Frisco Findus mit 20-25%, Migros mit 25-30% und Mövenpick mit 5-10%. Im Ice-Cream Markt herrscht ein reger Innovationswettbewerb. Produkt-Differenzierungen, im Speziellen im Premium Ice-Cream Sektor, spiegeln die-

¹⁷ vgl. FN 15

sen wieder. Grossaufträge erhält die Toni zur Zeit von den ausländischen Betrieben und produziert überdies die Eigenmarke für ein anderes Unternehmen (mit Rücksicht auf Geschäftsgeheimnisse werden keine Namen angeführt). Die Marktgegenseite wird deshalb vorwiegend durch die vorher genannten Unternehmen verkörpert, welche als Unternehmungen gelten, die eine grosse Verhandlungsmacht ausüben vermögen.

b) Potentielle Konkurrenz

77. Aufgrund der aktuellen Marktverhältnisse kann auf die Betrachtung der potentiellen Konkurrenz verzichtet werden.

c) Ergebnis

78. Angesichts der Tatsache, dass auf dem Markt für Ice-Cream Wettbewerb herrscht und der Zusammenschluss zu keiner Marktanteilsaddition führt, ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

I.3.3 Zum Markt Käse unterteilt in Hartkäse, Halbhartkäse, Weichkäse und Schmelzkäse

79. Aufgrund der räumlichen Abgrenzung auf einen europäischen Markt belaufen sich die Marktanteile der Toni und Sämtis unter 20%. Der Markt Käse ist somit kein betroffener Markt gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU. Der Zusammenschluss der Toni und Sämtis kann mit Hinblick auf die europäische Dimension des Marktes ohne weiteres als unbedenklich betrachtet werden.

I.3.4 Zum Markt Rahm (Konsumrahm)

a) Aktuelle Konkurrenz

80. In der Schweiz wurden 1997 gesamthaft 67'527 t Konsumrahm produziert. Die Toni stellt [...] t Konsumrahm her¹⁸. Dies entspricht einem Marktanteil von 25-30%. Durch den Kauf der Sämtis Töchter, welche [...] t produzieren, werden diese Marktanteile nochmals um 15-20% erhöht.

81. Konkurrenten sind die Unternehmen AZM mit 20-25% Marktanteil, Emmi mit 10-15% Marktanteil, Hochdorf mit 10-15%, Migros mit 10-15%, Coop mit 1-5% und Vallait mit 1-5% Marktanteil. Zusätzlich existieren aber noch eine grosse Zahl von kleineren Molkereien und Käsereien, die Rahm direkt an die Konsumenten verkaufen. Eine starke Marktgegenseite stellen Migros und Coop dar. Wie bereits unter RZ 69 ausgeführt, sind sie sowohl Konkurrent als auch Abnehmer und erhalten dadurch eine starke Stellung gegenüber den Zusammenschlusspartnern. Konsumrahm stellt ein Koppelprodukt dar, welches bei der Produktion der meisten Frischmilchprodukte anfällt.

¹⁸ vgl. FN 15

Demgemäss könnten sämtliche Frischmilchproduktehersteller mit geringen Investitionen in den Markt für Konsumrahm eintreten.

b) Potentielle Konkurrenz

82. Angesichts der Tatsache, dass hinreichende aktuelle Konkurrenz auszumachen ist und geringe Marktzutrittsschranken vorhanden sind, erübrigt sich eine weitere Prüfung der potentiellen Konkurrenz.

c) Ergebnis

83. Es ergeben sich aus den oben stehenden Erwägungen trotz der grossen Marktanteilsadditionen keine Anhaltspunkte dafür, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Markt für Milchrahm begründen oder verstärken könnte.

I.3.5 Zum Markt Butter

a) Aktuelle Marktsituation

84. In der Schweiz wurden 1997 gesamthaft 38'550 t Butter produziert¹⁹. Die Toni stellt [...] t Butter her. Dies entspricht einem Marktanteil von 45-50%. Durch den Kauf der Säntis Töchter, welche [...] t produzieren, ergibt sich ein addierter Marktanteil von 60-70%.

85. Der Konkurrent Emmi hat einen Marktanteil von 10-15%, die AZM 10-15% und die Fuchs & Co. AG 1-5% und diverse Hersteller 10% Marktanteil. Bis anhin wurde die gesamte Butterproduktion massgeblich durch die BUTYRA gelenkt. Im Hinblick auf die AP 2002 wurde diese jedoch aufgelöst. Wie vorne dargelegt (vgl. RZ 28ff.), sind pflanzliche Fette und Butter aufgrund staatlicher Interventionen (Beihilfen für Butter und Zölle auf Oelsaaten) nur begrenzt substituierbar.

86. Die Butterproduktion wird nach wie vor mit Beihilfen gestützt, allerdings werden diese Beihilfen für Vorzugsbutter und Buttermischungen während der Übergangsfrist (bis 2004) stufenweise auf Null abgebaut, womit der Wettbewerbsdruck auf die Butterproduzenten durch die Margarinehersteller im gleichen Ausmass zunimmt, unter der Annahme, dass die Zölle auf pflanzliche Speisefette und Oele nicht erhöht werden, was angesichts der internationalen Verpflichtungen (Gatt/WTO) unwahrscheinlich ist.

87. Der Buttermarkt gilt – was die Antworten bestätigt haben – als gesättigter Markt. 1994 prüfte ein wirtschaftlich starker Marktteilnehmer angesichts der Möglichkeit zur vertikalen Integration einen Eintritt in den Buttermarkt und verwarf aus Rentabilitätsgründen diesen Plan wieder. In den letzten 20 Jahren ist denn auch kein neues Unternehmen in den Markt eingetreten. Marktaustritte waren dage-

¹⁹ vgl. FN 15

gen in den letzten fünf Jahren mehrere zu verzeichnen²⁰. Überdies erklärten Konkurrenten, dass sie jederzeit in der Lage wären, ihre jetzt vorhandenen Maschinenanlagen nicht nur einschichtig, sondern dreischichtig oder sogar vierschichtig laufen zu lassen, und so ihre Produktion verdoppeln oder verdreifachen könnten. Die Marktgegenseite wird im Butterbereich durch die starke Stellung des Detailhandels verkörpert. Daraus muss gefolgert werden, dass dieser über eine grosse Verhandlungsstärke gegenüber den Butterproduzenten verfügt.

88. Die grossen Kapazitätsreserven der Mitkonkurrenten und die starke Marktgegenseite lassen den Schluss zu, dass die geplante SDF die Preise im Buttermarkt nicht erhöhen könnte. Die Möglichkeit eines gezielten Preisdumpings, um die Mitkonkurrenten aus dem Markt zu drängen, um anschliessend die Preise wieder zu erhöhen, ist unwahrscheinlich. Einerseits weil beide Zusammenschlusspartner Ertragsprobleme aufweisen und andererseits die aktuellen Konkurrenten aufgrund ihrer Kapazitätsreserven ein beachtliches Drohpotential aufweisen.

b) Potentielle Konkurrenz

89. Ein wirtschaftlich starker Mitbewerber führte aus, dass er aufgrund des Überschusses an Rahm in kürzester Zeit eine Butterproduktion aufbauen könnte, falls er diesen Markt als gewinnbringend einstufen würde. Hinzu kommt, dass durch den stufenweisen Abbau der Beihilfen für Butter (vgl. vorne) pflanzliche Speisefette (Margarine u.ä) relativ gesehen zur Butter (*ceteris paribus*) günstiger werden und daraus bedeutende Konkurrenzprodukte werden.

c) Ergebnis

90. Obwohl sich grosse Marktanteile ergeben, wird angesichts der starken Marktgegenseite ersichtlich, dass sich die geplante SDF im Buttermarkt nicht unabhängig verhalten kann. Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung liegen somit nicht vor.

I.3.6 Zum Markt Milchpulver, unterteilt in Magermilchpulver und Vollmilchpulver

I.3.6.1 Magermilchpulver

a) Aktuelle Marktsituation

91. In der Schweiz wurden 1997 gesamthaft 20'804 t Magermilchpulver produziert. Die Toni stellt davon [...] t her. Dies entspricht ei-

²⁰ Butterzentrale Chur, Butterzentrale Tessin, Butterzentrale Sion (Val-lait), Butterzentrale Zürich, Butterzentrale Burgdorf, Butterzentrale Basel

nem Marktanteil von 35-40%. Durch den Kauf der Säntis Töchter, welche [...] t produzieren, werden diese Marktanteile nochmals um 10-15% erhöht.

92. Die Konkurrenten sind Hochdorf mit 20-25%, Emmi mit 10-15%, Nestlé mit 1-5%, und AZM mit 1-5%. Das Koppelprodukt Magermilch, welches bei der Verarbeitung von Rahm zu Butter anfällt, wird zu Magermilchpulver verarbeitet. Kann das Pulver nicht im Inland abgesetzt werden, muss es auf dem Weltmarkt zu niedrigen Preisen verkauft werden. Der Markt für Magermilchpulver ist somit ein gesättigter Markt und ist geprägt von grossen Überschüssen. Marktgegenseite sind die Tierfutterhersteller. Dieser Markt seinerseits hat in den letzten Jahren ebenfalls grosse Konzentrationsentwicklungen durchlaufen.

b) Potentielle Konkurrenz

93. Als potentielle Konkurrenten gelten die Vollmilchpulverhersteller, welche aufgrund der hohen Angebotsumstellungsflexibilität jederzeit in den Markt eintreten können.

c) Ergebnis

94. Obwohl sich grosse Marktanteilsadditionen ergeben, wird ersichtlich, dass sich die geplante SDF im Magermilchmarkt angesichts der wirtschaftlich starken Marktgegenseite nicht unabhängig verhalten kann. Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung liegen somit nicht vor.

I.3.6.2 Vollmilchpulver

a) Aktuelle Marktsituation

95. In der Schweiz wurden 1997 gesamthaft 9'295 t Vollmilchpulver produziert. Die Toni stellte davon einen Marktanteil von rund 25-30% her. Durch den Kauf der Säntis Töchter, werden diese Marktanteile nochmals um 10-15% erhöht.

96. Die Konkurrenten sind Hochdorf mit 25-30% Marktanteil, Emmi mit 10-15%, Nestlé mit 10-15% Marktanteil. Bis 1997 hat ein heute wirtschaftlich starker Abnehmer das für ihn benötigte Vollmilchpulver selbst produziert. Er schloss dieses Werk, weil der Zukauf des Vollmilchpulvers wirtschaftlich interessanter ist. Dieser Marktaustritt ist eine Bestätigung, der bereits im Zusammenhang mit dem Magermilchmarkt erwähnten Überkapazitäten. Die grosse wirtschaftliche Potenz der anderen Konkurrenten, insbesondere der Nestlé, würde zudem jederzeit eine Erhöhung der Produktion von Vollmilchpulver ermöglichen. Die Marktgegenseite wird durch wirtschaftlich potente und weltweit produzierende Unternehmungen, wie die Kraft Jacobs Suchard AG und die Lindt und Sprüngli AG, verkörpert. Sie führten aus, dass sie keine Bedenken hinsichtlich des Zusammenschlusses haben.

b) Potentielle Konkurrenz

97. Aufgrund der Analyse der aktuellen Marktverhältnisse, welche ein kompetitives Bild zeigt, kann auf die Betrachtung der potentiellen Konkurrenz verzichtet werden.

c) Ergebnis

98. Aus dem Dargelegten wird ersichtlich, dass sich die geplante SDF auch trotz der hohen Marktanteilsadditionen im Vollmilchpulvermarkt nicht unabhängig verhalten kann. Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung liegen somit nicht vor.

B) Beschaffungsmärkte

I.3.7 Zu den Absatzmöglichkeiten für Milch

a) Aktuelle Marktsituation

99. Im Schweizer Milchmarkt werden jährlich 3 Mia. Kilogramm Milch verarbeitet. 1/3 der Milch wird von den Dorfkäsereien übernommen, 2/3 der Milchmenge wird in Unternehmen der Milchbranche gekauft. Die Toni fragte von dieser Menge [...] Mio. kg nach, was einem Marktanteil von 40-45% entspricht. Von dieser gesammelten Menge verkaufte Toni rund [...] Mio. kg an Migros, Hochdorf, Emmi, Nestlé und AZM. Weitere [...] Mio. kg werden zudem neu von der MIBA per 1.7.1998 wieder selbständig verwertet und ebenfalls an die Migros, Emmi, Hochdorf und AZM verkauft. Die Toni verwertete somit in ihrem Betrieb [...] Mio. kg Milch. Die Säntis fragte [...] Mio. kg nach, was einen Marktanteil von 10-15% ergibt.

100. Die Konkurrenten weisen, ohne dass die gekaufte Milch von Toni einbezogen würde, folgende Marktanteile aus: Emmi 10-15%, AZM 5-10%, Migros 5-10%, Nestlé 5-10%, Hochdorf 5-10%, Laiteries Réunis 1-5% und Vallait 1-5%.

101. Die Milchproduktion erfolgt dezentral bei den einzelnen Landwirten. Diese sind ihrerseits traditionellerweise mehrheitlich in lokalen Gebietskörperschaften zusammengeschlossen. Mit der Liberalisierung (AP 2002) hat der Landwirt die Möglichkeit, einzelbetriebliche Milchkaufverträge zu schliessen. Der Bauer ist somit frei, wem er seine Milch verkaufen will. Es steht in seinem Ermessen, ob er seine Milch einer Unternehmung mit einer neuen Innovation verkaufen will oder wie angestammt an die Verbände. Die Verbände wie Toni, Säntis und Emmi versuchen aufgrund der hohen Sammelkosten die Sammelgebiete zusammenzufassen. In der Zwischenzeit haben sich die Bauern deshalb zur Stärkung ihrer Verhandlungsmacht in grössere Milchringe vereint. Doch werden qualitativ gute und quantitativ interessante Anbieter von Milch, immer wie mehr aus den Sammelgebieten abgeworben und unter Vertrag genommen. Der Wettbewerb zwischen den Verbänden hat somit angefangen zu spielen und wird sich in Zukunft verstärken.

b) Potentielle Konkurrenz

102. Zur Zeit verkauft die Toni rund [...] Mio kg und die MIBA, die Aktionärin von der Toni ist, rund [...] Mio kg Milch an die Migros, Hoch-

dorf, Emmi und an die AZM. Den Nachfragern steht es frei, diese Menge neu direkt vom Produzenten zu beziehen. Insbesondere da die Verträge der Toni und Säntis jeweils auf ein Jahr befristet sind, kann mit einem schnellen Markteintritt gerechnet werden. Die nebst den Zusammenschlusspartnern vorhandenen Mitbewerber können zudem ohne grössere Mehrinvestitionen ihr Beschaffungsvolumen steigern. Die zentrale Rolle hierfür wird der den Produzenten angebotene Milchpreis spielen. Bereits heute findet – aufgrund der neuen gesetzlichen Regelung – ein eigentlicher Milchpreiswettbewerb statt. Es gibt Abweichungen von bis zu 5.5 Rappen pro Liter Milch.

c) Ergebnis

103. Die neue Liberalisierung ermöglicht es, dass die milchverarbeitenden Unternehmen ihren Bedarf an Milch direkt beim Produzenten beziehen. Sollte der Milchmarkt wirtschaftlich interessant sein, werden die Nachfrager von Milch diese Möglichkeit nutzen. Die SDF kann sich somit nicht unabhängig in Bezug auf die Absatzkanäle für Milch verhalten.

104. Es ergeben sich somit keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kontrollerwerb der Tochtergesellschaften der Säntis durch die Toni eine marktbeherrschende Stellung im Markt für den Absatz von Milch begründen oder verstärken könnte.

I.3.8 Zu den Absatzmöglichkeiten für Käse

105. Wie bereits im Markt für Käse beschrieben wurde, ist aufgrund des örtlich relevanten Marktes Europa der Markt Absatzkanal für Käse kein betroffener Markt gemäss Art. 11 Abs. 1 Lit. d VKU.

I.3.9 Zu den Absatzmöglichkeiten für Milchrahm und Sirtenrahm

a) Aktuelle Marktsituation

106. Die Nachfrager der Absatzmöglichkeiten sind alle Milchproduktproduzenten in deren Verarbeitung Milchrahm und Sirtenrahm anfällt, und die diesen nicht selber zu Butter verarbeiten und verkaufen. Die Anbieter der Absatzkanäle sind somit die Butterproduzenten deren Marktanteile sich folgendermassen zusammensetzen: Toni 50-55%, Säntis 15-20%, Emmi 10-15%, die AZM 10-15% und die Fuchs & Co. AG 1-5%.

107. Milch- und Sirtenrahm fallen bei der Verarbeitung von Frischmilchprodukten und Käse an. Nachfrager nach diesen Produkten sind unter anderem die Butterproduzenten. Einige Käsereien verbuttern indessen den angefallenen Milch- und Sirtenrahm selbst. Aus den unter Ziffer RZ 86ff. dargelegten Gründen wird ersichtlich, dass sich die Konkurrenzsituation auf dem Butterproduktionsmarkt verschärft wird (Abbau der Stützungsbeiträge und einhergehende verschärfte Konkurrenz durch Margarine). Angesichts der vorherr-

schenden Überkapazitäten der Butterproduzenten kann davon ausgegangen werden, dass sich auch bezüglich der Beschaffung eine stärkere Konkurrenzsituation ergeben wird. Ein Garant hierfür ist letztlich auch die starke Stellung der Marktgegenseite (Detailisten).

b) potentielle Konkurrenz

108. Es kann auf die potentielle Konkurrenz im Buttermarkt vgl. RZ 91 verwiesen werden.

c) Ergebnis

109. Es ergeben sich somit keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss im Markt für den Absatz von Milchrahm und Sirtenrahm eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken könnte.

II. Marktentwicklung und Stellung der Unternehmen im internationalen Markt

110. Gemäss Art. 10 Abs. 4 KG hat die Wettbewebskommission bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb zu berücksichtigen.

111. Mit Blick auf die nächste WTO-Runde 1999 bereiten sich die Milchproduktproduzenten wie zum Beispiel in Dänemark und Holland auf eine weitere Internationalisierung des Milchmarktes vor. In diesen Ländern haben in den letzten Jahren grosse Konzentrationen stattgefunden, so dass ein einziges Unternehmen die gesamten nationalen Milchleistungen koordiniert. An der nächsten WTO-Runde wird auch die Schweiz teilnehmen. Verschiedene Befragte, darunter insbesondere das Institut der Agrarwirtschaft der ETH und deren Studie „Wettbewerbsfähigkeit europäischer Milchwirtschaftsunternehmen“²¹ weisen auf den Aspekt der internationalisierten Märkte und auf die Notwendigkeit einer zu erreichenden Grösse hin, wenn ein Unternehmen erfolgreich im Export tätig sein soll. Als potentielle Konkurrenz könnten deshalb besonders auf den Märkten für Frischmilchprodukte und Milchpulver Unternehmen des Auslandes angeführt werden. Die Marktanteile der geplanten SDF sind aufgrund dieser ausländischen Grosskonzerne sehr gering.

112. Im Hinblick auf die zukünftige Stellung der Parteien im internationalen Wettbewerb ist das Zusammenschlussvorhaben somit positiv zu beurteilen.

²¹ Wettbewerbsfähigkeit europäischer Milchwirtschaftsunternehmen von Thierry Mermod und Adrian Aebi, Sommersemester 1998, ETH Zürich.

III. Ergebnis

113. Die zum Teil grossen Marktanteile der geplanten SDF müssen im Zusammenhang mit der alten Agrarordnung und der durch sie hervorgerufenen Überschüsse in den Agrarmärkten gesehen werden. Auf allen Märkten sind neben der Toni und Sämtis wirtschaftlich starke Unternehmen tätig, die ihre Produktionen mit den vorhandenen Infrastrukturen durchschnittlich verdoppeln könnten. Die Fusion schafft gegenüber der konzentrierten Marktgegenseite ein Gegengewicht. Zudem müssen die hohen Anteile auch im Hinblick auf eine Öffnung der Agrarmärkte gesehen werden. Auf dem internationalen Markt werden die Marktanteile der geplanten SDF sehr gering sein.

114. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3	2. Zusammenschlussvorhaben Deutsche Post AG – Danzas Holding 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 vom 10. Februar 1999

A. Sachverhalt

1. Am 14. Januar 1999 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Deutsche Post AG, D – Bonn („Deutsche Post“), über die zu 100% von ihr gehaltene niederländische Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaft Deutsche Post International B.V., NL – Amsterdam, mindestens 80% des Aktienkapitals der Danzas Holding AG, Basel („Danzas“) zu erwerben.

2. Die Deutsche Post ist schwergewichtig im Bereich der Erbringung nationaler Postdienste in Deutschland tätig. Daneben erbringt sie in Deutschland zusätzliche Dienstleistungen wie nationale und internationale Expresslieferungen sowie Kontraktlogistik (Bestell- und Lagermanagement, Versand und Transport, Organisation und Finanzmanagement) und hat in mehreren europäischen Ländern nationale und internationale Paketdienste aufgebaut. In der Schweiz ist die Deut-

sche Post im Bereich Briefpost/Remail tätig und bietet über Tochtergesellschaften zusätzlich internationale Express-Sendungen und Logistik-Dienstleistungen an. Bei diesen Tochtergesellschaften handelt es sich einerseits um DHL International Ltd., Hamilton (Bermuda), an der die Deutsche Post 25% hält und die sie auf der Basis qualifizierter Beschlussfassungsbestimmungen gemeinsam mit Lufthansa und Japan Airlines kontrolliert und andererseits um Quickstep Parcel Service AG, Pratteln.

3. Die Danzas-Gruppe hat sich in den letzten Jahren von einem reinen Speditionsunternehmen zu einer global tätigen Anbieterin von informationsgestützten, integrierten Logistiklösungen entwickelt. Schwergewichtig bietet Danzas die Beförderung von nationaler und internationaler Fracht an, und zwar sowohl landgestützt als auch mit Schiffen und Flugzeugen. Zusätzlich erbringt sie Logistikdienstleistungen wie Lagerung, Kommissionierung und Verteilung.

4. Strategischer Hintergrund des Vorhabens ist die Erwartung der beteiligten Unternehmen, dass sich auf den Märkten nur diejenigen Wettbewerber durchsetzen werden, die vollintegrierte Logistikdienstleistungen über eine breite Palette von Produkten im Rahmen eines internationalen Dienstleistungsnetzes anbieten. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben soll dazu dienen, die weitgehend komplementären Produktpaletten der Deutschen Post und von Danzas zusammenzufügen, um den geänderten Anforderungen des Marktes Rechnung zu tragen.

5. Das Zusammenschlussvorhaben ist auch bei den zuständigen Wettbewerbsbehörden der EU und der USA gemeldet worden. Während die Genehmigung in den USA zum gegenwärtigen Zeitpunkt bereits vorliegt, steht der Entscheid in der EU noch aus.

B. Erwägungen

1 Geltungsbereich

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

1.1 a) Unternehmen

7. Als Unternehmen gelten alle Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit selbständig als Anbieter oder als Nachfrager auftreten. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Einheiten zu qualifizieren.

1.1 b) Unternehmenszusammenschluss

8. Der Erwerb der Danzas-Aktien erfolgt über ein öffentliches Angebot durch die Deutsche Post. Das Angebot hat bis 15. Februar 1999

Geltung und ist an die Bedingungen geknüpft, dass der Deutschen Post mehr als 80% aller ausgegeben Danzas-Namenaktien angedient werden, dass die ausserordentliche Generalversammlung von Danzas einer Änderung der Statuten zustimmt, wonach die Begrenzung des Eintrags in das Aktienbuch und des Stimmrechts eines einzelnen Aktionärs von maximal 7% des gesamten Aktienkapitals aus den Statuten gestrichen wird und dass alle zuständigen Behörden die notwendigen Bewilligungen und/oder Freistellungen erteilen.

9. Unter der Voraussetzung, dass diese Bedingungen erfüllt werden, erlangt die Deutsche Post die alleinige Kontrolle über Danzas. Somit liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG in Verbindung mit Art. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) vor.

1.2 Vorbehaltene Vorschriften

10. Auf den hier zu beurteilenden Märkten gibt es mit Ausnahme des ausschliesslichen Beförderungsrechts der Post von adressierten Briefpostsendungen und von Paketen bis 2 kg im Inland (Art. 3 Abs. 1 Postgesetz) keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

1.3 Meldepflicht

11. Die für die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 KG in Verbindung mit Art. 11 Abs. 1 lit. c VKU massgebenden Umsätze des vergangenen Geschäftsjahres sind noch nicht verfügbar. Hilfsweise ist deshalb auf die entsprechenden Zahlen des Geschäftsjahres 1997 zurückzugreifen. Dies rechtfertigt sich dadurch, dass sich am Ergebnis mit Sicherheit nichts ändert:

Weltweite Umsätze 1997	in Mio.
Deutsche Post	CHF 23'000,0
Danzas	CHF 5'000,0
Kumuliert	CHF 28'000,0

Umsätze in der Schweiz 1997	
Deutsche Post	CHF [> 100]
Danzas	CHF [> 100]
Kumuliert	CHF [> 500]

12. Die in Art. 9 Abs. 1 KG statuierten Umsatzschwellen von CHF 500 Mio. und je CHF 100 Mio. sind somit überschritten. Die Meldepflicht ist gegeben.

2 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach vorläufiger Prüfung

2.1 Relevante Märkte

2.1 a) Sachlich relevante Märkte

13. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

14. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen üben in der Schweiz Aktivitäten aus, welche Transport- und Logistikmärkte betreffen. Diese lassen sich aufgrund unterschiedlicher Merkmale und dementsprechend mangels Substituierbarkeit der betreffenden Leistungen in diverse Einzelmärkte abgrenzen. Im Sinne einer Arbeitshypothese wird – auch in Anlehnung an die Praxis der EU-Kommission – von einer engen Abgrenzung der relevanten Märkte ausgegangen. Wie sich zeigen wird, erübrigt sich mangels wettbewerblicher Bedenken eine abschliessende Marktabgrenzung auf der Basis eingehender Substituierbarkeitstests.

