



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

**2002/2**

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

Vertrieb:  
BBL/EDMZ  
CH-3003 Bern

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

Preis Einzelnummer:  
CHF 25.--

Preis Jahresabonnement:  
CHF 80.--  
(Form: 701.000.02/2)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la con-  
currence  
CH-3003 Berne  
(Editeur)

Vente:  
OFCL/EDMZ  
CH-3003 Berne

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

Prix au numéro:  
CHF 25.--

Prix de l'abonnement annuel:  
CHF 80.--

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della con-  
correnza  
CH-3003 Berna  
(Editore)

Vendita:  
UFCL/EDMZ  
CH-3003 Berna

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

Prezzo per esemplare:  
CHF 25.--

Prezzo dell'abbonamento:  
CHF 80.--

---

<b>Recht und Politik des Wettbewerbs</b>	<b>RPW</b>
--	------------

<b>Droit et politique de la concurrence</b>	<b>DPC</b>
---	------------

<b>Diritto e politica della concorrenza</b>	<b>DPC</b>
---	------------

2002/2

**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.

Juli / juillet / luglio 2002

<b>Systematik</b>	<p><b>A Tätigkeitsberichte</b>  A 1 Wettbewerbskommission  A 2 Preisüberwacher</p> <p><b>B Verwaltungsrechtliche Praxis</b>  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  B 7 Kantonale Gerichte</p> <p><b>C Zivilrechtliche Praxis</b>  C 1 Kantonale Gerichte  C 2 Bundesgericht</p> <p><b>D Entwicklungen</b>  D 1 Erlasse, Bekanntmachungen  D 2 Bibliografie</p> <p><b>E Diverses</b></p>
<b>Systematique</b>	<p><b>A Rapports d'activité</b>  A 1 Commission de la concurrence  A 2 Surveillance des prix</p> <p><b>B Pratique administrative</b>  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  B 7 Tribunaux cantonaux</p> <p><b>C Pratique des tribunaux civils</b>  C 1 Tribunaux cantonaux  C 2 Tribunal fédéral</p> <p><b>D Développements</b>  D 1 Actes législatifs, communications  D 2 Bibliographie</p> <p><b>E Divers</b></p>

<b>Sistematica</b>	<b>A</b>	<b>Rapporti d'attività</b>
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza dei prezzi
	<b>B</b>	<b>Prassi amministrativa</b>
	B 1	Segreteria della Commissione della concorrenza
	1	Inchieste preliminari
	2	Raccomandazioni
	3	Preavvisi
	4	Consulenze
	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	
B 7	Tribunali cantonali	
<b>C</b>	<b>Prassi dei tribunali civili</b>	
C 1	Tribunali cantonali	
C 2	Tribunale federale	
<b>D</b>	<b>Sviluppi</b>	
D 1	Atti legislativi, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
<b>E</b>	<b>Diversi</b>	

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

### **B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission**

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

#### **1. Vorabklärungen**

**Enquêtes préalables**

**Inchieste preliminari**

- |                           |     |
|---------------------------|-----|
| 1. Richtpreise für Heizöl | 239 |
| 2. Swico/Sens             | 246 |

### **B 2 Wettbewerbskommission**

Commission de la concurrence  
Commissione della concorrenza

#### **1. Vorsorgliche Massnahmen**

**Mesures provisionnelles**

**Misure cautelari**

- |  |     |
|--|-----|
| 1. Glue Software Engineering AG vs. Swisscom Enterprise Solutions AG | 276 |
|--|-----|

#### **3. Unternehmenszusammenschlüsse**

**Concentrations d'entreprises**

**Concentrazioni di imprese**

- |   |     |
|---|-----|
| 1. Edipresse/Centre d'Impression de la Broye SA         | 290 |
| 2. Hewlett-Packard/Compaq                               | 296 |
| 3. France Antilles - L'Express Communication Holding SA | 316 |
| 4. Norsk Hydro ASA/VAW Aluminium AG                     | 322 |
| 5. Usinor/Arbed/Aceralia                                | 329 |
| 6. NZZ - LZ Medien Holding                              | 339 |
| 7. NOK/Watt   | 348 |
| 8. Ernst & Young/Arthur Andersen                        | 356 |

#### **6. Empfehlungen**

**Recommandations**

**Raccomandazioni**

- |                         |     |
|-------------------------|-----|
| 1. Financement de l'OIC | 372 |
|-------------------------|-----|