15. Grundsätzlich ist zwischen Sendungen und Fracht zu unterscheiden: Der Transport von Gütern bis 50 kg wird in der Regel als Sendung bezeichnet, während derjenige von Gütern über 50 kg als Fracht gilt. Abgrenzungskriterium ist die Tatsache, dass für die Abwicklung des Transports von Gütern unter 50 kg keine besonderen maschinellen Hilfsmittel benötigt werden.

16. Sodann ist zu unterscheiden zwischen nationalen und internationalen Sendungen sowie zwischen Express- und Normal-Sendungen. Abgrenzungskriterien sind im ersten Fall insbesondere die Transportdistanz und gegebenenfalls erhöhter administrativer Aufwand infolge von Zollformalitäten, im zweiten Fall die Transportgeschwindigkeit.

17. Schliesslich werden auch (Brief-) Post- und Paketdienste separaten Märkten zugeordnet. Abgrenzungskriterium ist das Gewicht der Sendung und damit zusammenhängend die Bearbeitungsmöglichkeiten. Beide Märkte können zudem ebenfalls in nationale und internationale Märkte unterteilt werden.

18. Infolgedessen lassen sich folgende sachlich relevanten Märkte abgrenzen:

- Internationale Express-Sendungen
- Nationale Express-Sendungen
- Internationale Express-Fracht
- Nationale Express-Fracht
- Internationale Briefpostdienste
- Nationale Briefpostdienste
- Internationale Paketdienste
- Nationale Paketdienste
- Internationale Fracht
- Nationale Fracht

19. Einen besonderen Markt bildet der Logistikmarkt. Die betreffenden Leistungen umfassen nicht nur Transport und Zustellung, sondern weitere Distributionsleistungen wie Bestellmanagement, Auftragsabwicklung, Lagermanagement, Versandvorbereitung, Versand und Transport, Finanzmanagement sowie weitere „Value-Added-Services“. Konkret bietet Danzas beispielsweise den Bedürfnissen der einzelnen (Industrie-) Kunden entsprechende Logistiklösungen für Konsumgüter auf nationaler und internationaler Ebene an, die etwa folgende Dienstleistungen umfassen: Warenlager, Verteilung, „Order Processing“, Etikettieren, Rechnungstellung, Qualitätskontrolle, Beratung.

2.1 b) Räumlich relevante Märkte

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

21. Ebenfalls im Sinne einer Arbeitshypothese ist bei den beschriebenen Produktemärkten von nationalen Märkten auszugehen. Die nationale Abgrenzung ergibt sich aus der Tatsache, dass die Kunden die Dienste überwiegend innerhalb der nationalen Grenzen nachfragen. Ob der feststellbare Trend, dass gerade multinationale Unternehmen vermehrt ausländische Transportunternehmen beauftragen, die Abgrenzung eines einheitlichen europäischen oder weltweiten Marktes nahelegt, kann offengelassen werden, da die Abgrenzung ohne Auswirkungen auf die wettbewerbliche Beurteilung bleibt.

2.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

22. Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt (diese Märkte werden hier als „vom Zu-

sammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Werden diese Schwellen nicht erreicht, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

23. Verlässliche offizielle Daten und Statistiken über die Transport- und Logistikmärkte sind weder für die Schweiz noch für Europa verfügbar. Berechnungen von Marktvolumina und Marktanteilen sind deshalb nur annäherungsweise möglich. Die Parteien stützen ihre Angaben deshalb auf Modellberechnungen¹. Die Angaben wurden von den befragten Konkurrenten nicht auf eine Weise falsifiziert, welche es nicht zulassen würde, im Folgenden darauf abzustützen. Da die Zahlen für 1998 noch nicht vorliegen, muss auf diejenigen des vorangegangenen Jahres zurückgegriffen werden:

Marktanteile Transport- und Logistikmärkte in der Schweiz 1997				
Produktmarkt	Volu- men in CHF	Marktanteile in %		
		Dt. Post	Danzas	Kumuliert
Int. Express-Sendungen	[...]	[...]	[...]	[...]
Nat. Express-Sendungen	[...]	[...]	[...]	[...]
Int. Express-Fracht	[...]	[...]	[...]	[...]
Nat. Express-Fracht	[...]	[...]	[...]	[...]
Int. Briefpost/Remail	[...]	[...]	[...]	[...]
Nat. Briefpost	[...]	[...]	[...]	[...]
Int. Paketdienst	[...]	[...]?	[...]	[...]
Nat. Paketdienst	[...]	[...]	[...]	[...]
Int. Fracht	[...]	[...]	[...]	[...]
Nat. Fracht	[...]	[...]	[...]	[...]
Logistik	[...]	[...]	[...]	[...]

¹ Die Modellberechnungen wurden basierend auf der Studie „TOP 100 der Logistik in Deutschland 1997“ von Prof. Peter Klaus (Nürnberg / Boston) für die Schweiz mutatis mutandis durchgeführt. Eine vergleichbare Studie für die Schweiz existiert nicht.

24. Auffallend ist der komplementäre Charakter des Zusammenschlussvorhabens. Minimale Marktüberschneidungen erfolgen nur im Bereich der Logistik. Dies ist eine Folge der Strategie der Deutschen Post, ihr Produkteangebot zu erweitern, um gegen international tätige, häufig vollständig integrierte Konkurrenten auf den Transport- und Logistikmärkten zu bestehen. Aufgrund der sich ändernden Bedürfnisse der Nachfrage – insbesondere im Falle multinationaler Unternehmen – bieten die voll integrierten Unternehmen unter dem Stichwort des „One-Stop-Shopping“ weltweit eine umfassende Produktpalette an. Dass auf Seiten der Nachfrage das Bedürfnis nach „One-Stop-Shopping“ künftig noch an Bedeutung gewinnen wird, haben die befragten Kunden der Deutschen Post und von Danzas einhellig bestätigt.

25. Aus der obigen Tabelle wird deutlich, dass trotz enger Abgrenzung nur ein Markt vom vorliegenden Zusammenschluss betroffen ist im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU, nämlich derjenige für internationale Express-Sendungen. Infolgedessen rechtfertigt es sich, die nachstehenden Ausführungen auf diesen zu beschränken, da für die übrigen Märkte von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden kann.

2.2 a) Aktueller und potentieller Wettbewerb

26. Die wichtigsten aktuellen Konkurrenten von DHL auf dem Markt für internationale Express-Sendungen in der Schweiz sind die Schweizerische Post, TNT Express (Switzerland) SA, Genf, United Parcel Service Switzerland, Basel, und FedEx, Glattbrugg, mit geschätzten Marktanteilen von [...]. Zwischen 1995 und 1997 ist das Marktvolumen von CHF [...] Mio. über [...] Mio. auf [...] Mio. gestiegen. Die Marktanteile von DHL sind in jenem Zeitraum weitgehend identisch geblieben, während beispielsweise FedEx nach einem vorübergehenden Rückzug aus dem innereuropäischen Geschäft innerhalb kurzer Zeit wieder eine vergleichsweise starke Stellung erlangt hat. Die trotz allem relativ stabilen Marktverhältnisse sind auf die Kleinheit des schweizerischen Marktes und auf starke Kundenbindung zurückzuführen.

27. Dennoch schliessen die befragten Marktteilnehmer weitere Marktzutritte nicht aus. Um den Aufbau eines kapitalintensiven Netzes zu umgehen, können international tätige Transportunternehmen bestehende Netzkapazitäten bei Unternehmen, die auf ihren Heimmärkten über entsprechende Infrastruktur verfügen, zukaufen. Ausserdem werden im Rahmen von Kooperationen bereits existierende Netze von Bahn- oder Fluggesellschaften zusammengeschaltet. Zudem rechnet die Branche damit, dass weitere nationale Postbetriebe komplementäre Dienstleistungen durch Neugründungen und Übernahmen anbieten werden, was zu Marktzutritten auch in der Schweiz

führen könnte. Als Beispiel ist die französische Post anzuführen, welche kürzlich den einflussreichsten Partner innerhalb der DPD-Gruppe (Deutschland) übernommen hat und diese somit kontrolliert. Die Letztgenannte ist über DPD (Schweiz) auch hierzulande tätig.

28. DHL sieht sich somit Wettbewerbern von internationalem Format ausgesetzt. Auch deuten erfolgte und mögliche künftige Marktzutritte auf offene Märkte. Indizien für eine marktbeherrschende Stellung von DHL liegen in diesem Kontext somit nicht vor.

2.2 b) Stellung der Marktgegenseite

29. Zwei Merkmale sind auffällig: Gerade multinationale Unternehmen schliessen mit den Dienstleistungserbringern Rahmenverträge von bestimmter Dauer und von überregionaler oder gar weltweiter Geltung ab. Selten wird dabei nur ein Anbieter berücksichtigt, in einigen Fällen vielmehr alle vier Grossen. Zudem werden die Aufträge häufig in regelmässigen Abständen neu ausgeschrieben, da die Preisunterschiede bei einzelnen Leistungen zuweilen bis zu 100% betragen.

30. Die Anbieter sehen sich somit einem Preis- und Innovationsdruck ausgesetzt. Gerade im internationalen Expressgeschäft stellen die Kunden erhöhte Anforderungen an die Effizienz. Sie verlangen über elektronische Geschäftsverbindungen leichten Zugang zu den Dienstleistungserbringern, die ständige Kontrolle über den Verbleib der Sendungen und nicht zuletzt eine Erhöhung der Zustellgeschwindigkeit. Auch die Möglichkeit des „One-Stop-Shopping“ gewinnt zunehmend an Bedeutung.

31. Das Gebot der Effizienzsteigerung verlangt nach vermehrtem Einsatz von Informationstechnologie. Diese wird in der Regel von Drittunternehmen im Auftragsverhältnis entwickelt. Um gleichzeitig ein überregionales oder gar globales Netz und die entsprechenden Leistungen zu konkurrenzfähigen Bedingungen anbieten zu können, sind Kooperationen unerlässlich, um im Wettbewerb bestehen zu können. Anhaltspunkte für die Möglichkeit unabhängigen Verhaltens seitens von DHL im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG liegen auch aus Sicht der Nachfrage keine vor.

2.2 c) Ergebnis

32. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den folgenden Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird:

- Mit Ausnahme des Marktes für internationale Express-Sendungen erreichen die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in keinem Markt die in Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU statuierten Marktanteile;

- DHL besitzt im Markt für internationale Express-Sendungen zwar die grössten Marktanteile in der Schweiz, ist aber starker aktueller Konkurrenz namentlich durch die Schweizerische Post, TNT Express, UPS und FedEx sowie starker potentieller Konkurrenz ausgesetzt;
 - Die Marktgegenseite berücksichtigt oft mehrere Anbieter gleichzeitig und schreibt die Aufträge jeweils in regelmässigen Abständen neu aus; unabhängiges Verhalten von DHL ist ausgeschlossen.
33. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3	3. Zusammenschlussvorhaben Société Neuchâteloise de Presse S.A.
-------	--

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 vom 15. März 1999

A. Sachverhalt

1. Am 17. Februar 1999 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die L'Express Communication Holding S.A. (Neuchâtel), im folgenden ECH SA, die L'Imprimerie Courvoisier, Journal L'Impartial S.A. (La Chaux-de-Fonds), im folgenden IC SA, zu übernehmen.

2. Die ECH SA ist in Familienbesitz. Sie verfügt über Mehrheitsbeteiligungen am Centre Presse Neuchâtel S.A. (Druck von Zeitungen und Zeitschriften), an der Imprimeries Centrales Neuchâtel S.A. (Akzidenzdruck), an der L'Express Services S.A. (Dienstleistungsgesellschaft), an der L'Express S.A. (Herausgabe der Tageszeitung "L'Express") sowie an der Transports et Entrepôts S.A. (Immobilien-gesellschaft).

3. Aktionäre der IC SA sind die W. Gassmann AG (Biel) und die PubliGroupe S.A. (Lausanne). Die IC SA ist Herausgeberin der Tageszeitung "L'Impartial" und ist in geringem Ausmass im Akzidenzdruck tätig.

4. Die Herausgeber des "L'Express" und des "L'Impartial" unterzeichneten 1996 vor dem Hintergrund finanzieller Schwierigkeiten ein Grundsatzabkommen, welches zur weitgehenden betrieblichen Integration der beiden Tageszeitungen führte. Mit dem Fusionsvor-

haben soll gemäss Parteien der betrieblichen die rechtliche Integration folgen. "L'Express" und "L'Impartial" verfügen über eine gemeinsame Redaktion für die überregionale, nationale und internationale Berichterstattung. Abgesehen von der Regional- und Lokalberichterstattung ist der Inhalt der beiden Zeitungen bereits heute identisch.

B. Erwägungen

1 Geltungsbereich

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

1.1 a) Unternehmen

6. Als Unternehmen gelten alle selbständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

1.1 b) Unternehmenszusammenschluss

7. Im November 1998 haben die ECH SA einerseits und die PubliGroupe S.A. sowie die W. Gassmann AG andererseits ein Abkommen unterzeichnet, welches die folgende Neustrukturierung vorsieht:

- Gründung der Verlagsgesellschaft Société Neuchâteloise de Presse S.A., im folgenden SNP SA, für die Herausgabe der Tageszeitungen "L'Express" und "L'Impartial".
- Die PubliGroupe S.A. und die W. Gassmann AG bringen ihre Beteiligungen an der IC SA in die SNP SA ein.
- Die ECH SA bringt ihre Mehrheitsbeteiligungen an der L'Express S.A., der Centre Presse Neuchâtel S.A. und der Transports et Entrepôts S.A. in die SNP SA ein.
- Die ECH SA wird 62%, die PubliGroupe S.A. 28,5% und die W. Gassmann AG 9,5% des Aktienkapitals der SNP SA halten. Die ECH SA wird drei von fünf Verwaltungsräten der SNP SA stellen.

8. Durch diese Vorgänge erhält die ECH SA die Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeiten der heutigen IC SA auszuüben. Die Transaktionen führen somit zur Übernahme der alleinigen Kontrolle über die IC SA durch die ECH SA im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG.

1.2 Vorbehaltene Vorschriften

9. 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 Meldepflicht

10. Gemäss Art. 9 Abs. 2 KG ist für die Kontrolle von Zusammenschlüssen von Unternehmen, deren geschäftliche Tätigkeit ganz oder teilweise im Verlag, in der Herstellung oder im Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften besteht, das Zwanzigfache der tatsächlich in diesen Bereichen getätigten Umsätze massgebend.

11. Die ECH SA und die IC SA haben 1997 im Medienbereich folgende Umsätze erreicht:

Unternehmen	Umsätze im Medienbereich 1997 (in Mio. CHF)	20-faches der Umsätze im Medienbereich 1997 (in Mio. CHF)
ECH SA	19,5	390
IC SA	12,7	254
Gemeinsam	32,2	644

12. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG werden damit überschritten. Die Meldepflicht ist folglich gegeben.

2 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach Vorprüfung

2.1 Relevante Märkte

2.1 a) Sachlich relevante Märkte

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

14. Kaufzeitungen haben die Eigenschaft, dass sie gleichzeitig zwei verschiedenen Marktgegenseiten angeboten werden. Ein Verleger tritt mit einer Zeitung gleichzeitig als Anbieter von Informationen auf Lesermärkten und als Anbieter von Werberaum resp. als Anbieter von Aufmerksamkeit einer bestimmten Zielgruppe auf Werbemärkten auf. Für die Beurteilung des Zusammenschlusses sind daher sowohl Werbe- als auch Lesermärkte zu berücksichtigen.

1. Werbemärkte

15. Für nationale Anzeigen steht eine Zeitung einer anderen Marktgegenseite gegenüber als für regionale Anzeigen. Es sind folglich separate Märkte abzugrenzen.

1. a) Markt für nationale Werbung

16. In ihrer Stellungnahme zum Zusammenschluss Publicitas – Gasser – Tschudi Druck (RPW 1997/2, S. 190f.) führte die Wettbewerbskommission aus, dass die Werbestrategie eines Unternehmens meist verschiedene Werbeträger umfasse, welche sich sowohl konkurrierten als auch ergänzten.

17. Zur Vermarktung eines Produktes werden im Rahmen eines Media-Mixes gewisse Werbeträger als Basismedien belegt, welche mit weiteren Medien ergänzt werden. Falls Zeitungen in einer Kampagne das Basismedium darstellen, können Inserate in regionalen Tageszeitungen mit Inseraten in überregionalen Tages- und Wochenzeitungen substituiert werden. Der Direktwerbung und der Zeitschriftenwerbung ist zumindest eine beschränkte Substituierbarkeit zuzusprechen.

18. Der sachliche Markt für nationale Werbung würde somit bei einer engen Abgrenzung nebst regionalen Tageszeitungen zumindest überregionale Tages- und Wochenzeitungen umfassen. Da sich – wie in den Ziffern 45 – 47 gezeigt werden wird – bei dieser engen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zeigen, kann auf die definitive Marktabgrenzung verzichtet werden.

1. b) Markt für regionale Werbung

19. Im Fall Publicitas – Gasser – Tschudi Druck (RPW 1997/2, S. 191) hat die Wettbewerbskommission ausgeführt, dass sich für regional Werbetreibende die Werbekanäle regionale Tageszeitungen, lokale und regionale Anzeiger, Lokalradio, Lokalfernsehen, Direkt- und Plakatwerbung gleichzeitig ergänzen und konkurrieren.

20. Die Titel der Parteien werden von jenen Werbetreibenden nachgefragt, die mit ihrem Inserat zumindest die Bevölkerung einer Region erreichen wollen. Für jemanden, der eine Werbebotschaft nur lokal plazieren will, weisen die Titel der Parteien womöglich zu grosse Streuverluste auf. Aufgrund der unterschiedlichen Verbreitungsgebiete stellen die beiden Titel der Parteien für diese Inserenten zudem keine Substitute dar, weshalb die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die lokal Werbetreibende nicht weiter beachtet werden muss.

21. In lokalen und regionalen Anzeigern können dieselben Werbebotschaften vermittelt werden wie in regionalen Tageszeitungen. Zudem erreichen die Anzeiger in ihrem Verbreitungsgebiet sehr hohe Reichweiten. Zumindest Anzeiger stellen daher für regional Inserierende Substitute zu Tageszeitungen dar.

22. Für eine enge Marktabgrenzung wäre der sachliche Markt für regionale Werbung auf regionale Tageszeitungen und Anzeiger zu

beschränken. Da – wie im folgenden gezeigt werden wird – das Zusammenschlussvorhaben bei dieser engen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung liefert, kann auf eine definitive Marktabgrenzung verzichtet werden.

2. Lesermärkte

23. "L'Express" und "L'Impartial" sind die beiden einzigen regionalen Tageszeitungen im Kanton Neuenburg. Ihr redaktioneller Inhalt ist abgesehen von der Regionalberichterstattung identisch. "L'Express" berichtet im Regionalteil auf vier Seiten pro Tag im wesentlichen über die Stadt Neuenburg und das Kantonsgebiet unterhalb der Jurakette (im folgenden Region Neuenburg). "L'Impartial" berichtet – ausgehend von der Stadt La Chaux-de-Fonds – täglich auf sechs Seiten über das Kantonsgebiet oberhalb der Jurakette (im folgenden Region La Chaux-de-Fonds).

24. Nebst den Titeln der Parteien erscheinen im Kanton Neuenburg mehrere lokale und regionale Gratisanzeiger. Diese Titel enthalten nur einen sehr knappen redaktionellen Teil und werden zudem nur einmal wöchentlich herausgegeben. Diese Anzeiger sind aus Sicht der Leserschaft nicht mit den Titeln der Parteien substituierbar.

25. Zusätzlich zu den regionalen Tageszeitungen informieren auch ein regionaler Fernseh- und Radiosender über Aktualitäten aus dem Kanton Neuenburg. Diese Medien werden ergänzend und nicht als Substitute zu den Tageszeitungen mit regionalem Inhalt genutzt.

26. Auch die Wochenzeitungen sind aufgrund ihrer geringen Periodizität und der fehlenden Regionalberichterstattung nicht mit den Titeln der Parteien substituierbar (vgl. dazu die Verfügung der Wettbewerbskommission zum Zusammenschlussvorhabens "Le Temps" (RPW 1998/1, 40 ff.)).

27. Der Grossteil der Leserschaft des "L'Express" fragt diesen nach, um umfassend über die Ereignisse in der Region Neuenburg informiert zu werden. Für diese Leser stellen weder der "L'Impartial" noch die anderen im Kanton Neuenburg in geringem Ausmass nachgefragten Tageszeitungen in französischer Sprache ("Le Temps", "Le Matin", "24 heures", "La Liberté" und "Tribune de Genève") Substitute dar. Das Analoge gilt für jenen Teil der Leserschaft des "L'Impartial", der diesen wegen seiner ausführlichen Berichterstattung über die Region La Chaux-de-Fonds nachfragt.

28. Lediglich in den beiden Bezirken Val-de-Ruz und Val-de-Travers gibt es einige Ortschaften, in denen Exemplare beider Zeitungen der Parteien verkauft werden. Die Nachfrager dieser Zeitungen lesen entweder den "L'Impartial" oder den "L'Express", je nachdem, ob sie sich mehr für die Region Neuenburg oder die Region La Chaux-de-Fonds interessieren. Auch aus Sicht der regional interessierten Leser

aus diesen Bezirken stellen die beiden Titel der Parteien somit keine Substitute dar.

29. Aus Sicht der insbesondere am Regionalgeschehen interessierten Leser des "L'Express" und des "L'Impartial" sind diese beiden Titel somit zu unterschiedlichen sachlichen Märkten zu zählen. In den beiden abzugrenzenden Märkten sind weder diejenigen Regionalzeitungen, die über andere Regionen berichten, noch die überregionalen Tages- und Wochenzeitungen, noch die Anzeiger, noch die elektronischen Medien als Substitute anzusehen.

30. Aus Sicht der Nachfrager des "L'Express" ist somit ein Markt für regionale Tageszeitungen mit Berichterstattung über die Region Neuenburg abzugrenzen. Aus Sicht der Leser des "L'Impartial" ist der Markt für regionale Tageszeitungen mit Berichterstattung über die Region La Chaux-de-Fonds relevant.

31. Daneben gibt es einen kleinen Anteil von Lesern, welcher die Titel der Parteien in erster Linie wegen ihrer Berichterstattung über nationale und internationale Themen nachfragt. Für diese Leser stellen zumindest sämtliche Westschweizer Tageszeitungen Substitute dar. Allenfalls wäre auch den elektronischen Medien eine Substituierbarkeit zuzusprechen. Da die Titel der Parteien bezüglich nationaler und internationaler Berichterstattung bereits heute identisch sind, führt die Fusion aus Sicht dieser Leser zu keiner Veränderung. Eine genauere Analyse des Zusammenschlusses aus Sicht dieser Leser ist daher nicht nötig.

3. Druckereimärkte

32. Die ECH SA ist mit der Centre Presse Neuchâtel S.A. im Bereich Zeitungs- und Zeitschriftendruck und mit der Imprimerie Centrales Neuchâtel S.A. im Bereich Akzidenzdruck tätig. Die IC SA ist ebenfalls in geringem Ausmass im Akzidenzdruck tätig.

33. Dienstleistungen einer Akzidenzdruckerei (Druck von Prospekten, Karten, Büchern etc.) sind mit Leistungen einer Zeitungsdruckerei nicht substituierbar.

34. Anders als der Druck von Anzeigern unterliegt der Druck von Tageszeitungen grossen Zeitrestriktionen. Der Redaktionsschluss von Tageszeitungen ist gegen Mitternacht, morgens ab ca. fünf Uhr müssen die Zeitungen bereits verteilt werden. Aus Sicht der Verleger von Tageszeitungen ist somit der Zeitungsdruck in der Nacht nicht mit dem Zeitungsdruck tagsüber substituierbar.

35. Für die sachliche Marktabgrenzung wären somit erstens ein Markt für Akzidenzdruck und ein Markt für Zeitungsdruck zu unterscheiden. Der Markt für Zeitungsdruck wäre zweitens für eine enge Abgrenzung in einen Markt für Zeitungsdruck in der Nacht und in einen Markt für Zeitungsdruck ohne Zeitrestriktionen zu unterteilen.

Da das Zusammenschlussvorhaben bei diesen engen Abgrenzungen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung liefert, kann auf die genaue Abgrenzung verzichtet werden.

2.1 b) Räumlich relevante Märkte

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

1. Werbemärkte

1. a) Markt für nationale Werbung

37. Ein national Werbender will mit einem Inserat einen bestimmten Anteil der Bevölkerung der Schweiz erreichen. Falls er nur eine Zeitung oder einen Zeitungspool belegen will, wird er Werberaum im ganzen Land nachfragen. Falls er mehrere Zeitungen mit unterschiedlichen Verbreitungsgebieten belegen will, wird er den Werberaum von Zeitungen aus verschiedenen Landesteilen nachfragen. In dieser Hinsicht wären für eine enge Abgrenzung allenfalls überregionale Märkte für nationale Werbung zu definieren. Wie bereits bei der sachlichen Abgrenzung ausgeführt, braucht dieser Markt jedoch nicht definitiv abgegrenzt zu werden.

1. b) Markt für regionale Werbung

38. Regional Werbende – z.B. Einkaufszentren oder Garagisten – wollen mit Inseraten die Bevölkerung einer bestimmten Region ansprechen. Sie fragen daher den Werberaum jener Medien nach, die in dieser Region mit möglichst hoher Reichweite verbreitet werden und geringe Streuverluste aufweisen. Daraus ergibt sich, dass der Markt für regional Werbende räumlich regional abzugrenzen ist.

2. Lesermärkte

39. Der "L'Express" wird vorwiegend in den Neuenburger Bezirken Boudry, Neuchâtel, Val-de-Ruz und Val-de-Travers nachgefragt. Die Nachfrage nach dem "L'Impartial" stammt in erster Linie aus den Kantonsbezirken La Chaux-de-Fonds und Le Locle sowie in geringem Ausmass aus den Bezirken Val-de-Ruz und Val-de-Travers.

40. In den beiden sachlich relevanten Lesermärkten stellen der "L'Express" und der "L'Impartial" jeweils das einzige zu diesen Märkten gehörende Produkt dar. Räumlich sind die beiden Märkte daher auf das jeweilige Verbreitungsgebiet der betroffenen Zeitung zu begrenzen.

41. Der räumliche Markt für regionale Tageszeitungen mit Berichterstattung über die Region Neuenburg umfasst daher die *Region Neuenburg* (Bezirke Neuchâtel, und Boudry sowie Teile der Bezirke Val-de-Ruz und Val-de-Travers). Der räumliche Markt für regionale Tages-

zeitungen mit Berichterstattung über die Region La Chaux-de-Fonds ist auf die *Region La Chaux-de-Fonds* (Bezirke La Chaux-de-Fonds und Le Locle sowie Teile der Bezirke Val-de-Ruz und Val-de-Travers) zu begrenzen.

42. "L'Express" und "L'Impartial" werden mit geringeren Reichweiten auch in einigen an den Kanton Neuenburg angrenzenden Bezirken oder Teilen davon nachgefragt. Die räumlichen Märkte könnten daher um diese Bezirke erweitert werden. An der Analyse der Wettbewerbsverhältnisse würde dies nichts ändern. Aus praktischen Gründen wird die Marktabgrenzung auf das jeweilige Hauptverbreitungsgebiet der beiden Zeitungen begrenzt.

3. Druckereimärkte

43. Im Bereich Akzidenzdruck wird der räumliche Markt durch die Transportkosten für die Druckerzeugnisse begrenzt. Diese Kosten sind für Kataloge, Prospekte etc. nicht sehr bedeutend. Dieser Markt ist daher zumindest überregional, wenn nicht national abzugrenzen.

44. Heutzutage ist es technisch möglich, die Daten für den Zeitungsdruck zeitverzugslos vom Standort der Zeitungsredaktion in die Druckerei zu übermitteln. Der Standort der Zeitungsdruckerei muss somit nicht mehr mit dem Standort der Redaktion übereinstimmen. Regionale und lokale Anzeiger werden zudem nicht unter demselben Zeitdruck produziert wie tagesaktuelle Titel. Bei tagesaktuellen Titeln ist es aus Zeitgründen notwendig, dass die Druckerei nicht zu weit vom Hauptverbreitungsgebiet der Zeitung entfernt liegt. Während für Verleger von Tageszeitungen somit ein regionaler Markt abzugrenzen wäre, kann der Markt für Zeitungsdruck ohne Zeitrestriktionen überregional abgegrenzt werden. Analog zu den sachlichen Märkten brauchen jedoch auch die räumlichen Druckereimärkte nicht definitiv abgegrenzt zu werden.

2.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

1. Werbemärkte

1. a) Markt für nationale Werbung

45. "L'Express" und "L'Impartial" sind für national Inserierende einzeln belegbar. Daneben sind diese beiden Titel durch das Inseratecombi "4x4 plus" gemeinsam mit dem "Le Quotidien Jurassien" und dem "Journal du Jura" belegbar. Im "Romandie Combi" sind die Titel des "4x4 plus" gemeinsam mit dem "Nouvelliste" und der "La Liberté" belegbar. Im Vergleich zur Einzelbelegung wird den Inserenten ein Kombirabatt von 25 Prozent gewährt.

46. Für jene nationalen Inserenten, die bisher entweder durch "4x4 plus" oder das "Romandie Combi" in den Titeln der Parteien inseriert haben, führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen Veränderungen. Diese Inserenten haben den "L'Express" und den "L'Impartial"

bisher nicht als verschiedene, substituierbare Anbieter von Werbefläche angeschaut.

47. Für jene Inserenten, die bisher entweder den "L'Express" oder den "L'Impartial" belegt haben, um einen bestimmten Anteil der Westschweizer Bevölkerung zu erreichen, stellen nebst dem "L'Impartial" resp. dem "L'Express" auch alle anderen regionalen Tageszeitungen der Westschweiz (z.B. "Le Quotidien Jurassien", "Journal du Jura", "La Liberté") Substitute dar. Daneben sind auch die überregionalen Tageszeitungen "Le Temps", "Le Matin" und "24 heures" sowie die Wochenzeitung "Le Matin dimanche" mit den Titeln der Parteien substituierbar. In einem überregionalen Markt stehen die Parteien somit mit einer Vielzahl von Herausgebern von Zeitungen in Konkurrenz. Das Zusammenschlussvorhaben wird somit nicht zur Begründung einer marktbeherrschenden Position führen.

1. b) Markt für regionale Werbung

48. Mit einer Auflage von über 89'000 Exemplaren wird im ganzen Kanton Neuenburg einmal wöchentlich der von den Parteien unabhängige Gratisanzeiger "Courrier Neuchâtelois" verbreitet. Dieser Anzeiger beinhaltet rund 20 Seiten lokale und regionale Inserate und Anzeigen aller Art. Die Stadt Neuenburg vertreibt zudem einmal wöchentlich gratis einen Amtsanzeiger an alle Haushaltungen, der ebenfalls mehrere Seiten lokale Werbung enthält. Im Val-de-Travers und im Val-de-Ruz erscheinen ebenfalls wöchentlich Gratisanzeiger.

49. Aus diesen Ausführungen geht hervor, dass das Zusammenschlussvorhaben aus Sicht der regional Inserierenden nicht zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen wird.

2. Lesermärkte

50. Da die Wettbewerbsverhältnisse in beiden Lesermärkten dieselben sind, erfolgt die Analyse für beide Märkte gemeinsam.

I. Aktueller Wettbewerb

51. Seit 1985 ist die Auflage des "L'Express" um 26%, jene des "L'Impartial" um 22% zurückgegangen. Für die nächsten Jahre erwarten die Parteien keine Kehrtwende. Die Parteien geben an, dass für das wirtschaftliche Überleben der betroffenen Verlage eine kritische Grösse von 50'000 Exemplaren Auflage notwendig sei.

52. 1997 konnte der "L'Express" im relevanten Markt eine Auflage von 24'500 Exemplaren absetzen, der "L'Impartial" 17'400 Exemplare. Die Gesamtauflagen der beiden Titel lagen für den "L'Express" bei 28'600 Exemplaren, für den "L'Impartial" bei 24'200 Exemplaren. In den Bezirken des Kantons Neuchâtel werden "L'Express" und "L'Impartial" wie folgt abgesetzt:

	"L'Express" Anzahl verkaufter Exemplare und Reichweite ¹	"L'Impartial" Anzahl verkaufter Exemplare und Reichweite
<i>Boudry</i> 15'600 Haushalte	7500 (48%)	
<i>Neuchâtel</i> 27'000 Haushalte	11'800 (44%)	
<i>Val-de-Ruz</i> 5600 Haushalte	2900 (52%)	700 (12%)
<i>Val-de-Travers</i> 5400 Haushalte	2300 (43%)	300 (6%)
<i>La Chaux-de-Fonds</i> 19'300 Haushalte		12'000 (62%)
<i>Le Locle</i> 7000 Haushalte		4400 (63%)
Total 79'900 Haushalte	24'500 (31%)	17'400 (22%)

¹ Verhältnis der Anzahl abgesetzter Exemplare zur Anzahl Haushalte eines Bezirks.

Quelle: Verband Schweizerischer Werbegesellschaften (VSW/ASSP)

53. Aus obiger Tabelle ist ersichtlich, dass "L'Express" und "L'Impartial" aufgrund der unterschiedlichen Regionalinformationen – mit Ausnahme der beiden kleinsten Bezirke Val-de-Ruz und Val-de-Travers – in verschiedenen Bezirken nachgefragt werden. Wie aus der Marktabgrenzung hervor geht, bestehen zu diesen Titeln keine Substitute. Die Titel der Parteien verfügen somit in den relevanten Märkten über Monopolstellungen.

54. In der Folge ist somit zu prüfen, ob die marktbeherrschenden Stellungen der ECH SA und der IC SA, welche bereits vor dem Zusammenschluss bestehen, durch das Zusammenschlussvorhaben verstärkt werden. Da die ECH SA und die IC SA in unterschiedlichen Märkten tätig sind, könnte dies durch den Zusammenschluss eines aktuellen mit einem bedeutenden potentiellen Konkurrenten geschehen.

II. Potentieller Wettbewerb

55. Wie aus den Verbreitungszahlen früherer Jahre hervorgeht, besteht die Situation zweier benachbarter Monopole im Kanton Neuenburg bereits seit vielen Jahren. "L'Express" wurde – als Zeitung für die Stadt Neuenburg und Umgebung – im Stammgebiet des "L'Impartial" seit jeher nur in unbedeutendem Ausmass nachgefragt; dasselbe gilt umgekehrt.

56. Wie bereits weiter oben ausgeführt, führt das Zusammenschlussvorhaben zum juristischen Zusammengehen bisheriger Kooperationspartner. Aufgrund der bisherigen engen Zusammenarbeit betrachteten sich die ECH SA und die IC SA bereits heute nicht als potentielle Konkurrenten, sondern als Kooperationspartner.

57. Sowohl vor als auch nach dem Zusammenschlussvorhaben stellt die Edipresse SA als grösstes Westschweizer Verlagshaus und Herausgeberin verschiedener überregionaler ("Le Temps", "Le Matin", "24 heures") und regionaler ("Tribune de Genève") Tageszeitungen die grösste potentielle Konkurrentin der Parteien dar. Daneben sind auch die Herausgeber des "Le Quotidien Jurassien", der "La Liberté", des "Journal du Nord vaudois" und des "Journal du Jura" als potentielle Konkurrenten der Parteien anzusehen. Diese Zeitungsverlage sind heute in benachbarten Gebieten der Titel der Parteien tätig und könnten mit einer neuen Regionalausgabe in die Region Neuenburg oder La Chaux-de-Fonds expandieren.

III. Ergebnis

58. Aus diesen Tatsachen geht hervor, dass die Parteien nach dem Zusammenschluss einer ebenso grossen potentiellen Konkurrenz ausgesetzt sein werden wie zuvor. Das Vorhaben führt somit nicht zur Verstärkung der marktbeherrschenden Stellungen.

3. Druckereimärkte

59. Das Centre Presse Neuchâtel S.A. erzielte 1997 2/3 seines Umsatzes durch den Druck des "L'Impartial" (der Umsatz für den Druck des "L'Express" wird in der Erfolgsrechnung nicht ausgewiesen). Der restliche Umsatz wird durch die teilweise Auslastung der Zeitungsdruckmaschinen, die für den Druck des "L'Express" und des "L'Impartial" in der Nacht voll ausgelastet werden, während des Tages erzielt. Wie aus der Marktabgrenzung hervorgeht, ist der Markt für Zeitungsdruck ohne Zeitrestriktionen überregional abzugrenzen. In diesem Markt kommt dem Centre Presse Neuchâtel S.A. resp. der ECH SA nur eine unbedeutende Stellung zu.

60. Im Bereich Akzidenzdruck hat die ECH SA 1997 einen Umsatz von CHF 1,7 Mio. erzielt. Die IC SA erzielte in Druckbereich 1997 einen Akzidenzdruckumsatz von CHF 370'000.-. Die Parteien werden in diesem zumindest überregional abzugrenzenden Markt grosser aktueller Konkurrenz ausgesetzt sein.

61. In den Druckereimärkten führt das Zusammenschlussvorhaben somit nicht zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

2.3 Ergebnis

62. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3	4. Zusammenschlussvorhaben General Electric Capital Corporation - Bank Prokredit
-------	---

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 18. Mai 1998

1 Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 8. Januar 1998 hat die Wettbewerbskommission (im folgenden "Kommission") die Meldung über das rubrizierte Zusammenschlussvorhaben (im folgenden der „Zusammenschluss“) erhalten. Danach hat die General Electric Capital Corporation (im folgenden „GECC“), 570 Lexington Avenue, New York, NY, USA, mit dem ehemaligen Schweizerischen Bankverein (im folgenden „SBV“), Aeschenvorstadt 1, 4002 Basel, einen Vertrag über den Erwerb von 100% der Aktien der Bank Prokredit (im folgenden „Prokredit“, und zusammen mit der GECC die „Parteien“), Rue de la Banque 1, 1700 Fribourg, abgeschlossen.

2. Die GECC ist eine im Bereich Finanzdienstleistungen aktive Tochtergesellschaft der General Electric Company, welche als weltweit tätiger, stark diversifizierter Konzern Waren und Dienstleistungen vor allem in den Bereichen Energie, Lampen/Elektrik sowie Maschinen/Motoren produziert und anbietet. Die Hauptaktivitäten der GECC liegen in den Bereichen Konsumkredite, Leasing und Industriegüter-Finanzierungen. Eine Schwestergesellschaft, die General Electric Global Insurance Holding Corporation, ist im Versicherungs- und Rückversicherungsgeschäft tätig.

3. Einzige in der Schweiz im Bereich der Finanzdienstleistungen aktive Konzerngesellschaft war bis vor kurzem die General Electric Capital Fleet Services AG, Glattbrugg, welche das Flottenleasing und -management - also die vollumfängliche Betreuung von Firmen-Wagenparks - anbietet. Im Sommer 1997 hat die GECC jedoch von der ehemaligen Schweizerischen Bankgesellschaft (im folgenden „UBS“) die Bank Aufina (im folgenden „Aufina“) erworben. Diese Unternehmensübernahme wurde von der Kommission am 18. August 1997 unter Wettbewerbsgesichtspunkten für unbedenklich erklärt (RPW 1997/3, S. 358ff.). Seither ist die GECC in der Schweiz im Konsumkreditgeschäft und im Leasing, insbesondere im Automobilleasing, vertreten.

4. Die Prokredit ist hauptsächlich im Konsumkreditbereich und im Leasinggeschäft aktiv.

2 Unterstellung unter das Kartellgesetz

2.1 Der Zusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)

5. Gemäss 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.“

6. Der Erwerb von 100 % der Aktien der Prokredit durch die GECC stellt einen Kontrollerwerb im Sinne von Art. 4 Abs. 3 lit. b KG und Art. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU) über ein bisher (von der GECC) unabhängiges Unternehmen dar.

2.2 Die Meldepflicht (Art. 9 KG)

7. Der weltweite Umsatz der General Electric Gruppe betrug 1996 über 79 Mrd. US-Dollar; der Schwellenwert gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a KG ist damit durch dieses beteiligte Unternehmen alleine überschritten.

8. Der Gruppenumsatz der General Electric Gruppe in der Schweiz betrug 1996 rund [...] (Geschäftsgeheimnis) (ohne Einbezug der erst im Laufe des Jahres 1997 erworbenen Aufina). Damit ist auch der Wert von Art. 9 Abs. 1 lit. b KG für dieses beteiligte Unternehmen erreicht.

9. Die Bilanzsumme der Prokredit betrug Ende 1996 2,063 Mrd. CHF; die Forderungen richten sich praktisch ausschliesslich gegen Schuldner in der Schweiz. 10 % der Bilanzsumme überschritten somit den gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b KG massgeblichen Schwellenwert von 100 Mio. CHF deutlich.

10. Der Zusammenschluss ist deshalb meldepflichtig.

2.3 Zuständigkeit der Eidg. Bankenkommission (Art. 10 Abs. 3 KG)

11. Die Bankenkommission wurde mit Schreiben vom 9.1.1998 über den Eingang der Meldung unterrichtet. Sie hat dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (im folgenden „Sekretariat“) ihren Verzicht darauf, die Beurteilung des Zusammenschlusses unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes an sich zu ziehen, bestätigt.

3 Das Verfahren

12. Im Einleitungsverfahren (Art. 32 Abs. 1 KG) wurden zur Erfassung des relevanten Marktes die Emittentinnen von Kreditkarten in der Schweiz, die grössten Leasinggesellschaften, die wichtigsten Konsumkreditbanken, die Grossbanken und Kantonalbanken sowie der Verband der Raiffeisenkassen befragt.

13. An ihrer Sitzung vom 2. Februar 1998 hat die Kammer „Dienstleistungen“ der Wettbewerbskommission (im folgenden „Kammer“) gestützt auf Art. 10 Abs. 1 KG und einen Antrag des Sekretariates das Vorliegen von Anhaltspunkten für die Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung durch den beabsichtigten Zusammenschluss bejaht und die Eröffnung eines Prüfungsverfahrens gemäss Art. 10 und 33ff. KG beschlossen.

14. Dies wurde den Parteien mit Schreiben an ihre Anwälte vom 4. Februar 1998 mitgeteilt und mit Schreiben vom 10. Februar wurde ihnen die Begründung für die Eröffnung eines Prüfungsverfahrens zusammen mit dem Begehren um Beantwortung eines Fragenkataloges zugestellt. Am 23. Februar wurde den Anwälten auf deren Begehren der Antrag des Sekretariats vom 2. Februar an die Kammer im Wortlaut zugestellt.

15. Am 4. Februar wurde den Anwälten - unter Wahrung des Geschäftsgeheimnisses - Akteneinsicht bezüglich der im Verfahren der vorläufigen Prüfung von Dritten erhobenen Informationen gewährt.

16. Am 12. und 23. Februar wurde im Schweizerischen Handelsamtsblatt die Eröffnung eines Prüfungsverfahrens veröffentlicht; bis zum 10. März ging aufgrund dieser Veröffentlichung eine Stellungnahme des bernischen Beratungsstelle für Schuldensanierung ein. Die Publikation im Bundesblatt erfolgte am 3. März 1998.

17. In der Zeit zwischen dem 10. und dem 13. Februar wurden erneut Grossbanken und deren spezialisierte Konsumkredit-Tochtergesellschaften, Kantonalbanken und die LISCA AG, weitere im Konsumkreditgeschäft tätige Geschäftsbanken, der Verband der Raiffeisenkassen sowie die Banken Prokredit und Aufina um zusätzliche Auskünfte ersucht. Am 27. Februar wurden durch Vermittlung der SBC Warburg Dillon Read mehrere am Kauf der Prokredit interessierte gewesene ausländische Banken befragt.

18. Des weiteren wurden von den am Verkauf beteiligten Parteien und deren Anwälten zahlreiche Stellungnahmen und Studien eingereicht.

19. Am 23. März verabschiedete die Kommission eine vorläufige Beurteilung des Sekretariats, welche den Parteien bzw. deren Anwälten am 30. März zugestellt wurde. Am 2. April wurde den Anwälten Akteneinsicht gewährt.

20. Am 20. und am 27. April fanden Anhörungen von Vertretern der Parteien, der Aufina und des SBV statt.

21. Zur vorläufigen Beurteilung nahmen die Parteien am 22. April schriftlich Stellung und reichten weitere Beweisofferten ein. Ein Beweisverfahren musste indes nicht durchgeführt werden.

22. Die Kommission nahm zum Zusammenschluss ebenfalls am 18. Mai 1999 wie folgt Stellung:

4 Beurteilung nach Art. 10 Abs. 2 KG

4.1 Die betroffenen Märkte

23. Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen mindestens 20 % oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt. Diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet. Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

24. Vorab sind die sachlichen und räumlichen Märkte abzugrenzen.

4.1.1 Sachlich relevante Märkte

4.1.1.1 Ausgangslage

25. In ihrem Entscheid in Sachen GECC/Aufina vom 18. August 1997 („Aufina-E-tscheid“, RPW 3/1997, 358ff., Rz 12 - 15) ist die Kommission von zwei sachlich relevanten Märkten ausgegangen: Dem Markt für Konsumkredite und dem Markt für Konsumgüter-, insbesondere Automobilleasing. Diese Unterscheidung entspricht auch der Struktur der spezialisierten Konsumkreditbanken und der analytischen Geschäftsaufteilung durch den Verband der Schweizerischen Kreditbanken und Finanzierungsinstitute (VSKF) in dessen Jahresberichten.

26. Im Aufina-Entscheid ist die Kommission davon ausgegangen, dass der sachlich relevante Markt für Konsumkredite gemäss VSKF-Statistik zu umschreiben sei, hat dies angesichts der Tatsache, dass auf diesem Markt der Zusammenschluss unproblematisch war, jedoch nicht weiter vertieft. Nachdem sich nun die Problematik angesichts der addierten Marktanteile von Aufina und Prokredit im so definierten Markt verschärft stellt, ist die Frage nach der richtigen Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes erneut zu prüfen.

4.1.1.2 Hauptstandpunkt der Parteien

27. Die Parteien haben in ihrer Meldung die Auffassung vertreten, es sei von einem Markt für ungedeckte Kredite an private Personen in der Schweiz auszugehen. Diesem Markt seien die in der Bankenstatistik 1996 der Schweizerischen Nationalbank (Schweizerische Nationalbank: Die Banken in der Schweiz 1996, Zürich 1997; im folgenden „SNB-Statistik 1996“) auf Seite A138 ausgewiesenen rund 39 Mrd. CHF Kredite an „Private Haushalte“ (allenfalls reduziert um gut 6 Mrd. Baukredite) zugrunde zu legen. In ihrer Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung der Kommission haben die Parteien diesen

Standpunkt wiederholt und damit begründet, dass es sich damit um die „einzige offizielle statistische Erhebung des Schweizerischen Konsumkreditmarktes“ handle.

28. Die Position Kredite an „Private Haushalte“ in der SNB-Statistik 1996 umfasst alle Kredite an Privatpersonen sowie an Einzelunternehmer, welche nicht auf ausschliesslich für Geschäftszwecke bestimmte Konten ausbezahlt werden. Weiter unterscheidet diese Position nicht zwischen gesicherten und ungesicherten Krediten, schliesst somit Lombardkredite ebenso ein wie durch Bürgschaften oder Verpfändung einer Lebensversicherungspolice gesicherte Darlehen oder das Leasing. Eine solche Marktdefinition wurde deswegen schon im Einleitungsverfahren abgelehnt. Im übrigen weist die SNB-Statistik genau den untersuchten Markt der beanspruchten Kleinkredite separat aus (S. A30).

29. Die Parteien haben im Verlaufe des Verfahrens eine weitere Schätzung betreffend den Schweizer „consumer loan market“ der englischen Firma Datamonitor eingereicht, welche den Markt auf rund 36 Mrd. CHF beziffert, zusammen mit einem Brief des VSKF, in welchem dieser die unterschiedliche Schätzung betreffend Marktvolumen im Vergleich zum VSKF-Markt zu erklären versucht. Verschiedene in diesem Brief enthaltene Aussagen wurden allerdings durch die im Verfahren vom Sekretariat eingeholten Informationen relativiert (etwa bezüglich des Volumens von Kontoüberziehungen und Kreditkartenkrediten). Auf der andern Seite führt der Sekretär des VSKF aus, dass der entsprechende Betrag nur unter Einbezug von Leasing und von Lombardkrediten, Baukrediten, durch Lebensversicherungspolice gedeckte Krediten sowie Krediten an Einzelunternehmungen erreicht werden könne, somit der Rubrik Kredite an „Private Haushalte“ gemäss SNB-Statistik 1996 und folgerichtig in etwa deren Volumen entspreche. Insoweit deckt sich die Beurteilung des Sekretariats mit derjenigen des VSKF.

30. Die von den Parteien vorgeschlagene Marktdefinition verkennt, dass, obschon ein Konsumkredit auch demjenigen offensteht, welcher ein konkretes Finanzierungsbedürfnis ebenfalls z.B. mittels Lombardkredit abdecken könnte, diesfalls der Konsumkredit keine realistische Alternative darstellt. Ein ökonomisch denkender Mensch wird, wenn er die Alternative eines gesicherten Kredites hat, in der Regel nicht einen viel teureren Konsumkredit beantragen. Auch wäre es nicht sachgerecht, die Kredite an Einzelunternehmer zu den Konsumkrediten zu zählen, nur weil jene Kredite faktisch zum Teil auch für private Zwecke verwendet werden können.

31. Weiter ist grundsätzlich darauf hinzuweisen, dass auch der VSKF seinen Marktzahlen- und Anteilsberechnungen den Konsumkreditmarkt im hier verwendeten Sinne zugrundelegt und dass zudem wie schon erwähnt die SNB in ihrer Bankenstatistik den Kleinkredit - defi-

niert als Kredit zu Zinssätzen, welche mindestens 2 % über dem üblichen Zinssatz für ungesicherte Kredite liegen (SNB-Statistik 1996, S. A30, Fn 1) - ebenfalls gesondert ausweist.

4.1.1.3 Alternativstandpunkt der Parteien

32. Die Parteien haben in ihrem Alternativstandpunkt, welchen die Kommission übernommen hat, vom Konsumkreditmarktvolumen gemäss VSKF und SNB-Statistik ausgehend die ihrer Ansicht nach zu berücksichtigenden Substitutionsprodukte aufgelistet.

33. Im folgenden ist deshalb zunächst zu untersuchen, inwiefern der Konsumkredit durch weitere Finanzierungsmöglichkeiten substituiert werden kann, welche das Volumen des relevanten Marktes entsprechend erweitern würden. Die aufgrund einer Marktanalyse, von Befragungen der Banken und Finanzierungsinstitute und insbesondere der Vorbringen der Parteien nachfolgend aufgelisteten Substitutionsprodukte werden dabei einzeln gewürdigt. In Betracht kommen diesbezüglich:

- Das Leasing (Automobilleasing und Leasing für übrige dauerhafte Konsumgüter), bei welchem das Eigentum am Konsumgut an den Finanzierer (Leasinggesellschaft, Bank) geht und der Konsument verpflichtet ist, für den Besitz und die Nutzung des Gutes eine monatliche Zahlung zu leisten;
- Die Praxis der Banken, ihren Kunden auf deren Lohnkonten eine Überziehungs- bzw. Toleranzlimite zu gewähren, deren Höhe entweder in Relation zum monatlichen Einkommen des Kunden oder einheitlich bei wenigen Tausend Franken (i.d.R. 3000 CHF) festgelegt wird;
- Die Gewährung von längerfristigen „Überziehungskrediten“ auf Lohnkonten durch Universalbanken;
- Privat- und andere Konsumkredite von Universal- und anderen Banken;
- Die Kreditoption für Inhaber von (insbesondere VISA-)Kreditkarten, welche die Möglichkeit der ratenweisen Rückzahlung des monatlichen Rechnungsbetrages eröffnen;
- Die durch Warenhäuser (Manor, Möbel Pfister, Loeb etc.) mittels Kundenkarten gewährte Möglichkeit, eine grössere Anschaffung in Raten zu bezahlen;
- Weitere Kreditarten.

a) Leasing

34. Konsumkredite und Konsumgüterleasing sind die beiden sowohl von der GECC-Aufina (bzw. von deren Tochtergesellschaft Unileasing) als auch von der Prokredit hauptsächlich erbrachten Dienstleistungen. Wirtschaftlich weitaus am bedeutendsten ist im Bereich des Konsum-

güterleasing das Automobilleasing; es dürften darauf 70 bis 90 % des (Konsumgüter-)Leasingvolumens entfallen. Mittels Konsumgüterleasing im engeren (und im folgenden so verwendeten) Sinne werden beispielsweise Artikel aus der Unterhaltungselektronik, Möbel oder Haushaltsartikel finanziert.