#### **7. Stellungnahmen**

**Préavis**

**Preavvisi**

- |   |     |
|---|-----|
| 1. Vorentwurf für ein Advokaturgesetz im Kanton Basel-Stadt         | 375 |
| 2. Vorentwurf für ein Anwaltsgesetz im Kanton Zürich                | 378 |
| 3. Procédure de consultation: Révision de l'ordonnance sur la poste | 382 |

---

<b>B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen</b>	
Commission de recours pour les questions de concurrence	
Commissione di ricorso in materia di concorrenza	
1. Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc.	386
<b>D Entwicklungen</b>	
<b>Développements</b>	
<b>Sviluppi</b>	
<b>D 1 Erlasse, Bekanntmachungen</b>	
Actes législatifs, communications	
Atti legislativi, comunicazioni	
1. Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden	404
2. Communication concernant l'appréciation des accords verticaux	407
3. Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza	410
4. Communication on the appreciation of vertical agreements	413
<b>D 2 Bibliografie</b>	
Bibliographie	
Bibliografia	416
<b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>	420
<b>Index (deutsch, français e italiano)</b>	423

---

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

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

B 1	<b>1.   Vorabklärungen</b> <b>Enquêtes préalables</b> <b>Inchieste preliminari</b>
B 1.1	<b>1.   Richtpreise für Heizöl</b>

*Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG*

*Accords illicites; art. 5 LCart*

*Accordi illeciti; art. 5 LCart*

*Schlussbericht vom 19. März 2002 in Sachen Vorabklärung wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede (Art. 26)*

**A. Sachverhalt**

1. Die Vereinigung des Bernischen Mineralölhandels (nachfolgend VBM) berechnet zweimal wöchentlich Richtpreise für Heizöl, die in verschiedenen Tageszeitungen veröffentlicht werden. Für die Berechnung der Preise stützt sich die VBM auf Kalkulationstabellen, welche sich aus den Preisangaben mehrerer Importeure und dazugerechneten Zuschlägen (Transportkosten, Fiskalabgaben, Nachfragemenge etc.) zusammensetzen.

2. Die VBM ist ein Verein im Sinne von Artikel 60 ff. des schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210). Das Gebiet, in dem die Mitglieder der VBM vorwiegend tätig sind, umfasst die Stadt Bern und Umgebung, Thun, das Emmental, Wimmis, Spiez, Interlaken, Frutigen, Brienz, Lauterbrunnen, Zweisimmen, Grindelwald und Meiringen. Rund 75% der im Verbandsgebiet domizilierten Heizölhändler sind Mitglied der VBM.

3. Die folgende Tabelle zeigt als Beispiel die Richtpreise vom 8. Januar 2001 für die Lieferung von Heizöl extra leicht, aufgeteilt nach fünf Regionen und nach drei verschiedenen Liefermengen.



	<i>1'000 Liter</i>	<i>3'000 Liter</i>	<i>6'000 Liter</i>
<i>Stadt Bern</i>	CHF 58.50	CHF 51.90	CHF 47.20
<i>Thun, Emmental</i>	CHF 59.20	CHF 52.70	CHF 47.90
<i>Wimmis, Spiez, Interlaken</i>	CHF 59.90	CHF 53.30	CHF 48.60
<i>Grindelwald, Meiringen</i>	CHF 61.20	CHF 54.60	CHF 49.90
<i>Frutigen, Brienz, Lauterbrunnen</i>	CHF 62.20	CHF 55.70	CHF 51.00

4. Diese Tabelle enthält im Wesentlichen drei verschiedene Arten von Informationen:

- a) Informationen über die Höhe der in Rechnung zu stellenden Preise (vgl. Rz. 11);
- b) Informationen über Preisdifferenzen bei verschiedenen Liefermengen (d.h. über Mengenrabatte; vgl. Rz. 12);
- c) Informationen über mögliche regionale Preisdifferenzierungen. Ob die Richtpreise allenfalls eine Basis für regionale Preisdifferenzierungen bilden könnten, ist nicht weiter geprüft worden.

Die sich aus den Richtpreisen ergebenden (absoluten) Preisunterschiede zwischen den verschiedenen Mengen (b) und den verschiedenen Regionen (c) waren während des gesamten Beobachtungszeitraums (Januar bis März 2001) konstant.

5. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) hat am 31. Mai 2001 eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) eröffnet. Geprüft wird, ob bezüglich der erwähnten Richtpreise Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 5 KG bestehen.