35. Die Märkte für Konsumkredite und Konsumgüter- bzw. Automobilleasing sind nicht völlig unabhängig voneinander. Insbesondere ist ein Konsumkredit theoretisch durchaus eine Alternative zur Finanzierung eines Automobils (oder eines anderen Konsumgutes) mittels Leasing.

36. Andererseits ist auf verschiedene Unterschiede hinzuweisen, welche das Leasinggeschäft vom Konsumkredit deutlich abheben. Es sind im folgenden das Automobilleasing und das Konsumgüterleasing getrennt zu betrachten.

aa) Das Automobilleasing

37. Aufgrund von Branchenumfragen kann davon ausgegangen werden, dass rund 30 % der Neuwagen mittels Leasing und weitere 8 % durch einen von einer Garage vermittelten Konsumkredit finanziert werden (Quelle: Automobil Revue, Nummern 21, 22 und 23 / 1997). Nicht bekannt ist die Anzahl der Autokäufe, welche mittels vom Erwerber selber arrangiertem Konsumkredit finanziert werden. Immerhin geht ein im Zusammenhang mit dem Verkauf der Aufina erstelltes Memorandum der UBS davon aus, dass rund 40 % aller Konsumkredite zur Finanzierung eines Autokaufes verwendet werden.

38. Trotz dieser Tatsachen sprechen insbesondere die folgenden Gründe für eine getrennte Analyse des Automobilleasings und des Konsumkredits:

39. Der durchschnittliche Konsumkredit beläuft sich gemäss Angaben aus der Branche auf (je nach Institut) 8'000.- bis 12'000.- CHF. Dazu wurde die Aussage der Prokredit von weiteren Konsumkreditinstituten bestätigt, dass auch bei einem höheren in der Statistik ausgewiesenen Kreditbetrag nicht von einem höheren vergebenen Konsumkredit ausgegangen werden darf, sondern dass sich dieser Betrag in der Regel aus einem erstmaligen Kredit (in üblicher Höhe) und einer oder mehreren Aufstockungen (um jeweils einen Betrag von durchschnittlich maximal 8'000.- CHF) zusammensetzt.

40. Schon ein blosser Preisvergleich ergibt, dass sich damit kaum ein Neuwagen erstehen lässt. Entsprechend belaufen sich die durchschnittlichen Leasingbeträge beim Automobilleasing gemäss Aussagen der Gesellschaften auch auf 27'000.- bis 32'000.- CHF. Zieht man in Betracht, dass gemäss Aussagen der Vertreter der Konsumkreditbranche ein bedeutender Anteil der Konsumkredite zur Finanzierung eines Automobils dient, drängt sich die Schlussfolgerung auf, dass die Konsumkredite schwergewichtig der Finanzierung des Kaufes von

Gebrauchtwagen dienen, während Neuwagen mehrheitlich mittels Leasing finanziert werden.

41. Ermittlungen bei diversen Gebrauchtwagenhändlern haben diese Vermutung bestätigt. Zwar besteht die Leasingoption für neuere Occasionen (bis maximal 4-jährig), doch für ältere Fahrzeuge oder für Fahrzeuge mit einer hohen Kilometerzahl ist eine Finanzierung mittels Leasing nicht mehr möglich. Gemäss Aussagen befragter Händler ist ein Leasing bei einem Fahrzeugpreis unter 10'000.- CHF auch wirtschaftlich nicht interessant. Regelmässig wiesen die Händler dann aber auf die Möglichkeit der Finanzierung mittels Konsumkredit hin.

42. Die Vermutung, dass ein Konsumkredit zur Finanzierung eines Automobilkaufes dann nicht verwendet wird, wenn das Leasing möglich ist, wird auch durch die in den beiden Geschäftsarten zur Zeit verwendeten Zinssätze erhärtet: Während für einen Konsumkredit zwischen 9 und 14 % p.a. bezahlt werden müssen, sind bei Leasingverträgen Zinssätze zwischen 4 und 8 % verbreitet. Die regelmässig in der Werbung bekanntgemachten Aktionen der den Automobilherstellern nahestehenden Leasinggesellschaften weisen häufig sogar noch tiefere Zinssätze auf.

43. Die von den Parteien eingereichte Vergleichsrechnung, welche bei einem durchschnittlichen Leasingzinssatz von 7,5 für eine Laufzeit von drei Jahren und einen Wagenwert von 30'000.- CHF zum Schluss kommt, dass die Alternative Konsumkredit nur (aber immerhin) um gut 600.- CHF oder 1,5 % der Gesamtkosten teurer zu stehen kommt, ist deshalb mit Vorbehalt (insbesondere bezüglich des Zinssatzes) zu würdigen.

44. Aus obigen Ausführungen folgt, dass die beiden Dienstleistungen Konsumkredit und Automobilleasing zur Finanzierung unterschiedlicher Kategorien von Automobilkäufen dienen und sich der Anwendungsbereich, wenn überhaupt, nur unwesentlich überschneidet. Das Automobilleasing kann deshalb nicht als Substitutionsprodukt für Konsumkredite betrachtet werden, sondern es ist - in Bestätigung der Marktabgrenzung im Aufina-Entscheid - von einem separaten sachlich relevanten Markt des Automobilleasing auszugehen.

ab) Konsumgüterleasing

45. Die oben vorgenommene Abgrenzung der Märkte aufgrund der Kredithöhe ist beim Konsumgüterleasing (exklusive Automobilleasing) nicht möglich. Aus den Aussagen betreffend durchschnittliche Höhe der Gesamtheit aller Leasingkontrakte (rund 15'000.- CHF) ergibt sich bei Ausschluss der wie gesehen wesentlich höheren Automobilleasingverträge, dass sich die Höhe der übrigen Konsumgüterleasingverträge im Bereich der durchschnittlichen Konsumkreditbeträge bewegt.

46. Diese Annahme überzeugt, wenn man bedenkt, dass mittels Konsumgüterleasing typischerweise Güter wie Unterhaltungselektronik sowie grössere Möbelanschaffungen finanziert werden. Eine durchschnittliche Kontraktgrösse von rund 10'000.- CHF scheint somit plausibel. Für das Konsumgüterleasing (ohne Automobilleasing) ist der sachlich relevante Markt somit unter Einschluss der Konsumkredite zu definieren.

47. Ist das Konsumgüterleasing umgekehrt auch ein Substitutionsprodukt zum Konsumkredit? Die Antwort ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

48. Mit Konsumkrediten werden auch andere Bedürfnisse finanziert als die Anschaffung von Konsumgütern und insbesondere Automobilen. Ein weiterer wichtiger Geschäftsbereich ist gemäss Auskunft der Konsumkreditbanken allgemein die Finanzierung von Häusern in den Heimatländern von in der Schweiz niedergelassenen Ausländern. Auch werden - ebenfalls gemäss Aussagen der Konsumkreditbanken und der Parteien - z.T. Steuerrechnungen durch Aufnahme eines Konsumkredites beglichen.

49. Nach Angaben der Konsumkreditbanken (unter anderem der Prokredit) scheint es relativ häufig vorzukommen, dass ein Konsumkredit aufgenommen wird, um damit eine bestehende Schuld abzulösen. Offenbar handelt es sich dabei häufig um einen anderen Konsumkredit. In allen Fällen, in denen nur ein Teil des Kredits so verwendet werden soll, wie auch bei all den anderen oben erwähnten weiteren Verwendungsmöglichkeiten des Konsumkredits, ist das Konsumgüterleasing keine Alternative, da damit kein Bargeld verfügbar wird.

50. Der Prozentsatz der (gewichteten) Verwendungsmöglichkeiten des Konsumkredits, für welche das Konsumgüterleasing effektiv als Alternative in Frage kommt, ist deshalb so klein, dass es sich rechtfertigt, das Konsumgüterleasing bei der Umschreibung des sachlich relevanten Marktes im Bereich Konsumkredit nicht generell als Substitutionsprodukt zu betrachten.

ac) Folgerungen

51. Aus dem oben Ausgeführten erhellt, dass das Produkt Leasing nur beschränkt ein Substitutionsprodukt für den Konsumkredit darstellt; mittels Konsumkredit können auch Güter finanziert werden, welche sich naturgemäss nicht leasen lassen oder für welche die Leasingoption faktisch nicht besteht. Nur das Konsumgüterleasing ist als Substitutionsprodukt für eine konkrete Verwendungsmöglichkeit des Konsumkredits zu betrachten (soweit damit ein Fernseher, ein Computer, ein neues Schlafzimmer etc. finanziert wird). Angesichts der Tatsache, dass das Konsumgüterleasing volumenmässig weit weniger als zehn Prozent des Konsumkreditvolumens ausmacht (bei der

Aufina z.B. rund [0 - 10] %) und die Marktanteile der kombinierten Prokredit/Aufina im Leasing-Markt nur unbedeutend kleiner sind als im Konsumkreditmarkt, kann davon abgesehen werden, das Konsumgüterleasing bei der Analyse des Konsumkreditmarktes speziell zu berücksichtigen.

52. Deshalb stellen Konsumgüterleasing bzw. Automobilleasing zwei von den Konsumkreditmärkten getrennt zu betrachtende sachlich relevante Märkte dar. Bei der Analyse des Konsumgüterleasingmarktes wird jedoch dem Umstand Rechnung zu tragen sein, dass der Konsumkredit ein Substitutionsprodukt darstellen kann.

b) Überziehungs- und Toleranzlimiten

53. Die Parteien haben geltend gemacht, als Substitutionsprodukt seien die sogenannten Überziehungs- oder Toleranzlimiten, welche die Banken ihren Privatkunden auf deren Lohnkonten einräumen, mit zu berücksichtigen. Die Befragung von Kantonal-, Gross- und Raiffeisenbanken haben sehr unterschiedliche Vorgehensweisen bezüglich der Offenlegung dieser Limiten gegenüber Kunden und der Berechnung von deren Höhe ergeben. Es wird jedoch deutlich, dass diese Limiten in vielen Fällen von der Bank klar als befristete Massnahme bis zum nächsten Saläreingang betrachtet werden, welche in erster Linie der Funktionsfähigkeit des Systems wegen (ec-direct, automatische Zahlungen) gesprochen werden.

54. In zwei Hauptpunkten unterscheiden sich die Überziehungslimiten wesentlich vom Konsumkredit:

- Erstens liegen die nicht kommunizierten Limiten (Schattenlimiten) häufig bei maximal 3'000.- CHF, so dass eine Substituierbarkeit schon aufgrund des Betrages scheitert (bei der Prokredit liegen über [80 – 90] % der Kreditverträge über 5'000.- CHF).
- Zweitens sind die Banken gemäss Konsumkreditgesetz (SR 221.214.1) verpflichtet, bei mehr als drei Monate dauernden Ausständen mit dem Kunden einen schriftlichen Kreditvertrag abzuschliessen. Die Möglichkeit der Benutzung der Schattenlimiten hat somit eine sehr begrenzte Dauer; i.d.R. bis zum nächsten Saläreingang, maximal aber 3 Monate. Die Laufzeit bei Konsumkrediten ist deutlich höher: Über [80 – 90] % der Barkredite bei der Prokredit haben eine effektive Laufzeit von mehr als drei Monaten; vertraglich vereinbart ist regelmässig eine wesentlich längere Laufzeit.

55. Daraus folgt, dass Überziehungslimiten, soweit es sich um kurzfristige, von der Bank aus abwicklungstechnischen Gründen gewährte Überziehungen eines bestehenden Kontos handelt, nicht als Substitutionsmöglichkeit zu betrachten sind und sie deshalb nicht zum Konsumkreditmarkt gezählt werden können. Dass man ex post feststellt, dass rund [10 – 20] % der aufgenommenen Konsumkredite innert

dreier Monate zurückbezahlt werden (und somit der konkrete Finanzierungsbedarf auch durch Benutzung einer Toleranzlimite, welche gesetzlich innert dreier Monate zurückzuführen ist, hätte gedeckt werden können), kann an der ex ante und aus der Sicht des Kreditnachsuchenden vorzunehmenden Beurteilung der Substituierbarkeit nichts ändern.

56. Unzutreffend ist insbesondere die Behauptung der Parteien, dass Substituierbarkeit gegeben sei, da die Bankkunden, welche kurzfristig (weniger als 3 Monate) ihr Konto um weniger als 3'000 Fr. überziehen, auch einen kurzfristigen, niedrigen Konsumkredit beanspruchen könnten. Die Frage ist gerade in umgekehrter Richtung zu stellen. „Ist die Überziehungsmöglichkeit ein Substitutionsprodukt zum Konsumkredit?“ Und da ergibt sich, dass für knapp [10 – 20] Prozent der Konsumkredite die Laufzeit bei maximal drei Monaten liegt. Hinzu kommt, dass z.B. bei der Prokredit ebenfalls nur ca. [10 – 20] Prozent aller Kredite weniger als 5'000 Fr. betragen. Der Anteil jener Konsumkredite, welche unter 3'000 Fr. liegen, dürfte deshalb unter 10 Prozent liegen. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass die Schnittmenge dieser [10 – 20] und [10 – 20] Prozent (d.h. der Anteil der Konsumkredite, für welche Substituierbarkeit mit der Toleranzlimite auf einem Bankkonto zu bejahen ist) im einstelligen Prozentbereich liegt.

c) Längerfristige Kredite auf Lohnkonten durch Universalbanken

57. Nur soweit die Beträge von schriftlich vereinbarten „Überziehungskrediten“ in Frage stehen, welche bezüglich Laufzeit und Betrag potentiell mit Konsumkrediten vergleichbare Dimensionen aufweisen, kann eine Substituierbarkeit mit den Konsumkrediten - zumindest mit Bezug auf die Parameter Kreditgrösse und Laufzeit - bejaht werden. Diese sind deshalb im folgenden Abschnitt (mit) zu behandeln.

d) Privat- und andere Konsumkredite von Universal- und anderen Banken

58. Im vorliegenden Kapitel wird analysiert, ob die von den Banken üblicherweise unter dem Titel Konsumkredite vergebenen Kredite an Private als Substitutionsprodukte zu den von Aufina und Prokredit gewährten Krediten zu betrachten sind. Dabei handelt es sich (je nach von der Bank angewandter Terminologie) um Privat-, Ausbildungs- oder Kleinkredite (inkl. schriftlich fixierte Kontoüberziehungen; vgl. dazu oben Rz 53 ff.).

59. Bei der Überprüfung der Substituierbarkeit und somit der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes ist demnach zu fragen, ob der im Aufina-Entscheid obiter als massgeblich bezeichnete VSKF-

Markt für Konsumkredite nicht allenfalls zu weit ist und ob der sachlich relevante Markt nicht enger umschrieben werden muss.

60. Konsumkredite der verschiedenen Konkurrenten von Aufina und Prokredit - wie auch die Überziehungskredite von Banken - wiesen Ende 1997 einen Zinssatz von 9 – 11 % auf; die Konsumkredite von Prokredit und Aufina einen solchen von 13,9 % (Prokredit) bzw. typischerweise (81 % des Volumens in den drei Formen Abzahlungsvertrag, Barkredit und Festkredit) über 13 % (Aufina).

61. Per 1.4.1998 galten für Konsumkredite folgende Zinssätze: Migrosbank 9,5 % (1997 9,75 %), Coop Bank 9,25 % - 10 %, LISCA 9,9 % (1997: 11 %), CS 10,5 % (nur Privatkredite), Raiffeisenbanken 10 %, Prokredit 11,8 % (1997: 13,9 %), Aufina grossmehrheitlich über 13 %, City Bank durchschnittlich 13,2 %. Es stellt sich somit die Frage, ob nicht zwei Märkte für hochpreisige und niedrigpreisige Konsumkredite zu unterscheiden seien.

62. Die Parteien haben vorgebracht, eine Abgrenzung des relevanten Marktes für hochpreisige Konsumkredite vom erweiterten Gesamtmarkt für Konsumkredite sei unzutreffend. Im Gegenteil herrsche auf dem Markt für Konsumkredite ein erbitterter Wettbewerb. Deutliche Indizien hierfür seien unter anderem die der Bank Prokredit durch die Konkurrenz aufgezwungenen Zinssatzsenkungen der letzten Jahren und die zahlreichen Kreditablösungen durch Migrosbank, Coop Bank, Credit Suisse und Lisca. Im übrigen habe weder die Kommission in ihren bisherigen Entscheiden noch eine andere Wettbewerbsbehörde je eine derart enge Marktabgrenzung vorgenommen.

63. Entscheidend für die Beantwortung der Frage, ob sich Prokredit zusammen mit Aufina und einigen weiteren kleineren Instituten in einem abgegrenzten relevanten Markt für hochpreise Konsumkredite bewegt, ist die Tatsache, dass Prokredit aufgrund der Zinssenkungen anderer kreditvergebender Banken sich nachweisbar veranlasst sah, ebenfalls eine Zinssenkung vorzunehmen. Dies deutet darauf hin, dass Prokredit – trotz über längere Frist belegter deutlich höherer Zinssätze als etwa Migrosbank, Coop Bank und CS - sich nicht vollständig unabhängig verhalten kann und somit die von ihr angebotenen teureren Konsumkredite nicht als gänzlich abgekoppelt vom Gesamtmarkt für Konsumkredite betrachtet werden können.

64. Bezüglich der zahlreichen Ablösungen und der Gründe dafür ist allerdings festzuhalten, dass für die Beurteilung durch die Kommission nicht die Sicht der Prokredit, sondern die Sicht der Nachfrager massgeblich ist. Die Frage der Substituierbarkeit ist aus der Sicht der Marktgegenseite, somit des Konsumkreditnehmers, zu analysieren. Mit andern Worten: Selbst wenn die Prokredit als im Wettbewerb mit den Anbietern niedrigpreisiger Konsumkredite zu verstehen ist, ist denkbar, dass die niedrigpreisigen Kredite der Universalbanken aus der massgeblichen Sicht der Nachfrager, welche sich zuerst um einen

Konsumkredit der Prokredit oder Aufina bemühen, keine Alternative darstellen.

65. Im vorliegenden Fall kann indes offen gelassen werden, ob sich zwei separate Märkte ergeben oder ob „nur“ von einer Marktsegmentierung auszugehen ist, da selbst bei einer engen Marktabgrenzung der Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt (vgl. Abschnitt 4.2.3.3).

e) Kreditkartenoptionen und Warenhauskarten

66. Die auf Kreditkarten gewährten Kreditlimiten belaufen sich verschiedentlich auf bis zu 10'000.- CHF. Der durchschnittliche Konsumkreditbetrag beläuft sich auf durchschnittlich 8'000.- bis 12'000.- CHF (vgl. Ziff. 39). Folglich decken die beiden Kreditbeschaffungsmöglichkeiten denselben Finanzierungsbedarf ab. Zudem bestehen bei diesen Finanzierungsformen hinsichtlich der Auswahl der zu finanzierenden Güter keinerlei Einschränkungen.

67. Auf den ausstehenden Kreditsummen wird ein durchschnittlicher jährlicher Zinssatz von 13 – 15 % verlangt. Eine Kreditkarte ist heute ohne grosse Hürden erhältlich. Wer eine Kreditkarte besitzt, kann sie auch dann einsetzen, wenn er aufgrund seiner finanziellen Situation nur noch beschränkt einen Konsumkredit erhalten würde. Kreditkartenkredite sind somit ein Substitutionsprodukt für einen Konsumkredit bei der Aufina oder der Prokredit.

68. Die Benützung von Warenhauskarten wird – nach Auskunft eines fachkundigen Mitglieds der Kommission – zunehmend nicht mehr auf das Sortiment des die Karte ausgebenden Warenhauses beschränkt, sondern kann in verschiedenen anderen Geschäften oder etwa zum Tanken von Treibstoff verwendet werden. Obwohl die durchschnittlichen Kreditlimiten auf Warenhauskarten mit 3'000.- bis 5'000.- CHF unter der durchschnittlichen Kreditlimite bei den Kreditkarten liegt, kommt der Warenhauskarte aufgrund ihrer zunehmenden Einsatzmöglichkeiten zumindest regional oder sogar national immer mehr die Funktion einer eigentlichen Kreditkarte zu.

69. Als Variante der Kreditkarten sind die Warenhauskarten somit ebenfalls als Substitutionsprodukt zu den Konsumkrediten zu qualifizieren.

f) Weitere Kreditarten

70. Die Parteien haben nicht überzeugend darlegen können, dass Kreditarten wie Lombardkredite, Kredite gegen andere Sicherheiten und Baukredite für diejenigen typischen Nachfrager von Krediten zur Finanzierung von Konsumgütern, welche sich an Konsumkreditbanken wenden, eine realistische Alternative darstellen.

71. Die Parteien nennen als weitere Substitutionsprodukte: Die Stundung von Steuerschulden, Überziehungsmöglichkeiten auf Postcheckkonten, Blanko-Vorschüsse von Privaten, Arbeitgebern und Körperschaften.

72. Die Stundung von Steuerschulden kann - wie der Verkauf eines Autos oder Konsumverzicht - in einer spezifischen Situation (Erhalt einer Steuerrechnung) durchaus eine Alternative zum Konsumkredit sein. Die Stundung von Steuerschulden allgemein als Substitutionsprodukt zum Konsumkredit zu bezeichnen, ist jedoch falsch. Mit der Stundung der Steuerschuld lässt sich kein akutes Konsumfinanzierungsbedürfnis decken. Wollte man diesen Ansatz wählen, müsste der Verkauf eines Autos oder der Verzicht auf die Winterferien als Alternative zum Konsumkredit betrachtet werden, was offensichtlich nicht zu sachgerechten Marktabgrenzungen führt.

73. Die Überziehungsmöglichkeiten auf Postcheckkonten ist auf maximal 1'000.- CHF beschränkt. Damit ist dies ebenfalls keine Alternative zum Konsumkredit.

74. Dass die faktisch kaum erfassbaren Blanko-Vorschüsse von Privaten und Arbeitgebern zu irgendwelchen statistisch signifikanten Änderungen führen würden, scheint ausgeschlossen; die Parteien haben dies auch nicht behauptet.

g) Fazit

75. Die Zusammenschlusskontrolle ist auf drei verschiedenen sachlich relevanten Märkten durchzuführen:

1. Markt für Automobilleasing,
2. Markt für Konsumgüterleasing und
3. Markt für Konsumkredite, welcher sich zusammensetzt aus
 - Konsumkrediten der spezialisierten Konsumkreditbanken,
 - Privat- und anderen Konsumkrediten sowie schriftlich fixierten „Überziehungskrediten“ von Universal- und anderen Banken,
 - Kreditgewährung auf Kredit- und Kundenkarten.

4.1.2 Räumlich relevante Märkte

a) Für den Markt für Automobilleasing

76. Im Aufina-Entscheid konnte die vertiefte Analyse (im Rahmen der vorläufigen Prüfung) aufgrund der Marktanteile auf den Markt für Automobilleasing beschränkt werden. Die Kommission hat ihrer Beurteilung einen gesamtschweizerischen Markt zugrundegelegt, was sie wie folgt begründet hat (RPW 3/1997, 361, Rz 17):

- Einerseits werde der Konsument wegen der später zu erbringenden Servicedienstleistungen in der Regel den Autohändler in seiner Region auswählen und andererseits werde der Händler auf die Wahl des finanzierenden Instituts häufig zumindest einen gewissen Einfluss haben und ein (ebenfalls in der Region vertretenes) Institut vorschlagen. Es sei deshalb davon auszugehen, dass die Auswahl des Konsumenten bezüglich des finanzierenden Instituts eher regional beschränkt sei.
- Dennoch sei wegen der grossen Anzahl von Leasing-Anbietern und aufgrund der Angaben des Verbandes Schweizerischer Auto-Leasinggesellschaften (VSALG) eine Differenzierung nicht notwendig. Die Angaben des VSALG gingen dahin, dass die Marktanteile gegenüber den gesamtschweizerisch ermittelten Zahlen in den Agglomerationen zwar leicht tiefer und auf dem Land eher höher liegen, nirgends aber signifikant vom gesamtschweizerischen Durchschnitt abweichen würden. Somit konnte auf die an sich sachgerechte regionale Marktabgrenzung verzichtet werden.

77. Daran ist auch bei der jetzigen Prüfung festzuhalten: Insbesondere ist auf die über die Markenvertretungen in allen wichtigen Regionen vertretenen markengebundenen Leasinggesellschaften hinzuweisen. Diese stellen national operierende, aber regional vertretene Konkurrenten dar, deren disziplinierende Wirkung auf dem Automobilleasingmarkt insofern als besonders effizient zu beurteilen ist, als sie - wegen des in der Regel von diesen Anbietern zumindest mitverfolgten Markenförderungszweckes - mit häufig sehr attraktiven Leasingangeboten (Aktionen) auf dem Markt auftreten. Diese werden mittels gross angelegten Werbekampagnen i.d.R. auch in der ganzen Schweiz bekanntgemacht.

78. Gestützt auf die von der Kommission im Entscheid Migros-Globus (RPW 1997/3, 369, Rz 26) geführte Argumentation kann von der Bildung regionaler geographischer Märkte aus folgenden Überlegungen abgesehen werden: Bei der Bildung grösserer räumlicher Einheiten sind alle wichtigen Konkurrenten (häufig sogar mehrfach) in jedem Markt vertreten. Auch wird die Zahl derjenigen potentiellen Kunden, welche aufgrund ihrer geographischen Flexibilität in mehr als einer dergestalt definierten Region als Nachfrager auftreten könnten, dazu führen, dass eine regionale Differenzierung der Konditionen rasch zu einer Verlagerung eines grossen Teils des Geschäfts in eine der benachbarten Regionen führen wird.

b) Für den Markt für Konsumgüterleasing

79. Auch im Bereich des Konsumgüterleasings besteht eine gewisse Standortgebundenheit. Der Konsument wird einen Anbieter des zu finanzierenden Konsumgutes in seiner Region auswählen. Dieser wiederum hat einen gewissen Einfluss auf die Wahl des Finanziers

oder tritt selbst als Finanzier auf, z.B. im Falle der Finanzierung mittels Warenhauskarte, welche als Substitutionsprodukt zum Konsumkredit betrachtet werden kann (vgl. Ziff. 69).

80. Auf die Bildung regionaler Märkte kann jedoch aufgrund derselben Argumente wie bei der räumlichen Abgrenzung des Konsumkreditmarktes (siehe nachfolgend c)) abgesehen werden. Wie beim Konsumkredit ist beim Konsumgüterleasing davon auszugehen, dass die zu finanzierenden Güter nicht solche des täglichen Konsums, sondern grössere, in der Regel einmalige, zumindest aber in grösseren Abständen vorgenommene Anschaffungen sind. Der Konsument wird bereit sein, für eine solche Anschaffung eine räumliche Distanz zurückzulegen, welche die für seinen Alltagskonsum massgebliche Region überschreitet.

81. In dieser weitgefassten Region sind sowohl die wichtigsten Konkurrenten vertreten, welche das vom Konsumenten gewünschte Konsumgut anbieten, als auch die wichtigsten Konkurrenten, welche die vom Konsumenten gewünschte Finanzierungsmöglichkeit anbieten.

82. Da jede dieser geographisch weit definierte Region sämtliche wichtigen schweizweit operierenden Konkurrenten im Bereich des gewünschten Konsumgutes und der benötigten Finanzierung mehrfach enthält, wird eine Preisdifferenzierung für die Anbieter unmöglich und kann somit die Schweiz als ein geographisch relevanter Markt für das Konsumgüterleasing inkl. seine Substitutionsprodukte bezeichnet werden (vgl. Ziff. 90 hinten).

c) Für den Markt für Konsumkredite

83. Für den Markt der Konsumkredite ergibt sich aus den Entscheiden Valiant - Bank in Langnau (RPW 4/1997, 517, Ziff. 14) und Credit Suisse Group - Winterthur Versicherungen (RPW 4/1997, 526f., Ziff. 13 i.V.m. Ziff. 17ff.), dass die Märkte des Retailbankings, wozu auch der Konsumkredit gehört, grundsätzlich regional oder allerhöchstens kantonal abzugrenzen sind. Daran ist festzuhalten.

84. Hier ist die Frage vertieft zu prüfen, ob der Konsumkredit nicht - im Unterschied zur traditionellen Bankbeziehung des privaten Bankkunden, welche in erster Linie auf der Basis von Produkten des traditionellen Banksparens und der Zahlungsdienstleistungen beruht, allenfalls verbunden mit Dienstleistungen aus dem Depotgeschäft und dem Hypothekargeschäft - gewisse charakteristische Eigenschaften aufweise, welche eine andere geographische Marktabgrenzung nahelegen.

85. Der Konsumkredit ist insofern speziell, als seine Gewährung eine einmalige Transaktion ist, welche typischerweise in zeitlichen Abständen erfolgt, die sich in Monaten, wenn nicht Jahren misst. Dies rechtfertigt eine grössere räumliche Abgrenzung.

86. Gemäss Angaben des VSKF haben über vier Fünftel aller Kunden nur einen Konsumkreditvertrag abgeschlossen. Ein Konsumkredit hat bei Prokredit eine durchschnittliche vertragliche Laufzeit von [40 -50] Monaten und eine effektive Laufzeit (unter Berücksichtigung vorzeitiger Rückzahlungen und Ablösungen) von [1 - 2] Jahren.

87. Die spezialisierten Konsumkreditbanken weisen ein deutlich weniger weit verzweigtes Netz von Filialen auf als etwa gesamtschweizerisch tätige Universalbanken.

88. Aus der Sicht des Nachfragers lässt sich somit mit guten Gründen die Hypothese aufstellen, dass er für die Gewährung eines Konsumkredites alle paar Jahre bereit sein wird, (geographisch) weiter zu gehen bzw. zu fahren, als er es für die häufiger benutzte normale Bankbeziehung würde. Es ist deshalb für die Umschreibung der geographisch relevanten Märkte von einer grossräumigen, kantonsübergreifenden Regionalisierung der Schweiz auszugehen.

89. Ist dies richtig, kann nun gestützt auf die von der Kommission im Entscheid Migros-Globus (RPW 1997/3, 369, Ziff. 26) geführte Argumentation von der Bildung regionaler Märkte aus folgenden Überlegungen völlig abgesehen werden: Bei der Bildung grösserer räumlicher Einheiten sind alle wichtigen Konkurrenten häufig sogar mehrfach in jedem Markt vertreten. Wie bereits zum Automobilleasing ausgeführt, könnten die geographisch flexiblen Kunden auch hier bei regionaler Differenzierung der Konditionen in benachbarte Regionen ausweichen. Damit würde eine regionale Differenzierung der Konditionen rasch zu einer Verlagerung eines grossen Teils des Geschäfts in eine der benachbarten Regionen führen. Dies wiederum hindert die Anbieter an einer regionalen Differenzierung der Konditionen, und somit kann von einem nationalen Markt mit einheitlichen Konditionen ausgegangen werden.

90. Diese Hypothese wird durch die Bedingungen in der Praxis bestätigt. Weder die Angaben der Parteien noch die Abklärungen im Verfahren ergaben irgendwelche Anhaltspunkte dafür, dass in den Konditionen für Konsumkredite regionale Unterschiede bestehen würden. Die Argumentation für die Konsumkredite kann deshalb - trotz des Bestehens von (hier grossräumig umschriebenen) regionalen Märkten - gesamtschweizerisch geführt werden.

4.1.3 Betroffene Märkte

91. Die Prüfung ist somit für die folgenden betroffenen Märkten durchzuführen:

- Schweizerischer Markt für Automobilleasing (Kapitel 4.2.1);
- Schweizerischer Markt für übriges Konsumgüterleasing (einschliesslich der Konsumkredite) (Kapitel 4.2.2.);

- Schweizerischer Markt für Konsumkredite (und unter einem anderen Titel gewährte Kredite) gemäss VSKF inkl. Substitutionsprodukte (Kapitel 4.2.3).

4.2 Die voraussichtlichen Wettbewerbsverhältnisse in den betroffenen Märkten nach dem Zusammenschluss

4.2.1 Markt für Automobilleasing

4.2.1.1 Marktvolumen, Marktanteile und Wettbewerber

92. Im Markt für Automobilleasing wird der Anteil der GECC-Aufina von gegen [20 – 30] % durch die Akquisition der Prokredit auf rund [30 –40] % anwachsen (Basis: Zahlen des VSKF-Jahresberichts 1996). Erweitert man - ausgehend von der Schätzung der Zentralstelle für Kreditinformation (ZEK), dass bloss 85 % der Leasingverträge durch die Vereinsstatistik erfasst werden - den sachlich relevanten Markt entsprechend von 2,6 Mrd. CHF. auf 3,1 Mrd. CHF, bleibt im reinen Automobil-Leasingmarkt ein Marktanteil von knapp über [30 – 40] %.

93. Zu nahezu identischen Marktanteilszahlen gelangt man, wenn man von den Zahlen des Verbandes Schweizerischer Automobil-Leasinggesellschaften (VSALG) ausgeht. Die Statistik des VSALG (welche nur die Branchenverbandsmitglieder auflistet) weist rund 90 % des gesamten Automobil-Leasingvolumens aus. Hochgerechnet auf 100 % ergibt sich per Ende 1996 ein totales Marktvolumen von 2,67 Mrd. CHF. Die von der Statistik angegebenen Anteile von Aufina ([...] (Geschäftsgeheimnis)) und Prokredit ([...] (Geschäftsgeheimnis)) ergeben somit die auf das hochgerechnete Marktvolumen bezogenen Marktanteile von [20 –30] % (Aufina) und [0 –10] % (Prokredit). Der gemeinsame Marktanteil von Aufina und Prokredit beträgt so gerechnet demzufolge [20 – 30] %.

94. Nach der Statistik des VSALG bestanden Ende 1996 neben der Unileasing acht weitere Konkurrenten mit Umsätzen von 100 Mio. CHF oder mehr. Diese hatten zusammen einen Marktanteil von ca. 55 %. Der zweitgrösste Konkurrent (AMAG) kam auf rund 15 % Marktanteil, der drittgrösste Konkurrent (CS) auf rund 8 % Marktanteil.

95. Daneben sorgen zehn weitere (dem VSALG angeschlossene) kleinere Leasinggesellschaften mit Umsätzen zwischen 10 und 100 Mio. CHF für zusätzliche Konkurrenz. Bezüglich weiterer Gesellschaften (etwa BMW-Leasing) bestehen keine Angaben, da diese nicht dem VSALG angeschlossen sind.

96. Wie im Aufina-Entscheid ausgeführt, verweisen Vertretungen ausländischer Automobilhersteller ihre Kunden in der Schweiz häufig an ihre markeneigenen Leasing- und Finanzierungsgesellschaften. Deren Profilierung steht in direktem Zusammenhang mit der Profilierung der entsprechenden Automobilmarke.

4.2.1.2 Markteintritte, Produktneueinführungen und potentieller Wettbewerb

97. Im Markt für Automobilleasing waren in den letzten Jahren Marktzutritte durch die Etablierung von spezialisierten Instituten durch die Importeure zu verzeichnen. Inwiefern mit zusätzlichen Leasinggesellschaften zu rechnen ist, scheint fraglich, nachdem mittlerweile die meisten grösseren Automobilmarken in der Schweiz über eine markengebundene Finanzierungsgesellschaft verfügen. Wesentliche Marktzutrittsschranken bestehen für diese Institute jedoch nicht. Nicht-Importeur- bzw. nicht-markengebundene Leasinggesellschaften haben sich - mit Ausnahme von Kleinstgesellschaften - in den letzten Jahren nicht etabliert.

98. Bezüglich des Automobilleasing ist allerdings davon auszugehen, dass die importeur- und markengebunden Leasing-Firmen aufgrund ihrer internationalen Beziehungen und ihrer grossen Finanzkraft in der Lage wären, im Falle einer missbräuchlichen Konditionenfestsetzung durch die fusionierte Unternehmung deren Marktanteile zu absorbieren und untereinander aufzuteilen.

4.2.1.3 Schlussfolgerungen für den Markt für Automobilleasing

99. Infolge der bestehenden Konkurrenzverhältnisse und der beträchtlichen Anzahl spezialisierter und gewichtiger potentieller Marktteilnehmer kann davon ausgegangen werden, dass die Übernahme von Prokredit durch GECC-Aufina auf dem Markt für Automobilleasing zu keiner marktbeherrschenden Stellung führen wird, durch die wirksamer Wettbewerb verhindert werden kann.

4.2.2 Markt für Konsumgüterleasing

4.2.2.1 Marktvolumen, Marktanteile und Wettbewerber

100. Das Marktvolumen auf dem Konsumgüterleasingmarkt ist weder aus der ZEK-Statistik noch aus anderen Erhebungen direkt ersichtlich. Die Bezifferung muss demnach auf Schätzungen beruhen. Subtrahiert man vom Gesamtleasingmarkt (welcher sowohl Automobilleasing als auch Konsumgüterleasing erfasst) von 3'104 Mio. CHF das in der Statistik des VSALG aufgeführte und auf 100 % hochgerechnete Volumen im Automobil-Leasingmarkt von 2'996,2 Mio. CHF, verbleibt auf dem Markt für Konsumgüterleasing 1996 noch ein Volumen von 107,8 Mio. CHF. Diese Zahl scheint wenig realistisch.

101. Ein deutlich höheres Marktvolumen ergibt sich aufgrund der Analyse der Marktanteile von Prokredit und Aufina. Gemäss ZEK- und VSALG-Statistik beträgt das Volumen der Prokredit auf dem Konsumgüter-Leasingmarkt [00 – 100] Mio. CHF (Volumen Leasing insgesamt von [200 – 300] Mio. CHF minus Volumen Automobilleasing von [100 – 200] Mio. CHF). Das Volumen im reinen Konsumgüterleasing der

Aufina beträgt gemäss deren eigenen Angaben rund [00 –100] Mio. CHF. Zusammen erwirtschafteten die beiden Unternehmen somit im Konsumgüterleasing per Ende 1996 einen Umsatz von [100 – 200] Mio. CHF.

102. Geht man davon aus, dass die Marktanteile von Prokredit und Aufina auf dem Leasingmarkt einschliesslich Automobilleasing ([30 – 40] %) auf den Konsumgüter-Leasingmarkt übertragen werden können, ergibt sich auf letztgenanntem ein Marktvolumen von [500 – 600] Mio. CHF ($[100 – 200] \text{ Mio. CHF} / [30 – 40] \times 100$).

103. Aufgrund der ungenügenden statistischen Unterlagen können keine verlässlichen Aussagen betreffend die aktuellen Marktanteile und die Marktanteilsentwicklung gemacht werden.

104. Auf eine auf die genauen Marktanteile gestützte Argumentation kann jedoch auch aus folgendem Grund verzichtet werden: Es wurde vorne dargelegt, dass der Konsumkredit als Substitutionsprodukt für das Konsumgüterleasing zu betrachten ist (zur näheren Begründung siehe Ziff. 45 ff.). Aufgrund der Grössenunterschiede müsste die Beurteilung des Marktes Konsumgüterleasing (inklusive Konsumkredit) somit nicht anders ausfallen als die Beurteilung des Marktes für Konsumkredite.

4.2.2.2 Marktzutritte, Produktneueinführungen und potentieller Wettbewerb

105. Gerade im Bereich der Unterhaltungselektronik scheinen vermehrt Leasingangebote durch die Spezialgeschäfte vermittelt zu werden. So bietet die Computer-Handelskette Vobis in Zusammenarbeit mit der Credit Suisse Leasing die Finanzierung von Computern mittels Leasing oder Teilzahlung an. Dank einer Online-Verbindung zwischen den Vobis-Geschäftsstellen und der Finanzierungsgesellschaft kann der Finanzierungsentscheid sofort vor Ort getroffen und der Leasingvertrag ausgedruckt und unterschrieben werden.

106. Das Umsatzförderungsinteresse des Verkäufers steht in diesen Fällen auch dem Interesse des Finanzierers an überhöhten Zinsen entgegen. Die Verkäufer sind daher in der Lage, kompetitiven Leasinggesellschaften Marktanteile zu vermitteln und diese zugleich zu wettbewerblichem Verhalten – primär im eigenen (Absatz)-Interesse, letztlich aber auch zugunsten und zum Schutze des Konsumenten - zu animieren.

4.2.2.3 Schlussfolgerungen für den Markt für Konsumgüterleasing

107. Das Marktvolumen auf dem Markt für Konsumgüterleasing lässt sich nicht präzise bestimmen. Infolgedessen kann auch der zukünftige Marktanteil der GECC nicht mit Sicherheit beziffert werden. Selbst bei einem Marktvolumen, das unter den geschätzten [500 – 600] Mio.

CHF zu liegen kommt und das den Marktanteil der GECC auf über [30 – 40] % erhöhen würde, ist wegen der Mitberücksichtigung des mindestens 10x grösseren Konsumkreditmarktes für den Konsumgüter-Leasingmarkt nicht mit einem von der Bedeutung des ersteren abweichenden Resultat zu rechnen.

108. Diese Erwägungen führen zur Schlussfolgerung, dass die Übernahme von Prokredit durch GECC-Aufina auf dem Markt für Konsumgüterleasing aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nicht problematisch erscheint, weil der Zusammenschluss auch auf dem Konsumkreditmarkt keine marktbeherrschende Stellung mit der Möglichkeit, sich unabhängig von den Wettbewerbern zu verhalten, begründet (dazu sogleich).

4.2.3 Markt für Konsumkredite

4.2.3.1 Marktvolumen, Marktanteile und Wettbewerber

109. Nachfolgend werden in einem ersten Schritt die für die Marktanteilsberechnungen wesentlichen statistischen Unterlagen und Auskünfte erläutert. In einem zweiten Schritt werden Marktvolumen, Marktanteile und Wettbewerber im Markt für Konsumkredite unter Einschluss der Substitutionsprodukte „Kreditkartenoptionen“ und „Warenhauskarten“ definiert und bewertet, wobei die genaue Marktabgrenzung – insbesondere die Frage, ob eine Unterscheidung zwischen einem Markt für hochpreisige Konsumkredite und einem solchen für günstigere Konsumkredite zutreffend sei – letztlich offen gelassen wird. Die Unbedenklichkeit ungeachtet der genauen Marktabgrenzung wird daraufhin aufgrund der aktuellen und potentiellen Konkurrenz begründet.

a) Informationsbasis

110. Für die Bestimmung und Quantifizierung des Marktes für Konsumkredite kann einerseits von den vom Verband Schweizerischer Kreditbanken und Finanzierungsinstitute (VSKF) erfassten Krediten und andererseits von den in der Bankenstatistik der Schweizerischen Nationalbank (SNB), S. A30, Ziff. 8.0 (Beanspruchte Kleinkredite Ende 1996) ausgewiesenen Kleinkrediten ausgegangen werden. Beide Quellen weisen für 1996 ein Marktvolumen von knapp über 5 Mrd. CHF aus (VSKF: 5,3 Mrd., SNB: 5,1 Mrd.). Der VSKF weist für 1997 einen auf 5,1 Mrd. CHF geschrumpften Markt aus.

111. Die Zahlen des VSKF weisen bei den Kleinkrediten für Ende 1996 einen Marktanteil der Prokredit von 42,4 % (somit angesichts des Totalvolumens von 5,3 Mrd. CHF rund 2,25 Mrd. CHF), für Aufina einen solchen von 17,7 % (930 Mio. CHF) aus. Als dritter grosser Wettbewerber hat die Credit Suisse einen Marktanteil von 19,6 % (1,04 Mrd. CHF), während die restlichen VSKF-Mitglieder (16) gemeinsam einen Marktanteil von 13,2 % (700 Mio. CHF) aufweisen und die der Zentralstelle für Kreditinformation angeschlossenen Nicht-VSKF-

Mitglieder (rund 60 weitere Institute) mit einem Marktanteil von 7,1 % (380 Mio. CHF) geführt werden. Die VSKF-Zahlen für 1997 wiesen gemäss Eingaben der Parteien für die Prokredit noch einen Marktanteil von [30 – 40] %, für die Aufina [11 – 20]% und für CS als grössten Konkurrenten [20 – 30] % aus. Von den Parteien wurden die absoluten Beträge per Ende 1997 wie folgt angegeben: Prokredit [2 – 2,5] Mrd.; Aufina: [500 – 1000] Mio.; CS (inkl. Denaro Bank und City Bank) [1 – 1,5] Mrd.

112. Andererseits ergibt die offizielle Meldung der Kleinkredite durch die Prokredit an die SNB einen Marktanteil der Prokredit von nur noch [30 – 40] (gemessen am Kreditvolumen) bzw. [30 – 40] % (gemessen an der Anzahl ausstehender Kredite). Die Differenz der Marktanteilsschätzungen soll gemäss Angaben der Parteien daher rühren, dass bei der Meldung an die SNB nicht Nominalwerte, sondern Buchwerte massgeblich sind, und weiter durch die Tatsache zu erklären sein, dass die SNB-Statistik auch die Kleinkredite von nicht spezialisierten Instituten, insbesondere der Kantonalbanken, mitumfasst. Zum Marktanteil der Prokredit hinzuzählen ist der Marktanteil der Aufina von maximal [10 – 20] % (bzw. [10 – 20] % für 1997) gemäss VSKF-Statistik.

113. Im Folgenden werden den Berechnungen ausschliesslich die VSKF-Zahlen zugrundegelegt, weil hierzu bessere Informationen über die enthaltenen und nicht berücksichtigten Elemente des Marktes vorliegen. Werden die diversen Kreditformen addiert, resultiert für die Prokredit und die Aufina zusammen im weitest umschriebenen Markt ein Marktanteil ([40 – 50] %), welcher im Wesentlichen mit dem aufgrund der SNB-Statistik 1996 berechneten Anteil ([30 – 40] plus [10 – 20] %) übereinstimmt.

114. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass diese Zahlen wie auch alle folgenden Berechnungen mit einer Unsicherheitsmarge von einigen Prozentpunkten behaftet sind. Dies unter anderem darum, weil zwar soweit möglich mit den Zahlen von 1997 gerechnet wurde, aber in wenigen Fällen auf die Verhältnisse Ende 1996 abgestellt werden musste.

b) Markt für Konsumkredite

115. Die drei weitaus grössten Banken in diesem Markt sind Prokredit, CS und Aufina, welche gemeinsam [4 – 4,5] Mrd. Konsumkredite ausstehend haben. Weitere Banken, welche im Bereich der Gewährung von Konsumkrediten tätig und somit als direkte Konkurrenten der Prokredit und Aufina zu betrachten sind, sind Coop Bank (Volumen [100 - 200] Mio. CHF, Migros Bank [300 - 400] Mio. CHF, LISCA AG [00 – 100] Mio. CHF, City Bank (Volumen [100 – 200] Mio. CHF), Denaro Bank (Volumen: [00 – 100] Mio. CHF), sowie quantitativ und qualitativ schwierig zu beurteilende kleine und kleinste Firmen. Das Gesamtvolumen der von diesen letzteren Instituten vergebenen Konsumkredite

beläuft sich auf maximal 500 Mio. CHF, wenn man die nicht einem der sieben hier individuell erfassten und wohl wichtigsten Mitgliedern des VSKF [Prokredit, CS (inkl. City Bank, Denaro Bank), Aufina, Coop Bank, Lisca AG] zurechenbare Differenz der ausstehenden Volumina gemäss VSKF-Statistik pauschal diesen Instituten zuweist.

116. Die Parteien haben geltend gemacht, dass die VSKF-Statistik ihre Marktanteile überhöht wiedergebe. Verschiedene Nicht-VSKF-Banken, welche ebenfalls Kleinkredite vergeben, wie z.B. die Migrosbank und verschiedene grössere Kantonalkassen, hätten nachweisbar einen Marktanteil von mehr als 7 %.

117. Die diesbezüglichen Abklärungen haben ergeben, dass diejenigen Banken, welche nicht in der VSKF-Statistik erfasst sind, aber Überzugs- bzw. Privat-, Ausbildungs- oder Kleinkredite (je nach von der Bank angewandter Terminologie) vergeben, total mit rund [900 – 1000] Mio. CHF zu veranschlagen sind. Hier sind sowohl die Kantonalkassen als auch Migrosbank und Raiffeisenkassen (obschon letztere Konsumkredite nur gegen Bürgschaften vergeben, es sich also streng betrachtet nicht mehr um Konsumkredite im Sinne der SNB-Definition handelt) sowie ein (von den Parteien geschätzter) Betrag für die Regionalbanken eingeschlossen. Diese [900 – 1000] Mio. CHF sind wie folgt zusammengesetzt:

118. Die längerfristigen Überziehungs- bzw. Privatkredite der beiden nicht in der VSKF-Statistik erfassten ehemaligen Grossbanken betragen Ende 1997 (gesamthaft, aber ohne den Einbezug der kurzfristigen Überziehungslimiten) rund [200 – 300] Mio. CHF. Bei den Kantonalkassen (ohne die in der VSKF-Statistik als Mitglied erfasste LISCA) beträgt die entsprechende Summe maximal [300 - 400] Mio. CHF, bei der Migrosbank [300 - 400] Mio. CHF. Für die Regionalbanken beträgt das von den Parteien geschätzte Volumen [00 - 100] Mio. CHF. Für die Raiffeisenkassen beträgt der entsprechende Betrag nach Angaben des Verbandes [00 - 100] Mio. CHF. (Die Schätzung der Parteien betreffend Regionalbanken wurde übernommen, weil nicht genügend Zahlen vorliegen, welche eine zuverlässige Abschätzung des Gesamtbetrages für Regionalbanken erlauben würden. Nachdem die übrigen von den Parteien in der Meldung vorgenommenen Schätzungen, selbst wenn sie auf telefonischen Rückfragen beruhten, jeweils deutlich zu hoch lagen, dürfte die Übernahme der Schätzung der Parteien betreffend Regionalbanken die Marktanteile von Prokredit und Aufina kaum zu hoch ausweisen.)

119. Wenn man von der Summe dieser vorerwähnten Beträge die von der VSKF-Statistik den „übrigen ZEK-Mitgliedern“ zugeordneten 377 Mio. CHF subtrahiert, verbleibt ein Betrag von rund [500 – 600] Mio. CHF, um welchen der VSKF-Markt somit ergänzt werden muss.

120. Die Befragung der Kreditkartenemittenten hat ergeben, dass sich die ausgenutzten Kreditoptionen bei denjenigen Gesellschaften,

welche diese Option offerieren (VISA, Diners), gesamthaft auf rund [500 – 600] Mio. CHF belaufen. Diese Summe schliesst die aufgrund der Karten-AGB von SBG und CS gewährten Kredite an ihre Kunden, welche Inhaber einer Eurocard/mastercard sind, mit ein (Eurocard selber bietet in der Schweiz keine Kreditooption); ebenso die bereits in der VSKF-Statistik erfassten Kredite der Bank Finalba als VSKF-Mitglied.

121. Zahlreiche Warenhäuser führen Kundenkarten mit Kreditooptionen (Jelmoli, Globus, Manor, Loeb, Bally, Spengler, Möbel Pfister, Beyeler, Mövenpick). Gemäss Aussagen der Parteien beträgt der jährliche mittels Warenhauskarte erzielte Umsatz sowohl bei Manor als auch bei Möbel Pfister je rund [500 – 600] Mio. CHF. Rund [0 – 10] % des durch Möbel Pfister erzielten Warenhauskarten-Umsatzes stellen Abzahlungsverträge dar, d.h. der geschuldete Betrag wird nicht am Monatsende, sondern in Raten und verzinst (gleich einer Kreditkartenooption) zurückbezahlt. Das für den vorliegenden Fall interessierende Kreditvolumen beträgt somit [00 - 100] Mio. CHF.