6. Befragt wurden die VBM und namentlich 28 im Kanton Bern ansässige Unternehmen aus dem Bereich Heizölhandel.

## **B. Erwägungen**

7. Das Kartellgesetz gilt namentlich für Unternehmen des privaten Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen (Art. 2 Abs. 1 KG).

### **B.1 Unternehmen**

8. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder Nachfrager auftreten (RPW 2001/1, S. 98, Rz. 18).

Die in die Vorabklärung einbezogenen Heizölhändler sind als solche Unternehmen zu qualifizieren. Der Vereinigung VBM, welche die Richtpreise veröffentlicht, kommt im Kartellverwaltungsverfahren Par-teistellung zu.

## **B.2 Wettbewerbsabreden**

9. Zu prüfen ist, ob die Veröffentlichung von Richtpreisen durch die VBM dem Abstimmen des Verhaltens der Heizölhändler dient und damit eine direkte oder indirekte Preisabrede respektive eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG zur Folge hat.

### **a) Voraussetzungen**

10. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Nebst der ausdrücklichen Vereinbarungen erfasst das KG stillschweigende Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen. Letztere liegen vor, wenn mehrere Unternehmen ihr Marktverhalten *bewusst und gewollt* dem aufgrund bestimmter Kommunikationselemente antizipierbaren Marktverhalten der anderen anpassen, so dass - selbst ohne Vorliegen einer entsprechenden Vereinbarung - die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des Wettbewerbs tritt. Das für die Annahme einer Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG) vorausgesetzte *bewusste und gewollte* Zusammenwirken erfordert somit auch bei aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen ein bestimmtes Mass an gegenseitigen Kontakten (vgl. Verfügung der Weko i.S. Benzinmarkt Schweiz [Zeitraum 1993 - 2000] vom 3. Dezember 2001, Rz. 16, publ. in: RPW 2002/1). In Frage kommt etwa der Austausch von Informationen über die publizierten VBM-Richtpreise.

### **b) Ermittlungsergebnisse**

11. *Ermittlungsergebnisse betreffend Wettbewerbsabreden über Preise und Zeitpunkt/Ausmass der Preisanpassungen.* Es wurden sowohl die Heizölhändler befragt (a) als auch die Marktpreise mit den Richtpreisen verglichen (b).

a) Nach Auffassung der Mehrheit der Heizölhändler dienen die von der VBM veröffentlichten Richtpreise nicht als Grundlage für Wettbewerbsabreden respektive abgestimmte Verhaltensweisen auf dem Heizölmarkt des Kantons Bern. Der veröffentlichte Richtpreis übe keinen Einfluss auf den Wettbewerb zwischen den Heizölhändlern aus, da der Richtpreis *erstens* zum Zeitpunkt seiner Veröffentlichung längst nicht mehr aktuell sei; zwischen der Kalkulation der Richtpreise und deren Veröffentlichung in der Tagespresse läge nämlich eine Zeitspanne von mindestens einem Tag. *Zweitens* würden sich die Preise