122. Der Marktanteil von Möbel Pfister im Bereich Warenhauskarten mit Kreditooption beträgt gemäss einer von den Parteien eingereichten Studie rund [0 – 10] %. Wenn man davon ausgeht, dass das Verhalten sämtlicher Warenhauskartenbenützer bezüglich Beanspruchung der Kreditooption identisch ist, ergibt sich ein Gesamtvolumen von rund [400 – 500] Mio. CHF. Auf diesen Betrag hat auch der VSKF in seinen Erläuterungen zur Datamonitor-Studie das auf Warenhauskarten basierende Kreditvolumen geschätzt.

123. Der Markt setzt sich somit wie folgt zusammen:

- Gesamter Konsumkreditmarkt gemäss VSKF-Statistik (inkl. in der VSKF-Statistik nicht erfasste Konsumkredite sowie mittels Überziehungskrediten erfolgte Kreditgewährung): 5,1 Mrd. CHF plus [500 – 600] Mio. CHF;
- Kreditkartengebundene Kreditooptionen: ca. [500 – 600] Mio. CHF.
- Auf Warenhauskarten beanspruchte Kreditooptionen: ca. [400 – 500] Mio. CHF.

124. Das so berechnete Marktvolumen beträgt gut [6 – 6,5] Mrd. CHF. Bei einem kombinierten Kreditvolumen von Prokredit und Aufina von [3 – 3,5] Mrd. CHF ergibt sich somit ein Marktanteil von rund [40 – 50] %.

125. Der nächstgrössere Konkurrent ist die CS (inklusive Tochtergesellschaften) mit einem Marktanteil von rund [10 – 20] %, während kein weiterer Marktteilnehmer auf wesentlich mehr als 5 % Marktanteil gelangen dürfte. Insbesondere vergeben zwar gemäss Banken-

Statistik der SNB rund die Hälfte der Kantonalbanken Konsumkredite, doch liegen auch deren Marktanteile mit Sicherheit weit unter 5 %.

126. Die Entwicklung der Marktanteile der letzten Jahre zeigt - mit einer Ausnahme - keine besonders starken Veränderungen. Die Ausnahme betrifft eine Verschiebung zwischen Prokredit und CS von ca. [0 – 10] % zwischen 1996 und 1997 und ist gemäss Vorbringen der Parteien das Resultat verstärkter Ablösungen in der Folge der immer grösser gewordenen Zinsdifferenz. Im übrigen blieben die Marktanteile über die letzten Jahre relativ stabil. Insbesondere bei den kleineren Konkurrenten (Migrosbank, LISCA) sind [...] [Geschäftsgeheimnis] Volumen gemeldet worden, während bei der Coop Bank und den beiden CS-Töchtern zusammen ein [...] [Geschäftsgeheimnis] festzustellen war. Dieser bewegte sich bei deren Marktanteil von unter [0-10] % bzw. unter [0 – 10] % allerdings nicht einmal im Promillebereich des Gesamtmarktes.

c) Beurteilung der aktuellen Konkurrenz

127. Bei der Beurteilung der aktuellen Konkurrenz sind zwei Aspekte besonders zu beachten. Der Konsumkreditmarkt ist zur Zeit durch drei gewichtige Konkurrenten geprägt. Prokredit, CS und Aufina stehen im Gesamtmarkt für Konsumkredite zusammen für rund zwei Drittel des Marktes. Durch den Zusammenschluss der bisherigen Nummern 1 und 3 entstünde ein starkes Duopol. Die Wahrscheinlichkeit, dass sich die Wettbewerbsintensität durch den Zusammenschluss verringert, ist zu bejahen. Dies um so mehr, als aufgrund des bisherigen Verhaltens der drei Marktführer davon ausgegangen werden muss, dass gerade der Wettbewerb zwischen den beiden Zusammenschlussparteien bis anhin relativ stark und wichtig war.

4.2.3.2 Markteintritte, Produktneueinführungen und potentieller Wettbewerb

128. Bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses auf die zukünftigen Wettbewerbsverhältnisse ist jedoch auch eine Würdigung der zukünftigen Verhältnisse auf dem relevanten Markt vorzunehmen. Nachfolgend wird dargelegt, inwiefern die Wahrscheinlichkeit besteht, dass inländische Banken in den Konsumkreditmarkt vordringen bzw. als direkte Konkurrenten der Prokredit/Aufina auftreten werden, wie wahrscheinlich der Zutritt ausländischer Banken in den Konsumkreditmarkt ist und wie sich der Markt voraussichtlich in Zukunft entwickeln wird.

a) Inländische Banken

129. Insbesondere die neue UBS, welche die spezialisierten Kleinkreditbanken soeben verkauft hat, könnte wiederum ins Konsumkreditgeschäft eintreten. Sie hätte insbesondere mit dem bestehenden Filialnetz und den Kundenbeziehungen die Voraussetzung, rasch und ohne zusätzliche Kosten in den Markt einzutreten. Die Parteien ha-

ben insbesondere argumentiert, damit sei aufgrund des Konzepts für das Consumer-Banking der neuen UBS zu rechnen.

130. Die beiden Grossbanken haben über Projekte zum Ausbau der Privatkredite informiert und berechnen das Potential für die zusätzlichen Privatkredite (in den Dimensionen des üblichen Konsumkredits, also zwischen 5'000.- und 15'000.- CHF), welche innert zweier Jahre an bestehende Kundschaft vergeben werden könnten, auf je [mehrere hundert] Mio. CHF. Diese - vom SBV als konservative Variante bezeichneten - Zahlen wird man allerdings mit Vorsicht interpretieren, wenn man auf der anderen Seite feststellt, dass das Volumen der Privatkredite beim SBV von 1996 auf 1997 um [10 - 20] % abgenommen hat.

131. Selbst wenn man die vorsichtige Schätzung der beiden Banken betreffend neue Kredite innert zweier Jahre übernimmt, ist einschränkend festzuhalten, dass die Banken gemäss eigenen Aussagen die „ihrem Scoring genügenden“ bisherigen Kunden im Visier haben; eine Rückfrage bei der UBS hat klar ergeben, dass man dieses neue Produkt nicht als Konkurrenzprodukt zu den bestehenden Konsumkreditangeboten versteht, sondern bloss der bestehenden Kundschaft bei kurzfristigen Liquiditätsbedürfnissen zur Verfügung stehen will.

132. Weiter basieren die eingereichten Projektionen (des Verkäufers SBV) auf der gesamthaften Zurverfügungstellung von Krediten; gemäss zur Erläuterung aufgeführten Berechnungsbeispielen sind aber dabei neben den eigentlichen Krediten (im Sinne der ausbezahlten Geldbeträge mit ratenweiser Rückzahlung desselben) auch die Kreditlimiten auf Kreditkarten einzubeziehen.

133. Die genannten rund [700 - 800] Mio. CHF können somit zum jetzigen Zeitpunkt nicht als zukünftiges Konsumkreditangebot betrachtet werden. Einerseits aufgrund der Tatsache, dass bei diesen Krediten wie bereits erwähnt eine bestehende oder längerfristige Bankbeziehung vorliegen muss. Andererseits sind wie gesagt darin Umschichtungen bestehender Kreditkartenkredite mit einbegriffen.

134. Dass sich die meisten Kantonalbanken gegenwärtig nicht für die Kundschaft von Prokredit und Aufina interessieren, weil die Kantonalbanken (wie auch die Grossbanken) den Privatkredit, wenn überhaupt, dann bloss wegen erhoffter positiver Auswirkungen auf die Kundenbindung und spätere Geschäftsmöglichkeiten vergeben, wurde in mehreren Stellungnahmen deutlich. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Kantonalbanken das Konsumkreditgeschäft durch die Lisca AG verstärkt aufnehmen könnten, erscheint angesichts [...] (Geschäftsgeheimnis) zur Zeit gering. Doch haben sie mit der Lisca AG ein Vehikel zur Verfügung, welches über das notwendige Know-how verfügt und im Markt bekannt ist, was gegebenenfalls den Wiedereinstieg in den Konsumkreditmarkt bzw. den Ausbau ihrer Stellung darin erleichtern würde.

135. Massgebend für die Beurteilung der neuen oder verstärkten direkten Konkurrenzierung von Prokredit und Aufina einerseits durch inländischer Banken andererseits ist jedoch die Antwort auf die Frage, ob es wahrscheinlich ist, dass diese Banken in kurzer Frist Ihre Anstrengungen im Bereich der Konsumkredite ausdehnen würden, falls Aufina und Prokredit ihre Zinssätze nach dem Zusammenschluss erhöhten und sich daraus bessere Gewinnmöglichkeiten ergäben. Falls ein Marktzutritt bzw. ein substantieller Ausbau der Aktivitäten wahrscheinlich ist und in kurzer Zeit erfolgen kann, werden Aufina und Prokredit nicht in der Lage sein, die Zinssätze dauerhaft zu erhöhen.

136. Beim Marktzutritt sind keine nennenswerten Marktschranken zu überwinden. Wie die Parteien überzeugend darlegen konnten, ist jedes national tätige Finanzinstitut aufgrund seines Know-hows und der bestehenden Vertriebskanäle in der Lage, mit relativ geringem Aufwand in den Konsumkreditmarkt einzusteigen bzw. sein Konsumkreditangebot um- oder auszubauen, indem neue Kredit- und Leasingprodukte angeboten werden. Die Angebotsumstellungsflexibilität ist hoch. Auch „Image-Gründe“ dürften keine wesentlichen Marktschranken darstellen. Ein Wiedereinstieg z.B. der neuen UBS in den Konsumkreditmarkt ist deshalb jederzeit und innerhalb weniger Monate möglich. Dasselbe gilt wie ausgeführt für die Kantonalbanken (Lisca AG). Die CS ist als Konkurrent auf dem Konsumkreditmarkt schon vertreten.

137. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Wahrscheinlichkeit von Zutritten auf dem Konsumkreditmarkt durch inländische Banken bzw. deren Vordringen auch in das Hochpreissegment im Falle verbesserter Gewinnaussichten angesichts von Zinserhöhungen der GECC-Tochterbanken besteht. Die inländischen Banken können somit als aktuelle bzw. potentielle Konkurrenten von Prokredit und Aufina im sachlich relevanten Markt betrachtet werden.

b) Ausländische Banken

138. Das Auftreten von GECC im schweizerischen Konsumkreditmarkt erfolgte über Akquisitionen. In den letzten Jahren war der Vorstoss insbesondere von zwei Konkurrenten in den europäischen Markt für Consumer-Banking festzustellen: Banco Santander und Citibank. Es stellt sich die Frage, ob sie bzw. andere ausländische Finanzdienstleistungsunternehmen nach einem Zusammenschluss von Aufina und Prokredit im Schosse der GECC noch als potentielle Konkurrenten für den Schweizer Markt in die Marktbetrachtung einbezogen werden können.

139. Das Konsumkreditgeschäft ist zwar heute nicht mehr zwingend von der physischen Präsenz des Kreditgebers abhängig. So hat z.B. die Bank Prokredit im August 1997 als Schritt in Richtung Telefon- und Elektronik-Banking mit Erfolg eine Telefon-Kredit Hotline eingeführt.

140. Das erfolgreiche Auftreten eines ausländischen Wettbewerbers wäre somit nicht mehr notwendigerweise vom Aufbau eines flächendeckenden Filialnetzes abhängig. Für einen potentiellen ausländischen Wettbewerber würde dies bedeuten, dass er in der Schweiz bloss eine Vertriebszentrale mit den entsprechenden technischen Ausrüstung einrichten müsste. Die eigentliche Kreditsachbearbeitung könnte unter diesen Voraussetzungen grenzüberschreitend und ohne zusätzliche Investitionen in die Infrastruktur erfolgen.

141. Zu beachten gilt es aber zusätzlich, dass ein erfolgreicher Markteintritt eines ausländischen Wettbewerbers wesentlich vom Bekanntheitsgrad desselben abhängt. Das Erreichen einer derjenigen der Prokredit und der Aufina vergleichbaren Medienpräsenz erfordert grosse Werbeanstrengungen. Ein neuer Wettbewerber müsste m.a.W. bedeutende Summen investieren, um überhaupt in das Bewusstsein des Schweizer Publikums einzudringen.

142. Den überzeugendsten Hinweis auf die Bedeutung der beträchtlichen Werbeaufwendungen haben die Parteien selber geliefert. In der Rangliste der 50 grössten Werbebudgets der Schweiz rangiert die Prokredit auf dem 28-igsten, die Aufina auf dem 49-igsten Platz. Diese Beträge (> 13 und > 8 Mio.), welche schon die beiden etablierten Konsumkreditbanken aufwenden müssen, um einen bestehenden Namen beim Publikum in Erinnerung zu halten, verdeutlichen die massiven sunk costs, welche ein neuer Wettbewerber zu riskieren bereit sein müsste. Dieser Investitionsbereitschaft sind bei einem gesamthaften Marktvolumen von 5,1 Mrd. CHF sachimmanent Grenzen gesetzt.

143. Ein Marktzutritt ausländischer Banken erscheint somit als wenig wahrscheinlich. Diese Einschätzung wird auch durch die eingegangenen Stellungnahmen ausländischer potentieller Wettbewerber (teilweise am Erwerb der Prokredit interessiert gewesene Institute) bestätigt.

144. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Neu- bzw. Wiedereintritte inländischer Banken in den Konsumkreditmarkt - und insbesondere auch in das Hochpreissegment - möglich und bei entsprechenden Gewinnaussichten auch als wahrscheinlich erscheinen. Aufgrund der bisherigen Präsenz der schweizerischen Bankinstitute im Konsumkreditmarkt, ihres dadurch erworbenen Know-hows sowie ihrer grossen Angebots-umstellungsflexibilität ist zu erwarten, dass sie bei entsprechenden Gewinnaussichten (sprich: Zinssatzerhöhungen von Prokredit und Aufina) auch in das Segment der hochpreisigen Konsumkredite zutreten würden. Marktzutritte aus dem Ausland scheinen dagegen wenig wahrscheinlich.

4.2.3.3 Schlussfolgerungen für den Markt für Konsumkredite

145. Unter Berücksichtigung der voraussichtlichen Marktentwicklung (hohe Angebotsumstellungsflexibilität, günstige Marktzutrittsprognosen für inländische [potentielle] Konkurrenten) kann die Möglichkeit, dass die GECC durch die Übernahme von Prokredit eine marktbeherrschende Stellung erlangen wird, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, als wenig wahrscheinlich bezeichnet werden. Sowohl der aktuelle wie auch der potentielle Wettbewerb werden sich in disziplinierender Weise auf den Marktleader auswirken, und zwar unbesehen, ob man die Marktabgrenzung enger (hochpreisige Konsumkredite) oder weiter (alle Konsumkredite) zieht. Dem Konsumenten stehen im Falle eines Missbrauchs von der Marktstellung des Marktleaders ausreichende Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung.

146. Diese Erwägungen führen zum Ergebnis, dass der Zusammenschluss auch auf dem Markt für Konsumkredite aus wettbewerbsrechtlicher Sicht unproblematisch ist.

4.2.3.4 Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem andern Markt (Art. 10 Abs. 2 lit. b KG)?

147. Angesichts dieses Resultats erübrigt sich, auf das Argument der Parteien einzugehen, dass die Verstärkung der Marktposition der GECC durch den Erwerb der Prokredit Verbesserungen der Wettbewerbsverhältnisse in einem andern Markt bewirke, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiege.

5 Ergebnis

148. Das Zusammenschlussvorhaben wird auf den betroffenen Märkten keine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründen oder verstärken. Der Zusammenschluss ist daher wettbewerbsrechtlich unproblematisch.

149. Den Parteien wird somit die Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses mitgeteilt.

B 2.3	5. Zusammenschlussvorhaben Batrec AG - Recymet SA
-------	--

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

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

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

Zusammenfassung

Am 1. Februar 1999 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über das Zusammenschlussvorhaben zwischen der Batreco AG (Wimmis BE), im Folgenden Batreco, und der Recymet SA (Aclens VD), im Folgenden Recymet, erhalten. Batreco beabsichtigte, die alleinige Kontrolle über den Bereich Batterienverwertung der Recymet zu erlangen.

Batreco ist in der industriellen Verarbeitung von Altbatterien und anderen Sonderabfällen tätig. Batreco wurde 1998 umfassend saniert; die Bilanz und die Liquidität sind zurzeit wieder intakt. Recymet ist vornehmlich in der Entsorgung von Altbatterien aktiv. Recymet hat eine Teilsanierung hinter sich, ist jedoch nach wie vor überschuldet und überlebt vor allem aufgrund von Subordinationserklärungen der Aktionäre.

Recymet und Batreco verfügen weltweit als einzige über Anlagen, die eine Batterienverwertung im Sinne des schweizerischen Umweltschutzgesetzes gewährleisten. Die Schweiz ist das einzige Land, in welchem Batterien nicht deponiert werden dürfen. Die ca. 2200 t Batterien, die in der Schweiz jährlich in den Verwertungskreislauf gelangen, machen daher das gesamte Marktvolumen aus.

Batreco und Recymet verfügen je einzeln über Verwertungskapazitäten, die dieses Marktvolumen übersteigen. Die Kostenstruktur der Verwertungsanlagen zeichnet sich durch sehr hohe fixe und tiefe variable Kosten resp. steigende Skalenerträge aus. Dies bedeutet, dass die durchschnittlichen Verwertungskosten pro Tonne umso tiefer sind, je mehr Tonnen ein Unternehmen verwertet. Da das Marktvolumen am kostengünstigsten von einem einzigen Unternehmen verwertet werden kann, liegt ein natürliches Monopol vor.

Die Wettbewerbskommission hat 1997 in ihrer Untersuchung gegen Batreco rechtskräftig festgestellt, dass Batreco auf dem schweizerischen Markt für die stoffliche Verwertung von Altbatterien über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 Kartellgesetz (KG) verfügt (vgl. RPW 1997/4, 490 ff.). Da das vorliegende Zusammenschlussvorhaben diesen Markt betrifft, ist die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG gegeben.

Batreco und Recymet sind die einzigen aktuellen Wettbewerber auf dem relevanten Markt. Auf Batreco entfiel 1998 ein Marktanteil von 71,5%, auf Recymet ein solcher von 28,5%. Nach Durchführung des Zusammenschlussvorhabens wird Batreco auf dem relevanten Markt somit die einzige Anbieterin sein. Da die potentielle Konkurrenz gering ist, wird durch das Zusammenschlussvorhaben die marktbeherrschende Stellung von Batreco verstärkt.

Die in der Rechtsprechung der europäischen und deutschen Wettbewerbsbehörden entwickelte "Failing Company Defence" besagt, dass

ein Unternehmenszusammenschluss unter folgenden Voraussetzungen nicht als eigentliche Ursache für die Verschlechterung der Struktur eines Marktes betrachtet werden dürfe:

1. Eines der beiden am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen würde ohne externe Unterstützung innert kurzer Zeit vom Markt verschwinden.
2. Im diesem Fall würde das andere am Zusammenschlussvorhaben beteiligte Unternehmen die meisten oder sämtliche Marktanteile des verschwundenen Unternehmens absorbieren.
3. Es gibt keine für den Wettbewerb weniger schädliche Lösung als das Zusammenschlussvorhaben.

Recymet ist gegenwärtig trotz Teilsanierung überschuldet und überlebt nur dank Subordinationserklärungen der Aktionäre und einem Zinszahlungsmoratorium. Per Ende Oktober 1998 wies Recymet einen Verlust aus dem laufenden Geschäft aus. In der Bilanz von Recymet per Ende Oktober 1998 stehen den Aktiven Verbindlichkeiten in nahezu doppelter Grössenordnung gegenüber. Die vorgetragenen Verluste übersteigen das Aktienkapital von CHF 7,5 Mio. bei weitem.

Die provisorische Erfolgsrechnung von Batrec weist für 1998 – unter Berücksichtigung der Sanierungsmassnahmen in zweistelliger Millionenhöhe – einen kleinen Betriebsgewinn aus, Reserven oder vorgelegene Gewinne bestehen keine. Würde der Marktanteil von Batrec in Zukunft unter das heutige Niveau sinken, würde Batrec erneut in die Verlustzone geraten.

Aus diesen Tatsachen geht hervor, dass ohne externe Unterstützung eines der beiden Unternehmen innert kurzer Zeit vom Markt verschwinden würde. Falls Recymet dank namhafter Unterstützung durch die Aktionäre weiterhin im Markt verbleiben würde, wäre das Überleben von Batrec schon kurzfristig gefährdet. Sobald die Recymet-Aktionäre das Zinszahlungsmoratorium oder die Subordinationserklärungen aufheben, muss Recymet den Konkurs anmelden.

Da Batrec und Recymet auf dem relevanten Markt die beiden einzigen Anbieter sind und die potentielle Konkurrenz gering ist, würde das eine Unternehmen beim Verschwinden des anderen Unternehmens dessen gesamte Marktanteile absorbieren.

Weil das Bestehen einer einzigen Anbieterin beim gegenwärtigen Marktvolumen die effizienteste Marktstruktur darstellt, gibt es zudem keine im Vergleich zum Zusammenschlussvorhaben weniger schädliche Lösung.

Im vorliegenden Fall sind die Bedingungen der Failing Company Defence somit erfüllt. Das Zusammenschlussvorhaben kann nicht als eigentliche Ursache für die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Batrec angesehen werden. Die Voraussetzungen für eine

Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

Wie die Wettbewerbskommission bereits anlässlich der Untersuchung von 1997 erkannt und gegenüber dem Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft festgehalten hat (vgl. RPW 1997/4, 504 ff.), hat sich im vorliegenden Fall bestätigt, dass die im Vergleich zum Ausland strengere Umweltschutzgesetzgebung zu hohen Verwertungskosten in der Schweiz führt. Insbesondere dadurch, dass das Deponieren von Altbatterien lediglich in der Schweiz verboten ist, ist wirksamer Wettbewerb zwischen verschiedenen Verwertungsunternehmen nicht möglich.

B 2.3	6. Zusammenschlussvorhaben Daimler Chrysler AG - ABB Daimler-Benz Transportation GmbH
-------	--

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

Zusammenfassung

Am 18.2.99 ist die Meldung zum genannten Zusammenschlussvorhaben eingegangen. Es geht darum, dass *DaimlerChrysler AG die Beteiligung der ABB aus dem 50:50-Gemeinschafts-Unternehmen Adtranz übernimmt*. Auf dem Markt ändert im Grunde nichts: im Bereich der Bahntechnik (Züge/Wagen/Lokomotiven/Signalbau etc.) gibt ABB seine bisher nur über die Adtranz-Beteiligung ausgeübte Tätigkeit auf und scheidet aus dem Markt aus. DaimlerChrysler führt seine ebenfalls nur über Adtranz ausgeübte Tätigkeit jetzt allein aus. Wir haben also aktuell gleichviel Marktteilnehmer wie vorher. Das Vorhaben ist aber nach der Praxis der WEKO (z.B. "Anzeiger von Uster", RPW 1998/1 S. 95) trotzdem meldepflichtig.

Der *Zusammenschluss von Daimler-Benz und Chrysler* wurde 1998 gemeldet und von der WEKO als problemlos beurteilt (RPW 1998/3 418 ff.). Die 50:50-Beteiligung an Adtranz bestand bereits seit 1995.

Die WEKO hat den *Zusammenschluss Adtranz CH - Schindler Waggon AG* Ende 1997 ebenfalls als unbedenklich beurteilt (RPW 1997/4 532 ff.), obwohl Marktanteile bis zu 100 % vorlagen (gemessen am schweizerischen Markt). Sie stellte fest, dass mehrere starke Anbieter auf dem Markt sind und es einzig an den Nachfragern liegt, den Wettbewerb durch internationale Ausschreibung spielen zu lassen. Die Nachfrager tun dies zunehmend (globaler, mindestens europäischer Markt). Jährliche Marktanteile sagen wegen des zyklischen Bestellrhythmus zudem wenig aus.

Die Marktanteile sind für 1998 etwas tiefer als 1997 (Reisezugwagen, noch über 60 % in der Schweiz). Nicht geprüft wurde damals der Markt für Instandhaltung/Modernisierung, da er von der Uebernahme der Schindler Waggon AG nicht betroffen war (Ausgliederung der Stadler Fahrzeuge AG, Bussnang). Für 1998 weist die Meldung hier einen Marktanteil zwischen 40 und 50 % nach. Dazu ist zu bemerken, dass die Bahnen selbst Werkstätten unterhalten, die diese Arbeiten ebenfalls leisten können. Stadler ist zudem nach wie vor stark in diesem Bereich engagiert. Zudem führt in aller Regel der Wagenlieferant auch die Modernisierungen durch, also ist dieser Marktanteil Folge früherer Marktanteile.

Aus all diesen Gründen ist das Zusammenschlussvorhaben offensichtlich unbedenklich.

B 2.3	7. Zusammenschlussvorhaben Carrier Corporation - Toshiba Corporation
-------	---

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

Zusammenfassung

Carrier Corp. ist Teil der United Technologies Corp. (USA), zu der u.a. Otis (Aufzüge/Rolltreppen) und Pratt & Whitney (Flugzeugmotoren/Raketenantriebe) gehören. Toshiba Corp. (Japan) bietet vor allem elektronische und elektrische Systeme an. Carrier und Toshiba sind im HVAC-Bereich tätig (Heizung, Ventilation, Lüftung, Klimatisierung/Kühlung) und legen weltweit ihre HVAC-Bereiche zusammen. Das joint venture zielt insbesondere auf Japan und andere asiatische Märkte.

In der Schweiz gibt es nur Ueberschneidungen beim RLC (Resident Light Commercial = Haus- und Gewerbeklimatisierung mit kleineren Geräten). Dieser Markt ist deutlich zu trennen vom Markt für kommerzielle und industrielle Geräte bzw. Systeme (anderer Preis, andere Vertriebskanäle, kein Unterhalt/Service bei RLC). Auf diesem Markt sind neben vielen KMU insbesondere eine ganze Reihe von Multis tätig, die meist direkt aus asiatischen und auch amerikanischen Werken liefern. In den letzten Jahren sind weitere Firmen in Europa aufgetreten. Die Grenzen sind offen, die Transportkosten fallen nicht ins Gewicht. Geräte und Preise unterscheiden sich innerhalb Europas kaum, auch nicht beim Design.

Der schweizerische Markt ist 1997 um 11 % eingebrochen, hat sich 1998 um 16 % erholt. Die beiden joint venture-Partner hatten 1996

noch einen Marktanteil RLC in der Schweiz von knapp über 20 %, der 1997 und 1998 unter 20 % absank (nach Umsatz). Nach Stückzahlen zeigt die Entwicklung von über 30 % 1996 auf weniger als 25 % 1998. Für die betroffenen Märkte sind die Umsatzzahlen bedeutend gewichtiger, so dass davon ausgegangen werden kann, dass *nach den Entwicklungen der drei letzten Jahre keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU mehr bestehen*. Zudem ist die Konkurrenzsituation so, dass auch nach Stückzahlen keine Bedenken aus wettbewerblicher Sicht bestehen.

Aus all diesen Gründen ist das Zusammenschlussvorhaben offensichtlich unbedenklich

B 2.3	8. Zusammenschlussvorhaben Axel Springer Verlag AG - Handelszeitung und Finanzrundschau 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

Zusammenfassung

Obengenanntes Zusammenschlussvorhaben wurde dem Sekretariat am 9. Februar 1999 gemeldet. Dabei beabsichtigte die Axel Springer Verlag AG, mindestens 82,2% der Aktien der Handelszeitung und Finanzrundschau AG zu erwerben. Ziele des Zusammenschlussvorhabens waren einerseits die Generierung von zusätzlichen Wachstumsimpulsen durch die Duplizierung erfolgreicher Publikationskonzepte im Ausland sowie eine raschere Entwicklung des Electronic Publishing, das sich im internationalen Verbund effizienter vorantreiben lässt.

Die Handelszeitung und Finanzrundschau AG ist in erster Linie Herausgeberin der "Handelszeitung". Weiter publiziert sie verschiedene Wirtschaftsbroschüren, ist im Buchvertrieb (vorwiegend Management-Literatur) tätig und hat in den letzten Jahren ihre Aktivitäten als Veranstalterin von Management-Seminaren ausgebaut.

Die Axel Springer Verlag AG ist vor allem im Bereich Zeitungen (u.a. Bild-Gruppe, Welt-Gruppe) und Zeitschriften (Programmzeitschriften, Frauenzeitschriften, Sport- und Autozeitschriften, Familien- und Kochzeitschriften, Spezial- und Fachzeitschriften) tätig. Sie ist weiter aktiv im Bereich elektronische Medien (interaktive Medien, Fernsehen und Hörfunk) und betreibt eigene Druckereien zur Produktion der Verlagsobjekte.

Jener Markt, der am ehesten als betroffener Markt im Sinne der VKU in Frage kam, war derjenige für Printprodukte mit Wirtschaftsinformationen in der Deutschschweiz. Gemäss Erhebungen der WEMF AG erreichte die "Handelszeitung" im besagten Markt einen Anteil von weniger als 30% der verkauften Exemplare. Indem nur noch "Cash" (Ringier-Verlag) und "Finanz und Wirtschaft" (Verlag Finanz u. Wirtschaft AG) als aktuelle Konkurrenzblätter berücksichtigt wurden, war von einer sehr engen Marktabgrenzung auszugehen. Insbesondere "Bilanz" (Curti Medien) und der Wirtschaftsteil der "NZZ" wären wohl korrekterweise ebenfalls als substituierbar anzusehen gewesen. Da der Zusammenschluss mangels entsprechender Aktivitäten seitens der Axel Springer Verlag AG auch zu keiner Marktanteilsaddition führte, war nach Massgabe von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU von der Unbedenklichkeit des Vorhabens auszugehen.

B 2.3	9. Zusammenschlussvorhaben Direct Center Luzern AG (Post) - Jaeggi & Weibel AG (Bertelsmann)
-------	---

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

Zusammenfassung

Am 28. September 1998 erhielt die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen der Direct Center Luzern („DCL“), einer 100% Tochter der Schweizer Post, Bern, und der Jaeggi & Weibel AG, Sitz in Zürich („JW AG“), welche eine 100% Tochter der AZ Bertelsmann Direct GmbH, Gütersloh, Deutschland, ist. Danach beabsichtigen die beiden Unternehmen, zwei Gemeinschaftsunternehmen, die neue Data Center und die Swiss Post Data Services AG („SP Data Services“), zu gründen.

Die neue Data Center wird ausschliesslich die Adressenaktualisierung und die Datenerfassung betreuen. Die SP Data Services führt als Geschäftstätigkeit den Direkt-Marketing Bereich (die Betriebsteile Data-Full-Service und Data-Management).

Nachgefragt wird die Dienstleistung des Direkt-Marketing von Unternehmen aus dem Produktions- und Dienstleistungssektor, welche Adressdaten nachfragen, um Werbematerial einer bestimmten Zielgruppe, d.h. potentiellen Kunden, zuzusenden. Zum Teil fragen sie zusätzlich das Verpacken, Erstellen, die Aufbereitung und den Versand des Werbematerials (sog. Full-service) nach. Das Direkt-Marketing ist somit ein Teilbereich des Werbemarktes. Die kumulier-

ten Marktanteile der JW AG und der DCL ergeben keine 20% Marktanteil. Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU kann deshalb für den Direkt-Marketing Markt von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden.

Die Dienstleistung der Adressenaktualisierung wird von sämtlichen Unternehmen mit eigenen Adressdateien (sog. Selbstversorger) und von sämtlichen Unternehmen, die im Bereich des Direkt-Marketings tätig sind, nachgefragt. Die neue DCL erstellt ihre Adressendatenbanken durch die Informationen der Post. Im Rahmen einer Vorabklärung gemäss Art. 26 KG überprüfte das Sekretariat bereits 1997 das Geschäftsverhalten der DCL (RPW 1997/2, S. 138ff) und kam zum Schluss, dass grundsätzlich keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen, dass aber u.U. eine exklusive Belieferung der DCL durch die Post mit personenbezogenen Daten den relevanten Markt zugunsten einer Tochterunternehmung der Post verfälschen könnte. Das Zusammenschlussvorhaben führt zu keiner Marktanteilsaddition; es schliessen sich auch keine potentiellen Konkurrenten zusammen. Es ergeben sich deshalb keine Anhaltspunkte dafür, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder eine - allenfalls bereits bestehende marktbeherrschende Stellung - verstärkt wird.

B 2.3	10. Weitere Zusammenschlüsse
-------	-------------------------------------

Die Wettbewerbskommission hat im Rahmen der vorläufigen Prüfung folgende Zusammenschlüsse als unproblematisch beurteilt:

- Ford Motor Company - Volvo Car Corporation
- Swisscom AG – Unisource Business Networks (Schweiz) AG
- TA-Media AG - Radio Zürisee AG

B 2	8. Diverses Divers Diversi
B 2.8	1. X SA

Feststellungsverfügung der Wettbewerbskommission

Décision constatatoire

Decisione di accertamento

Demande de décision constatatoire de X SA

A. Etat de fait

1 Requête de X SA du 11.10.1996

1. Le 11 octobre 1996, le représentant de l'entreprise X SA s'est adressé au Secrétariat de la Commission de la concurrence en requérant l'ouverture d'une enquête préalable, en raison du fait que les producteurs de ciment, en particulier le groupe Jura-Cement, se trouvent dans une position de monopole et rachètent de manière systématique leurs clients. Il prit des conclusions tendant à ce qu'il plaise au Secrétariat:

"a) d'enregistrer la présente plainte et, le cas échéant, ordonner une enquête préalable (Art. 26) ou une enquête (Art. 27);

b) rendre une décision constatant que les groupes Jura-Cement et Holderbank occupent en Suisse une position dominante sur le marché du ciment situé en amont de celui des matériaux de construction;

c) informer le groupe Jura-Cement et, le cas échéant, les autres cimentiers suisses, que, compte tenu d'une présomption de leur part de détention d'une position dominante sur le marché du ciment, position dominante devant encore être formellement constatée par une décision passée en force, il leur est d'ores et déjà fait interdiction de procéder à toute nouvelle opération de concentration dans le cadre d'une intégration verticale sans notification préalable, les dispositions de l'art. 9, al. 4 LCart leur étant dès maintenant applicables. "

2. Bien que la LCart ne donne aucun droit à l'ouverture d'une enquête préalable, le Secrétariat a néanmoins ouvert d'office une enquête préalable le 16 juin 1997, suivant partiellement la requête déposée, pour les motifs suivants :

"1. Application de l'art. 9 al. 4 LCart

Selon l'article 9 al. 4 LCart, il faut qu'il y ait une décision passée en force pour établir qu'une entreprise participante occupe une position dominante. Or, il n'existe pas de telle décision, s'agissant du marché du ciment, qui mettrait en particulier en cause l'entreprise Jura Cement-Fabriken. Pour cette raison déjà, l'art. 9 al. 4 LCart n'est pas applicable en l'espèce.

Il n'existe pas de présomption légale de position dominante en droit suisse. Une application anticipée de l'art. 9 al. 4 LCart (conclusion c) n'est dès lors pas possible.

La question de savoir s'il est possible d'engager une procédure uniquement dans le but de faire constater une position dominante (conclusion b) peut demeurer ouverte, dans la mesure où des abus sont allégués.

2. Pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante selon l'art. 7 LCart

Peut constituer une restriction illicite à la concurrence selon l'article 7 LCart, le fait pour un acheteur de s'intégrer verticalement par des achats d'entreprises actives sur les marchés en amont, lorsque, comme dans le cas présent, une entreprise (en l'occurrence Jura Cement) rachète des entreprises clientes et de ce fait livre du ciment à la fois à ses filiales et à leurs concurrents (en l'espèce X SA).

Afin de vérifier s'il existe des indices d'un abus de position dominante, le secrétariat ouvre une enquête préalable selon l'article 26 LCart afin de vérifier le comportement de l'entreprise Jura Cement Fabriken en ce qui concerne l'intégration verticale d'entreprises de matériel de construction (conclusion a). "

3. Le 18 mai 1998, le Secrétariat a clos sans suite l'enquête préalable. Le rapport final a été remis aux parties. X SA a été informée de la possibilité d'en exiger une version française.

2 Demande d'une décision constatatoire

4. Par courrier du 23.6.1998, X SA, après réception du rapport final, a demandé une décision formelle.

B. Considérants

1 Formellement/Prétention à l'obtention d'une décision constatatoire

5. Le rapport final d'une enquête préalable n'est pas une décision au sens de l'article 5 al. 1 de la Loi fédérale sur la procédure administrative (LPA), du fait qu'il ne crée, ne modifie, ni ne constate de façon contraignante les droits ou obligations d'une partie. Une enquête

préalable a uniquement pour but de déterminer, en fait et en droit, de manière sommaire, s'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence. Le cas échéant, le Secrétariat, d'entente avec un membre de la présidence de la Commission de la concurrence, ouvre une enquête au sens de l'article 27 LCart; dans le cas contraire, le rapport final met fin à la procédure.

6. L'enquête préalable est une procédure du Secrétariat au terme de laquelle il n'y a pas de décision en force "sur les mesures à prendre" au sens de l'article 30 LCart. La requête de X SA peut donc tout au plus être interprétée comme une demande visant à adopter une décision constatatoire.

7. X SA ne précise pas le genre de décision qu'elle sollicite. Elle dépose sa demande en réaction à l'envoi du rapport final. Placée dans ce contexte, la requête peut être considérée comme (i) une demande d'ouverture d'une enquête au sens de l'article 27 LCart, (ii) une demande en vue de la constatation de l'existence ou de l'inexistence d'indices d'une restriction illicite à la concurrence, ou (iii) une demande en vue de la constatation du caractère licite ou illicite d'une restriction à la concurrence selon la LCart, respectivement des droits et obligations qui en découlent.

8. Le contenu d'une décision cartellaire porte toujours sur les droits et obligations d'une partie (art 5 LPA). C'est pourquoi, une décision constatant l'existence ou l'inexistence d'indices d'une restriction illicite à la concurrence est impossible. La LCart ne confère aux personnes concernées aucun droit à l'ouverture d'une enquête au sens de l'article 27 LCart (décision de la Commission de recours pour les questions de concurrence, in RPW/DPC 1997/4, p. 608). Une constatation, dans un cas particulier, (i) de l'existence de ce droit ou (ii) d'indices d'une restriction à la concurrence n'est donc pas possible.

9. L'enquête préalable remplit une fonction de triage. Elle permet en effet une sélection des cas qui nécessitent une enquête et de préparer déjà celle-ci. Elle est donc menée en fonction de ce qui est nécessaire pour constater l'existence ou l'inexistence d'indices. L'état de fait n'établit pas la présence de preuves strictes. En conséquence, (iii) l'enquête préalable ne fournit aucune base pour une décision au fond au sujet du caractère licite ou illicite d'une restriction à la concurrence. Il résulte de ce qui précède que rien ne peut être décidé dans le cas particulier au sujet des droits et des obligations des personnes concernées.

10. Par conséquent, une décision constatatoire d'un des types mentionnés n'est pas possible. La Commission de la concurrence n'entre donc pas en matière sur la requête.

C. Frais

11. En vertu de l'art. 2 de l'Ordonnance du 25 février 1998 sur la perception d'émoluments dans la loi sur les cartels (Ordonnance sur les émoluments LCart), est notamment tenu de s'acquitter d'un émolument "celui qui occasionne une procédure administrative". En l'espèce, la procédure a été occasionnée par X SA.

12. Selon l'art. 4 al. 1 et 2 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart, "l'émolument se calcule en fonction du temps consacré. Il s'élève à 130 francs l'heure." En l'occurrence, le temps consacré est de 21,5 heures. L'importance économique de l'objet en question ne justifie ni une augmentation ni une réduction de l'émolument.

13. Selon l'article 5 al. 1 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart, "l'assujetti est également tenu de rembourser les débours du secrétariat de la Commission de la concurrence". En l'espèce, ils se montent à SFr. 41.90.

D. Dispositif

La Commission de la concurrence décide:

1. de ne pas entrer en matière sur la requête de X SA visant à l'adoption d'une décision constatatoire.
2. frais
3. notifiée

B 5 Bundesrat
Conseil fédéral
Consiglio federale

B 5	1. Tarif concernant les traitements ambulatoires
-----	---

Arrêt du Conseil fédéral suisse du 3 février 1999 vu le recours

- 1. de l'Association des Médecins du Canton de Genève (AMG), rue Micheli-Ducrest 12, 1211 Genève 4,*
- 2. de l'Association des Cliniques Privées de Genève (ACPG), rue de Saint-Jean 98, 1201 Genève, représentées toutes deux par Me Charles-André Junod, rue Toepffer 17, 1206 Genève,*

contre

- 1. le Conseil d'Etat de la République et Canton de Genève,*
- 2. les Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG), représentés tous deux par Me Bernard Ziegler, cours des Bastions 14, 1211 Genève 12,*
- 3. la Fédération genevoise des assureurs-maladie (FGAM), ch. des Clochettes 12-14, 1206 Genève,*

en matière de

tarif concernant les traitements ambulatoires, les examens ambulatoires ainsi que les interventions de chirurgie ambulatoire.

Considérant

I.

- 1. jusqu'au 1er mars 1998, les prestations ambulatoires étaient régies dans le canton de Genève par un règlement du 3 juin 1981 du Conseil d'Etat fixant le tarif-cadre des prestations médicales pour*

soins ambulatoires aux assurés des caisses-maladie (J 3 05.12 de la législation genevoise).

Comme ce tarif, établi pour les médecins privés, ne mentionnait pas bon nombre des prestations, les Hôpitaux Universitaires de Genève (ci-après : HUG) ont appliqué à ces prestations le Catalogue des prestations hospitalières (ci-après : CPH) avec une valeur du point à 4 fr. 60.

Dès l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (ci-après : LAMal), qui prévoit un tarif distinct pour les soins ambulatoires et semi-hospitaliers fournis à l'hôpital, la Fédération genevoise des assureurs-maladie (ci-après : FGAM) a refusé d'honorer les factures des HUG concernant les prestations fournies à leurs patients ambulatoires, estimant que le tarif-cadre des prestations médicales pour soins ambulatoires était calculé sur la base des coûts des cabinets privés et qu'il n'était pas adapté aux HUG. Par lettre du 2 janvier 1997, elle a demandé au Conseil d'Etat d'édicter un tarif officiel pour les prestations ambulatoires dispensées au sein des HUG et a proposé d'appliquer le Catalogue des prestations hospitalières avec une valeur du point à 3 fr. 50 jusqu'à l'établissement d'un tarif officiel. Dans l'intervalle, elle a recommandé à ses membres d'appliquer le tarif CPH, avec une valeur du point à 3 fr. 50 pour les prestations non listées dans le tarif-cadre ambulatoire.

2. Le 18 décembre 1997, les HUG et la FGAM ont conclu une Convention concernant les traitements ambulatoires, les examens ambulatoires ainsi que les interventions de chirurgie ambulatoire (ci-après : la Convention).

Aux termes de l'article 2.2 de la Convention, sont considérés comme traitements ambulatoires, examens, ambulatoires ou interventions de chirurgie ambulatoire toutes les interventions pratiquées sur des patients qui peuvent retourner chez eux le même jour ou tout au plus après une nuitée, mais pas plus de 24 heures après leur admission au sein des HUG.

Pour les prestations médicales et médico-techniques, les examens radiologiques, la radiothérapie, les frais de la salle d'opération et de la salle de réveil, la physiothérapie et l'ergothérapie, la Convention renvoie au Catalogue des prestations hospitalières (art. 3.1.1). Elle a fixé la valeur du point à 4 francs, sauf pour les actes de physiothérapie et d'ergothérapie pour lesquels elle l'a arrêtée respectivement à 2 fr. 90 et 0 fr. 90 (art. 3.1.2). Pour les interventions de chirurgie ambulatoire, le tarif est calculé en fonction de la durée de l'acte. Le prix du quart d'heure s'élève à 10 points et la valeur du point à 4 francs (art. 3.1.5 et 3.1.6).

Appliquant le principe du tiers payant, la Convention dispose que les HUG transmettent leurs factures, avec copies aux assurés, directement

aux assureurs-maladie, ces derniers se chargeant de leur paiement (art. 4.1).

Il est prévu que la Convention sera abrogée de plein droit dès l'entrée en vigueur de la structure tarifaire uniforme sur le plan suisse (RETM ; art. 9.2).

3. Par arrêté du 18 février 1998, le Conseil d'Etat du Canton de Genève a approuvé la Convention et a fixé son entrée en vigueur au 1er mars 1998, nonobstant recours.

Au préalable, conformément à l'article 14 de la loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix (LSPr; RS 942.20), le Département cantonal de l'action sociale et de la santé a demandé l'avis du Surveillant des prix. Par lettre du 11 mars 1998, celui-ci a répondu que la sollicitation actuelle de la Surveillance des prix en matière de tarifs de la santé ne lui permettait pas de soumettre à une analyse approfondie tous les tarifs et modifications tarifaires.

4. En date du 16 mars 1998, l'Association des médecins de Genève (ci-après: AMG) s'est adressée à la Commission fédérale de la concurrence. Elle a conclu, préalablement, à l'octroi de mesures provisionnelles visant à suspendre l'effet de la Convention conclue entre les HUG et la FGAM et, principalement, à l'ouverture d'une enquête en conformité avec l'article 27 de la loi sur les cartels. Par rapport final du 30 novembre 1998, le Secrétariat de la Commission de la concurrence a rejeté la demande de l'AMG et décidé de clore la procédure d'enquête préalable sans suite.

Parallèlement, l'AMG a ouvert action devant la Cour de justice du canton de Genève, en concluant à la nullité de la Convention.

5. Par mémoire du 25 mars 1998, l'AMG et l'Association des cliniques privées de Genève (ci-après : ACPG) ont recouru au Conseil fédéral contre l'arrêté du Conseil d'Etat approuvant la Convention conclue entre les HUG et la FGAM.

Elles ont conclu, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif et, principalement, à l'annulation de l'arrêté du Conseil d'Etat.

5.1 Leur argumentation principale est fondée sur l'absence de comptabilité analytique au sein des HUG, absence qui serait contraire à la loi et surtout empêcherait de déterminer quelle est la part des subventions versée au secteur hospitalier «stationnaire» et affectée au secteur ambulatoire.

Selon les recourantes, la baisse des tarifs ambulatoires consacrée par la Convention n'aurait été rendue possible que grâce à l'utilisation, pour le secteur ambulatoire, des subventions publiques octroyées au secteur «stationnaire», ce qui serait en contradiction avec les principes de la LAMal et fausserait la concurrence. Les membres des recourantes ne pourraient pas appliquer les prix fixés par la Convention,

dès lors que ceux-ci ne correspondraient pas aux règles de l'économie d'entreprise. Ils risqueraient, du fait de cette distorsion de concurrence, de perdre une grande partie de leurs clients qui, soumis à la pression des franchises, préféreraient consulter les services ambulatoires des HUG.

Afin de montrer les très grandes différences de tarification entre le secteur ambulatoire des HUG selon la Convention et le même secteur dans le privé, les recourantes présentent quatre exemples, issus d'un sondage qu'elles ont effectué elles-mêmes :

- Consultation et grand status dermatologique (20 minutes)
Secteur privé : Fr. 54.- HUG: Fr. 24.-
- Consultation et petit status dermatologique (<20 minutes)
Secteur privé : Fr. 36.- HUG: Fr. 24.-
- Opération d'une heure en dermatologie
Secteur privé : Fr. 560.- HUG : Fr. 160.-
- Opération d'un tunnel carpien (chirurgie de la main)
Secteur privé : Fr. 366.- HUG : Fr. 80.-

Par ailleurs, les recourantes critiquent le tarif au temps prévu par la Convention pour les interventions chirurgicales. Ce système aurait pour conséquence aberrante que l'acte de l'assistant qui peine à extraire un naevus en 35 minutes serait mieux rémunéré que celui de l'ophtalmologue chevronné qui exécute une opération de la cataracte en 20 minutes. En outre, le tarif horaire du chirurgien de 160 fr. retenu par la Convention serait manifestement insuffisant pour assurer aux médecins privés un revenu convenable puisqu'il faudrait encore déduire les frais généraux, estimés en moyenne à 57.8 %, ce qui aboutirait en moyenne à un montant net de 67 fr. 52.

5.2 Outre la violation de la LAMal, les recourantes invoquent la violation de la liberté du commerce et de l'industrie. En fixant, grâce aux subventions étatiques, le prix des prestations dans le secteur ambulatoire à un niveau «anormalement bas», l'arrêté du Conseil d'Etat approuvant la Convention constituerait une mesure de politique économique laquelle, n'étant pas prévue par la Constitution fédérale, serait contraire à son article 31.

5.3 Enfin, selon les recourantes, l'arrêté contesté violerait la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart, RS 251). La Convention d'où est issu le tarif contesté affecterait de manière notable la concurrence sur le marché, entraînant même la suppression d'une concurrence efficace (art. 5 LCart), et donnerait aux HUG une position dominante au sens de l'article 7 LCart.

6. Chargé de l'instruction en vertu de l'article 75, 1er alinéa, de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA; RS 172.021), le Département fédéral de justice et police (ci-après : DFJP) a invité le

Conseil d'Etat, les HUG, la FGAM et l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après : OFAS) à se prononcer sur le recours et plus particulièrement sur la question de l'effet suspensif.

Par décision incidente du 18 mai 1998, il a rejeté la demande des recourantes en restitution de l'effet suspensif et a déclaré, jusqu'à droit connu sur le fond du recours, la Convention entre les HUG et la FGAM applicable dès le 1er mars 1998.

7. Par mémoire du 19 mai 1998, la FGAM a conclu au rejet du recours, faisant valoir :

- que la Convention litigieuse répondait au principe de la concurrence introduit par la LAMal et qui vise une baisse ou, à tout le moins, une maîtrise des coûts de la santé,
- qu'en l'absence de comptabilité analytique, on ne saurait prétendre que les prix des prestations ne sont pas fixés selon les principes de l'économie d'entreprise et, partant, que les HUG ne couvrent pas leurs coûts avec les recettes,
- qu'il n'est nullement certain que les patients soumis à la pression des franchises soient amenés à consulter de plus en plus fréquemment les services ambulatoires des HUG de préférence à ceux des médecins privés considérés comme chers,
- que les assurés ont le libre choix entre les fournisseurs de prestations admis et aptes à traiter leur maladie (art. 41, 1er al., LAMal) et que l'assureur a la possibilité de leur proposer des contrats avec un choix limité de fournisseurs de prestations, en contrepartie d'une réduction des primes d'assurances (art. 62, 1er al., LAMal),
- que les frais médicaux par assuré dans le canton de Genève s'élèvent à 1'020 francs, alors que, dans le canton de Zurich, ils s'élèvent à 556 fr. 31 et, dans le canton de Bâle-Ville, à 790 fr. 22, la moyenne suisse étant de 474 fr. 88.

8. Par mémoire du 20 mai 1998, le Conseil d'Etat et les HUG ont conclu, avec frais et dépens, au rejet du recours.

Ils invoquent en substance ce qui suit :

8.1 L'actuel système de gestion comptable et budgétaire des HUG permettrait de déterminer les charges et les recettes pour chacun de leurs services. La baisse modérée des tarifs du secteur ambulatoire serait une conséquence de l'augmentation des recettes produites par ce secteur (83 millions en 1996) ; si une partie des subventions est effectivement affectée à ce secteur, elle ne concernerait que la recherche et l'enseignement conformément à la loi cantonale sur les établissements publics médicaux.