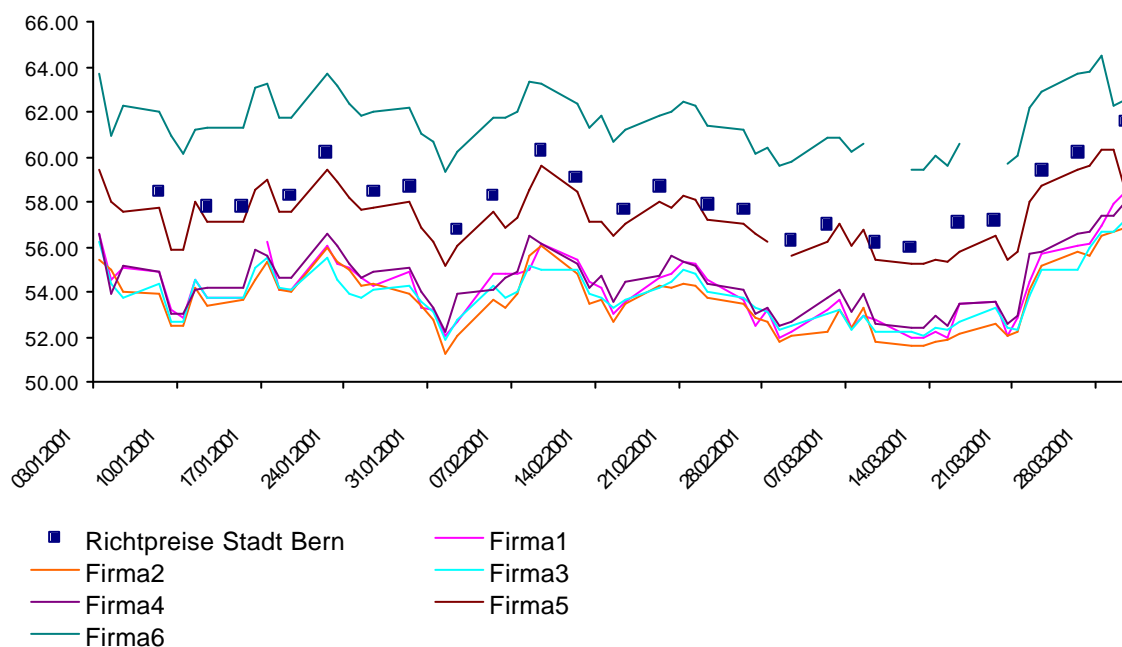
---

der Heizölhändler zum Teil mehr als einmal pro Tag ändern. Und *drittens* sei der Druck von Seiten der Konkurrenz so gross, dass die effektiven Marktpreise weit unter den von der VBM berechneten Werten liegen.

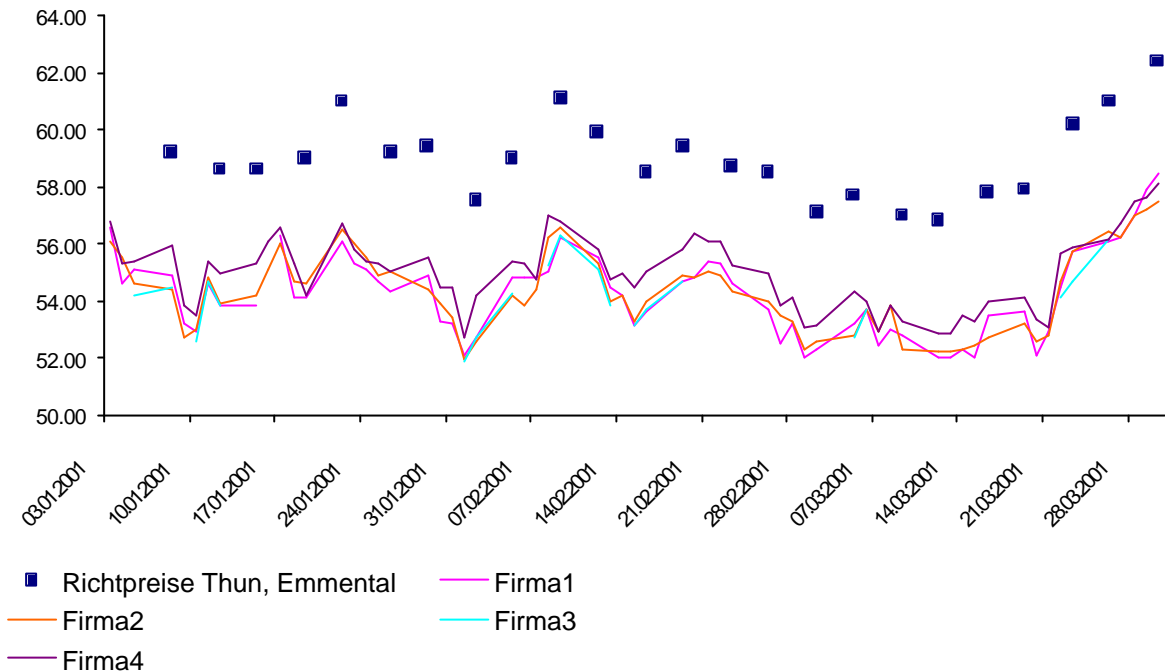
Demgegenüber hat ein Heizölhändler seinem Antwortschreiben un-aufgefordert das den Richtpreisen zu Grunde liegende Kalkulations-schema beigelegt. Daraus lässt sich schliessen, dass dieses Kalkulations-schema den Mitgliedern der VBM zumindest grundsätzlich bekannt ist.