Les prestations fournies par les HUG seraient complémentaires à celles des médecins privés : les HUG s'occuperaient des urgences et des diagnostics qui nécessitent le recours à une équipe universitaire, ainsi que de la prise en charge médicale des cas qui ne peuvent être traités en ville à cause de leur extrême difficulté et des analyses et traitements spécifiques offerts par les HUG; ils auraient également pour mission d'accueillir des personnes marginalisées, sans ressources ou nécessitant une prise en charge tant sociale que clinique. Ils fourniraient ainsi des prestations très précises qui n'auraient pas pour objectif de fidéliser les patients et de les prendre en charge de façon durable. L'effet de concurrence redouté par les recourantes serait ainsi, sinon inexistant, du moins considérablement exagéré. La structure des coûts dans un hôpital universitaire serait également très différente de celle d'un cabinet privé, notamment en raison des spécialités médicales, des équipements sophistiqués, du temps consacré à la formation des futurs médecins et du régime des retraites.

Les intimés affirment que la baisse des tarifs entraînée par la Convention serait bien moins importante que le prétendent les recourantes en raison de la diminution des frais administratifs due au système du tiers payant. Si l'on voulait tenir compte du supplément des frais administratifs entraîné par le système du tiers garant, la valeur du point devrait augmenter de 10 pour cent. On arriverait ainsi à 4 fr. 40, voire à 4 fr. 50, ce qui constituerait une différence minimale par rapport à la valeur du point de 4 fr. 60 défendue par les recourantes.

Enfin, les intimés relèvent que, selon la FMH, les tarifs pratiqués à Genève sont les plus chers de Suisse.

8.2 Les intimés contestent que l'arrêté du Conseil d'Etat soit une mesure de politique économique. Pour eux, il s'inscrit pleinement dans le cadre de la politique de la santé publique et constitue une « mesure de politique sociale », conforme au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

8.3 Enfin, concernant le grief de la violation de la loi sur les cartels, les intimés contestent, premièrement, la compétence du Conseil fédéral et, deuxièmement, l'application de la LCart au secteur ambulatoire hospitalier, au motif qu'on serait en présence d'un régime de marché ou de prix de caractère étatique. Dans tous les cas, même si la LCart était applicable, ce grief serait, selon les intimés, mal fondé. L'arrêté ne saurait être considéré comme contraire à l'article 5 LCart, car il influencerait la concurrence sur le marché de manière positive (en favorisant la concurrence) et non de manière négative (en restreignant la concurrence), influence qui serait voulue par la LAMal. Aux yeux des intimés, la Convention ne consacrerait pas non plus une violation de l'article 7 LCart, car les HUG n'occuperaient pas une position dominante sur le marché des soins ambulatoires.

9. Dans ses observations du 8 juillet 1998, l'Office fédéral des assurances sociales propose de rejeter le recours.

Se limitant à l'analyse de la LAMal, il constate

- que l'exigence d'un calcul des coûts et d'un classement des prestations selon une méthode uniforme n'est pas encore en vigueur,
- que l'absence de données chiffrées n'est pas suffisante pour justifier une absence de tarif ou pour conduire à l'annulation d'une convention tarifaire,
- que l'on ne saurait déduire des exemples présentés et des éléments fournis par les recourantes que le tarif contesté constitue une baisse importante par rapport au tarif appliqué jusque-là dans le secteur des HUG vu la très grande différence des structures tarifaires,
- que le tarif genevois, avec une valeur du point à 4 fr., ne paraît pas excessivement bas comparé aux tarifs appliqués dans les autres cantons,
- que la LAMal n'interdit pas un subventionnement du traitement ambulatoire et que, par ailleurs, il n'était pas établi que le secteur ambulatoire des HUG bénéficiait indûment des subventions destinées au secteur «stationnaire».

10. Avant la clôture de l'instruction, les parties ont eu la possibilité de s'exprimer une nouvelle fois sur l'objet du recours.

11. Dans ses déterminations finales du 26 août 1998, la FGAM se rallie pour l'essentiel aux observations présentées par l'OFAS.

12. Dans leur écriture du 28 août 1998, le Conseil d'Etat et les HUG se réfèrent à leur mémoire-réponse, se bornant à examiner les allégations des recourantes sur la grande différence des tarifs entre le secteur ambulatoire privé et le secteur ambulatoire public. Ils contestent l'exactitude des chiffres présentés. Selon eux, la grande différence des structures tarifaires rend très délicate, voire impossible, la comparaison des tarifs entre les hôpitaux publics et les médecins privés.

13. Dans leurs observations finales du 31 août 1998, les recourantes reprennent en substance le raisonnement exposé dans leur mémoire de recours, réfutant pour le surplus les arguments des intimés.

Elles produisent notamment une nouvelle pièce, dont il ressort que le Conseil d'Etat genevois proposerait de réaliser une économie de cinq millions de francs par une limitation «des prestations ambulatoires des Hôpitaux aux seules prestations ambulatoires nécessaires à l'enseignement, à la recherche et à l'action sociale, avec reprise des autres prestations ambulatoires par les médecins de ville». Elles en déduisent que les HUG bénéficieraient actuellement, pour les presta-

tions ambulatoires, de subventions qui ne sont pas exclusivement limitées à la recherche et à l'enseignement.

Pour le surplus, se ralliant à l'avis de l'OFAS et des intimés, elles renoncent à leur grief tiré de la loi sur les cartels, laissant le soin à la Commission de la concurrence d'examiner ce point dans le cadre du recours interjeté par l'AMG (voir ci-dessus cons. 4).

14. Le DFJP, auquel incombe l'instruction des recours en vertu de l'article 75, 1er alinéa, PA, en a chargé la Division des recours au Conseil fédéral de l'Office fédéral de la justice. Il a examiné ses conclusions et a présenté sa proposition au Conseil fédéral sur la suite à donner au recours (art. 75, 3e al., PA).

II.

1. Sur la recevabilité

1.1 Selon l'article 53, 1er alinéa, LAMal, en relation avec l'article 73, 1er alinéa, lettre c, PA, le recours administratif au Conseil fédéral est ouvert contre les décisions des gouvernements cantonaux qui approuvent, en application de l'article 46, 4e alinéa, LAMal, une convention tarifaire conclue entre un ou des fournisseurs de prestations, d'une part, et un ou plusieurs assureurs ou fédérations d'assurance, d'autre part.

1.2 Selon l'article 73, 1er alinéa, lettre c, PA, le recours au Conseil fédéral est recevable contre les décisions prises en dernière instance cantonale et contre les actes législatifs cantonaux pour violation d'autres dispositions du droit fédéral n'appartenant ni au droit privé ni au droit pénal.

Le Conseil fédéral examine ainsi toute violation de droit administratif fédéral, à l'exception des violations du droit privé et du droit pénal. Par attraction de compétence, il juge également du grief d'anticonstitutionnalité à la condition que la disposition constitutionnelle soit en relation avec l'application du droit administratif fédéral dont la violation est invoquée ou, plus précisément, que les violations de la constitution et de la législation fédérale se déterminent réciproquement (cf. Pierre Moor, *Droit administratif*, volume II: Les actes administratifs et leur contrôle, Berne 1991, p. 394 ; JAAC 50 (1986), n° 14, p. 98).

Il appartiendra donc au Conseil fédéral d'examiner le recours sous l'angle de la LAMal et sous celui de la liberté du commerce et de l'industrie consacrée à l'article 31 de la Constitution fédérale.

1.3 Selon l'article 48 PA, applicable en vertu de l'article 53, 2e alinéa, LAMal, a qualité pour recourir quiconque est atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée

ou modifiée. Selon la jurisprudence constante, cet intérêt doit être personnel, direct et actuel. "Le recourant doit être touché dans une mesure et avec une intensité plus grande que la généralité des administrés, et l'intérêt invoqué - qui n'est pas nécessairement un intérêt juridiquement protégé, mais qui peut être un intérêt de fait - doit se trouver, avec l'objet de la contestation, dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération ; il faut donc que l'admission du recours procure au recourant un avantage, de nature économique, matérielle ou idéale. Ainsi, le Conseil fédéral a généralement admis la qualité pour recourir des concurrents lorsque la décision attaquée diminuait leur perspective de gain ou favorisait un concurrent de manière illicite ; leur préjudice consiste alors dans la vraisemblable diminution de leur chiffre d'affaires (voir notamment Pierre Moor, op. cit., p. 414 ss ; Peter Schmid, Die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat, Berne, Stuttgart, Vienne 1997, p. 142 ss).

Dans son message du 6 novembre 1991 concernant la révision de l'assurance-maladie, le Conseil fédéral a manifesté son intention de ne pas modifier la pratique actuelle de la qualité pour recourir, précisant qu'afin de combattre certains effets négatifs d'un comportement cartellaire, celle-ci devait être reconnue non seulement aux partenaires tarifaires concernés, mais aussi aux divers fournisseurs de prestations et aux assurés touchés par la réglementation tarifaire litigieuse (FF 1992 I 170).

Au vu de ce qui précède, il convient de reconnaître aux cliniques et médecins privés la qualité pour recourir. Il n'est en effet pas contesté que l'arrêté attaqué qui approuve la Convention tarifaire conclue entre la FGAM et les HUG pourrait les toucher, dès lors qu'ils fournissent également des prestations ambulatoires.

1.4 Selon la jurisprudence constante, une association peut être admise à agir par la voie du recours 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 (cf. Pierre Moor, op. cit., p. 421).

Il ressort en l'espèce des statuts de l'AMG (art. 2, lettre b) et de ceux de l'ACPG (art. 2) que ces associations ont notamment pour tâche de défendre l'intérêt de leurs membres, en particulier dans le domaine de l'économie. Il convient en conséquence de leur reconnaître la qualité pour recourir.

1.5 Les exigences quant au délai et à la forme du mémoire de recours (art. 50 et 52 PA) ont été respectées.

Il convient donc d'entrer en matière sur le recours.

2. Sur l'obligation de tenir une comptabilité analytique

2.1 Selon l'article 49, 6e alinéa, LAMal, les hôpitaux doivent calculer leurs coûts et classer leurs prestations selon une méthode uniforme ; ils doivent tenir à cet effet une comptabilité analytique ainsi qu'une statistique de leurs prestations.

Le Conseil fédéral a octroyé aux hôpitaux un délai au 31 décembre 1996 pour lui soumettre une proposition commune sur la comptabilité analytique et la statistique de leurs prestations (art. 9 de l'ordonnance du 12 avril 1995 concernant l'entrée en vigueur et l'introduction de la LAMal [ordonnance sur l'entrée en vigueur] ; RS 832.101). Conformément à cette disposition, l'Association suisse des hôpitaux H+ a soumis à fin 1996 à l'OFAS sa proposition commune pour les hôpitaux et les établissements médico-sociaux au sujet de la comptabilité analytique et de la statistique. Cette proposition est actuellement à l'étude et les dispositions d'exécution ne sont pas encore arrêtées par le Conseil fédéral.

2.2 Dans une jurisprudence constante, le Conseil fédéral a jugé que l'on ne pouvait refuser pendant cette période transitoire une augmentation de tarifs pour le seul motif que les instruments prévus par la loi ne sont pas encore mis en place. Un tel refus aboutirait en effet de facto à un blocage des prix et irait à l'encontre des efforts déjà entrepris par certains cantons pour améliorer la transparence (voir notamment RAMA 611997, p. 343 ss et p. 375 ss).

L'absence de comptabilité analytique et de statistique des prestations ne saurait non plus empêcher une réduction de tarif. Une telle conséquence irait à l'encontre du but principal de la LAMal, qui tend à maîtriser les coûts de la santé et, autant que possible, à les diminuer (cf. notamment FF 1992 I 109). En conformité avec l'article 43, 6e alinéa, LAMal, les parties à la convention et les autorités compétentes doivent veiller à ce que les soins soient le plus avantageux possible, tout en étant appropriés et de haut niveau.

Le fait que les HUG ne possèdent pas de comptabilité analytique ne saurait donc suffire pour justifier l'annulation de la Convention conclue entre les HUG et la FGAM ni conduire à un régime sans convention.

3. Sur l'examen du tarif des HUG

3.1 La Convention entre les HUG et la FGAM recourt au système de la tarification à la prestation, généralement utilisé pour les traitements ambulatoires. Selon ce système, qui est consacré à l'article 43, 2e alinéa, LAMal, une valeur abstraite (nombre de points) est attribuée à chaque prestation tarifée (par exemple la pose d'un pansement, une radiographie, une injection, le contrôle de la pression arté-

rielle, l'excision d'un abcès) (structure des tarifs). La multiplication de la valeur du point tarif (exprimée en francs et centimes) par le nombre de points attribué à une prestation donne la valeur concrète de celle-ci, soit son prix (cf. sur ce système, FF 1992 I 155).

Alors que la valeur du point est arrêtée par des accords tarifaires décentralisés pour mieux tenir compte des différences des coûts (salaires et prix) existant d'une région à l'autre, l'article 43, 5e alinéa, LAMal impose aux partenaires tarifaires de se fonder sur une structure tarifaire uniforme sur le plan suisse. Actuellement, la structure tarifaire GRAT (Gesamtrevision Arzttarif sowie Spitalleistungskatalog / RETM) pour les prestations médicales des médecins n'est cependant pas encore venue à chef. Jusqu'à son adoption, il est loisible aux partenaires tarifaires de recourir au Catalogue des prestations hospitalières. Comme le prévoit expressément l'article 9 de la Convention entre les HUG et la FGAM, les conventions établies sur cette base ne sont toutefois que transitoires et devront être abrogées dès l'entrée en vigueur de la structure uniforme sur le plan suisse.

3.2 Pour déterminer si le tarif genevois est conforme à l'équité au sens de l'article 46, 4e alinéa, LAMal, il convient, en l'absence de données chiffrées permettant d'identifier les coûts et les recettes du secteur ambulatoire, de le comparer avec les tarifs en vigueur dans les autres cantons qui appliquent également comme structure tarifaire le Catalogue des prestations hospitalières.

Cette comparaison montre qu'avec une valeur du point à 4 francs, le tarif genevois se situe dans la moyenne suisse. En effet, cinq cantons ont fixé le point à une valeur inférieure à 3 fr. 90, quinze l'ont fixé à une valeur comprise entre 3 fr. 90 et 4 fr. 10 et quatre l'ont fixé à une valeur supérieure à 4 fr. 10. Parmi les quinze cantons qui ont adopté une valeur du point entre 3 fr. 90 et 4 fr. 10, on trouve Berne (3 fr. 95) et Zurich (3 fr. 96), qui sont, comme Genève, des cantons universitaires.

Les recourantes n'expliquent pas en quoi les conditions économiques sont différentes dans le canton de Genève et les raisons qui justifieraient un tarif plus élevé dans ce canton.

3.3 Il est trompeur de comparer, comme le font les recourantes, les tarifs du secteur public et du secteur privé pour en déduire que le tarif de la Convention conclue entre les HUG et la FGAM est trop bas.

En effet, premièrement, les prestations fournies par les HUG sont différentes de celles des cliniques et des médecins privés. Preuve en est que le tarif des médecins privés que les HUG appliquaient originellement à leurs prestations s'est révélé inadéquat au fil du temps, car de nombreuses prestations fournies par les HUG n'y étaient pas mentionnées. Deuxièmement, la structure des coûts entre ces deux secteurs diffère totalement. Ainsi, le temps consacré à une opération se-

ra plus important dans un hôpital public destiné à la formation ; mais, en contrepartie, les salaires des médecins seront plus bas. Les équipements seront plus sophistiqués dans un établissement public, ce qui rend les charges fixes beaucoup plus importantes que dans un cabinet privé; mais le taux d'utilisation des équipements est en général plus élevé. Enfin, le régime des retraites des médecins d'un hôpital public n'est pas comparable à l'épargne privée individuelle des médecins privés.

3.4 Les recourantes affirment que les prestations ambulatoires facturées sur la base de la Convention conclue entre la FGAM et les HUG seraient largement inférieures à celles qui sont facturées sur la base du règlement J 3 05.12, utilisé jusqu'à alors par les HUG, ce qui prouverait que le secteur ambulatoire des HUG ne pourrait être rentable et qu'il serait donc indûment subventionné par les pouvoirs publics. A l'appui de cette déclaration, elles fournissent quatre exemples, tirés d'un sondage qu'elles ont effectué elles-mêmes.

Comme le relève l'OFAS dans sa prise de position, la grande différence des structures tarifaires rend toutefois la comparaison des tarifs fort délicate, voire impossible. Il apparaît en outre trompeur de ne citer que quatre opérations. Pour déterminer si les recettes du secteur ambulatoire sont suffisantes pour couvrir les coûts, il conviendrait de comparer toutes les opérations, en tenant compte en outre de leur fréquence. Il se peut très bien que certaines opérations soient moins chères alors que d'autres, plus courantes, soient plus chères.

Il faut également relever que, même si les valeurs résultant de la nouvelle Convention sont inférieures à celles qui sont issues du règlement J 3 05.12, cela ne signifie pas pour autant que le nouveau tarif soit excessivement bas. A cet égard, il convient de rappeler que les tarifs pratiqués à Genève sont les plus chers de Suisse.

3.6 Pour les opérations de chirurgie ambulatoire, la Convention entre les HUG et la FGAM introduit un élément temporel. Le prix du quart d'heure s'élève à dix points et la valeur du point, à 4 fr.

En tant que tarif à la prestation, ce système est conforme à la loi. Le reproche des recourantes, selon lequel les médecins expérimentés, qui travaillent plus rapidement, sont désavantagés, est inhérent à toute rémunération fondée sur le temps et ne saurait être retenu.

4. Sur le subventionnement du secteur hospitalier ambulatoire

La nouvelle LAMai oblige les cantons, à son article 49, 1er alinéa, à subventionner le traitement hospitalier «stationnaire». Selon cette disposition, «pour rémunérer le traitement hospitalier, y compris le séjour à l'hôpital, les parties à une convention conviennent de for-

faits. Pour les habitants du canton, ces forfaits couvrent au maximum, par patient ou par groupe d'assurés, 50 pour cent des coûts imputables dans la division commune d'hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics». L'autre moitié est couverte par l'Etat, notamment par le biais des subventions.

Pour le traitement hospitalier ambulatoire, l'article 49, 5e alinéa, LAMal prévoit simplement que les partenaires tarifaires conviennent de la rémunération du traitement ambulatoire et du séjour semi-hospitalier à l'hôpital. A défaut de norme légale obligeant ou interdisant l'octroi de subventions en matière de traitements ambulatoires, il faut admettre que les cantons sont libres de subventionner ou non le secteur ambulatoire des hôpitaux publics (cf. décision non publiée du 30 septembre 1996).

5. Sur la liberté du commerce et de l'industrie

5.1 Selon l'article 31, 1er alinéa, de la Constitution fédérale, la liberté du commerce et de l'industrie est garantie sous réserve des dispositions restrictives de la constitution et de la législation qui en découle ; selon le 2e alinéa de cet article, les prescriptions cantonales sur l'exercice du commerce et de l'industrie sont réservées.

Dans les domaines des soins médicaux et de l'assurance-maladie, la liberté du commerce et de l'industrie s'applique de manière restreinte, dès lors que le législateur a réglementé le système de tarification des prestations médicales de manière précise et a institué des conditions cadres. Les fournisseurs de prestations et les assureurs doivent conclure des conventions tarifaires (art. 49, 5e al., LAMal), lesquelles doivent être approuvées par le gouvernement cantonal (art. 46, 4e al., LAMal) (voir RAMA 4/1997, p. 268 s. ; Paul Richli, *Hoheitliche Leistungspflichten und Leistungsbeschränkungen im Gesundheitswesen als Grundrechtsproblem*, in RDS 1998, p. 243 ss).

D'après la jurisprudence constante et la doctrine dominante, les cantons sont autorisés à prendre des mesures de politique sociale, à savoir des mesures qui tendent à «procurer du bien-être à l'ensemble ou à une grande partie des citoyens, ou à accroître ce bien-être par l'amélioration des conditions de vie, de la santé ou des loisirs» (ATF 97 la 499). Ces mesures doivent naturellement respecter les principes constitutionnels auxquels doivent obéir toutes les restrictions des libertés individuelles, c'est-à-dire la légalité, l'intérêt public, la proportionnalité et l'égalité de traitement (Etienne Grisel, *Liberté du commerce et de l'industrie, Libéralisme et droit économique en Suisse*, vol. II, Berne 1995, p. 111 ss).

Les conventions tarifaires doivent être qualifiées de mesure de politique sociale au sens de la jurisprudence précitée. Par l'approbation du gouvernement cantonal, elles doivent en effet permettre de veiller à

ce que les soins soient appropriés et leur qualité de haut niveau, tout en étant le plus avantageux possible (art. 43, 6e al., LAMal). Elles visent ainsi à améliorer les conditions de la santé et à satisfaire un besoin essentiel de l'homme, qui est une composante de son bien-être. La formule jurisprudentielle se réfère du reste expressément à l'amélioration des conditions de la santé (voir dans le même sens JAAC 48 (1984), n° 79, p. 501). En l'espèce, le tarif genevois, qui fixe la valeur du point à 4 francs, respecte le principe de la proportionnalité. Il se situe dans la moyenne suisse et n'entraîne pas de distorsion concurrentielle. On ne voit en effet pas pourquoi les cliniques et les médecins privés genevois se trouveraient dans une situation économique plus inconfortable face aux hôpitaux publics que les médecins de Berne ou de Zurich, où la valeur du point est inférieure à 4 francs.

6. Sur la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart)

Dans son rapport final du 30 novembre 1998, le Secrétariat de la Commission de la concurrence a décidé de clore la procédure d'enquête préalable sans suite. Il s'est déclaré incompétent pour déterminer si la fixation de la valeur du point à 4 fr. constituait ou non une restriction illicite de la concurrence en vertu des articles 5 et 7 LCart au motif que la législation genevoise prévoyait un subventionnement général d'exploitation et d'investissement des soins hospitaliers «stationnaires» et ambulatoires et excluait donc ce secteur de la concurrence en application de l'article 3, 1er alinéa, lettre a, LCart.

Dans ces conditions, le Conseil fédéral estime que peut rester indécise la question de savoir si la LCart serait déjà inapplicable du fait même de la LAMal en raison des règles strictes qu'elle pose sur la conclusion des conventions tarifaires (art. 43, 6e al.,; 46, 3e et 4e al., LAMal ; cf. Paul Richli, op. cit., p. 243 ss).

7. Sur les frais de procédure et les dépens

Les frais de procédure, par 1'500 francs, qui comprennent l'émolument d'arrêté, les émoluments de chancellerie et les débours, sont mis à la charge des recourantes qui succombent à la procédure (art. 63, 1er al., PA). Ils sont compensés avec l'avance de frais dont elles se sont acquittées.

Les recourantes sont condamnées à payer des dépens, fixés ex aequo et bono à 1'500 francs, aux HUG qui ont recouru aux services d'un avocat. Il n'y a en revanche pas lieu d'allouer des dépens à la FGAM, qui n'est pas représentée par un avocat, ni au Conseil d'Etat, qui dispose de juristes à son service.

Par ces motifs, [le Conseil fédéral]

arrête :

1. Le recours de l'Association des médecins du canton de Genève et de l'Association des cliniques privées de Genève est rejeté.
2. Les frais de procédure, fixés à 1'500 francs, sont mis à la charge des recourantes.
Ils sont compensés avec l'avance de frais de 1'500 francs dont elles se sont acquittées.
3. Les recourantes sont tenues solidairement à verser, à titre de dépens, 1'500 francs aux Hôpitaux Universitaires de Genève.

Communications

D 1 Bibliographie
Bibliographie
Bibliografia

1 Aufsätze und Zeitungsartikel / articles / articoli

KLOTZ Robert (Generaldirektion IV der Europäischen Kommission in Brüssel) / ZURKINDEN Philipp, Die Anwendung des Kartellrechts auf kleine und mittlere Unternehmen – Ein Vergleich zwischen der EU und der Schweiz, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 1999/2, S. 120 ff.

2 Bücher / livres / libri

ZURKINDEN Philipp, Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in der Schweiz und das neue schweizerische Kartellgesetz – unter besonderer Berücksichtigung des EG-Wettbewerbsrechts, Diss. Basel 1999.

Abkürzungsverzeichnis**Registre des abréviations****Indice delle abbreviazioni****A**

AF	Arrêté fédéral
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl.Bull.	Amtliches Bulletin
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA	Bundesamt
BB	Bundesbeschluss
BBI	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGBM	BG über den Binnenmarkt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BoeB	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
CF	Conseil fédéral
CHF	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
CO	Code des obligations
Cost.	Costituzione federale
CPC	Code (cantonal) de procédure civile
CPS	Code pénal suisse
cst.	Constitution fédérale

D

DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG	Direction Générale (UE)

E

EU	Europäische Union
----	-------------------

F

FF	Feuille fédérale
FMG	Fernmeldegesetz

G

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU	Gemeinschaftsunternehmen

H

HGer	Handelsgericht
HMG	Heilmittelgesetz

I

IPRG	BG über das internationale Privatrecht
IVöB	Interkant. Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux

K

KG	Kartellgesetz
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KSG	Konkordat über die Schiedgerichtsbarkeit
KVG	BG über die Krankenversicherung

L

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
LOTIC	LF sugli ostacoli tecnici al commercio
LPM	LF sur la protection des marques

LRFP	LF sur la responsabilité du fait des produits	RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
LSPr	LF sulla sorveglianza dei prezzi	RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)
M		RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)
N			
O		S	
O	Ordonnance	SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique	SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico	SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SJ	La semaine judiciaire
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OGer	Obergericht	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OJ	LF sur l'organisation judiciaire	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OMC	Organisation mondiale du commerce	StR	Ständerat
OMP	O sur les marchés publics	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OR	Obligationenrecht	T	
OTVA	O concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TA	Tribunal administratif
P		TApp	Tribunale d'Appello
PA	LF sur la procédure administrative	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
PCF	LF sur la procédure civile fédérale	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	THG	BG über technische Handelshemmnisse
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	U	
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UE	Union Européenne
PüG	Preisüberwachungsgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Q		URG	BG über das Urheberrecht
R		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	V	
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	W	
RR	Regierungsrat	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb

ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

X

Y

Z

Index