b) Um die effektiven Marktpreise mit den Richtpreisen zu verglei-chen, wurden Angaben einer grösseren Anzahl Heizölhändler über ihre Tagespreise für Heizöl extra leicht in der Zeit vom 1. Januar bis 31. März 2001, differenziert nach den Mengen 1'000, 3'000 und 6'000 Li-ter sowie nach den fünf in der Vorabklärung untersuchten Regionen, eingeholt. Anhand der folgenden Grafiken ist ersichtlich, ob respekti-ve inwieweit die von den verschiedenen Heizölhändlern angewandten Grundpreise den in der Tagespresse veröffentlichten Richtpreisen ent-sprechen. Exemplarisch wird dabei in anonymisierter Form die Preis-entwicklung für 1'000 Liter Heizöl extra leicht aufgezeigt, wobei die drei Regionen Wimmis-Spiez-Interlaken, Grindelwald-Meiringen und Frutigen-Brienz-Lauterbrunnen in einer Grafik als Region Berner Ober-land zusammengefasst werden.

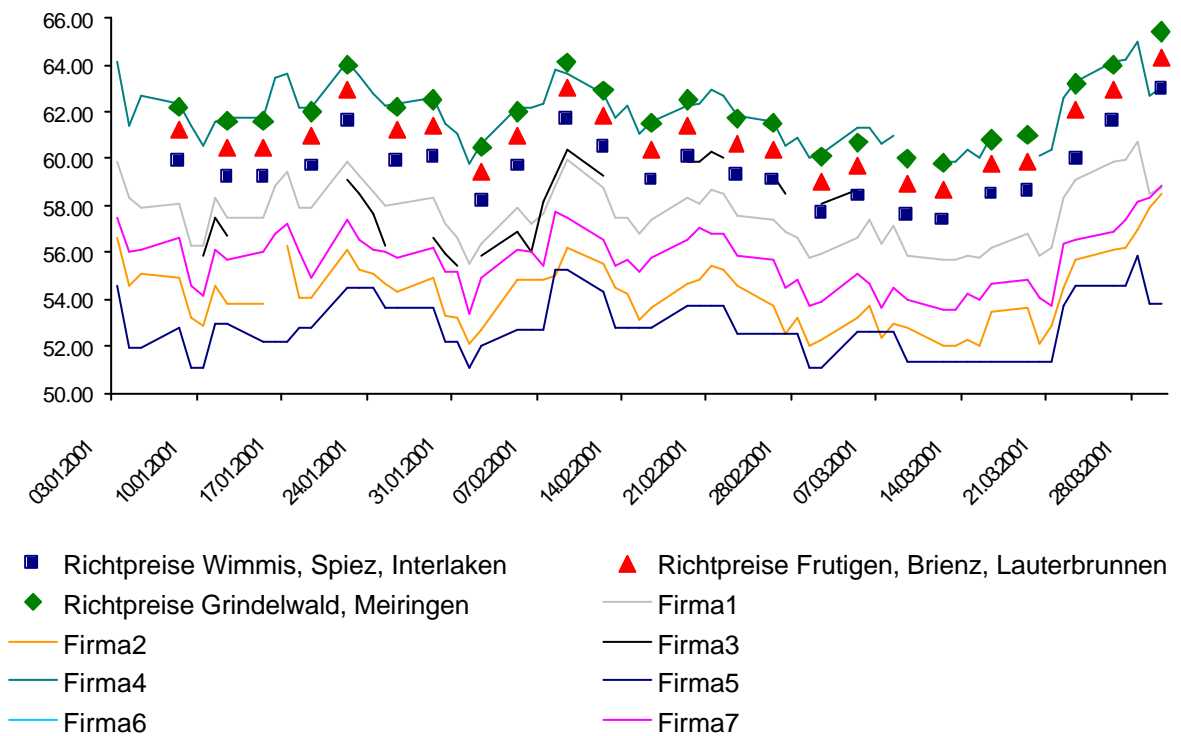
**Stadt Bern 1'000 Liter**



### Region Thun 1'000 Liter



### Berner Oberland 1'000 Liter



c) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich eine Wettbewerbsabrede über Heizölpreise für 1'000, 3'000 und 6'000 Liter aus den folgenden Gründen nicht rechtsgenügend nachweisen lässt:

- ?? Die von den Unternehmen angegebenen Preise in allen untersuchten Regionen weichen zum Teil erheblich von den veröffentlichten Richtpreisen ab.
- ?? Das Preissetzungsverhalten der einzelnen Marktteilnehmer - im Rahmen der von exogenen Faktoren wie dem Weltmarktpreis für Rohöl und dem Dollarkurs vorgegebenen Tendenzen - weicht sowohl hinsichtlich Preisniveau als auch hinsichtlich Zeitpunkt und Ausmass der Preisanpassungen zum Teil stark voneinander ab. In der Region Thun, wo nur geringe Preisunterschiede zu beobachten sind, weichen Zeitpunkt und Ausmass von Preisänderungen zwischen den verschiedenen Unternehmen zum Teil erheblich voneinander ab.
- ?? Schliesslich ist zu beachten, dass es sich bei den von den Heizölhändlern angegebenen Preisen um Grundpreise handelt, die den Verkäufern als Verhandlungsgrundlage dienen. Die effektiv in Rechnung gestellten Heizölpreise hängen von verschiedenen kundenspezifischen Faktoren ab (Bonität des Kunden, Art der Tankanlage, Verhandlungsgeschick etc.) und dürften daher zum Teil deutlich von den hier betrachteten Grundpreisen abweichen.

d) Schliesslich kann Folgendes angemerkt werden:

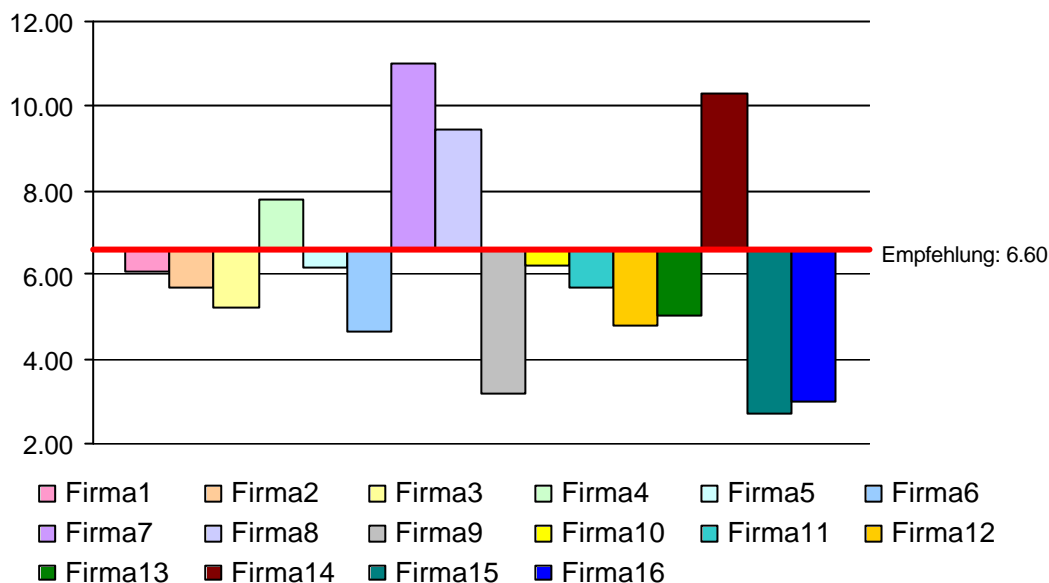
- ?? Die Vorabklärung hat gezeigt, dass die Preisempfehlungen das Resultat einer Kalkulation sind, welche der Entwicklung des Preises ex Raffinerie und einem Deckungsbeitrag (inkl. einer Korrekturgrösse pro Region und Menge) entspricht. Die maximalen Abweichungen der Richtpreise von diesem Kalkulationsschema betragen jeweils +/- 5 Rappen. Diese Unterschiede lassen sich als Rundungsfehler bei der Transformation in Frankenbeträge in Einheiten von 10 Rappen erklären. Auch die Korrekturgrösse pro Region und Menge ist während der ganzen beobachteten Periode konstant geblieben. Die Preisempfehlungen beinhalteten somit während der beobachteten Zeitspanne keine zusätzlichen Informationen bezüglich Preise für Mengen und Gebiete.
- ?? Da die Preisempfehlungen in erster Linie die Entwicklungen auf dem Rohölmarkt widerspiegeln, sind sie für die Konsumenten insofern eine Entscheidungshilfe, als die veröffentlichten Richtpreise ihnen erlauben, die Preisentwicklung über das Jahr hinweg zu verfolgen und zu einem für sie günstigen Zeitpunkt den Einkauf von Heizöl vorzunehmen.

12. *Ermittlungsergebnisse betreffend Wettbewerbsabreden über Mengenrabatte.* Die Kalkulation respektive die gleichzeitige Veröffentlichung von Richtpreisen für 1'000, 3'000 und 6'000 Liter könnte

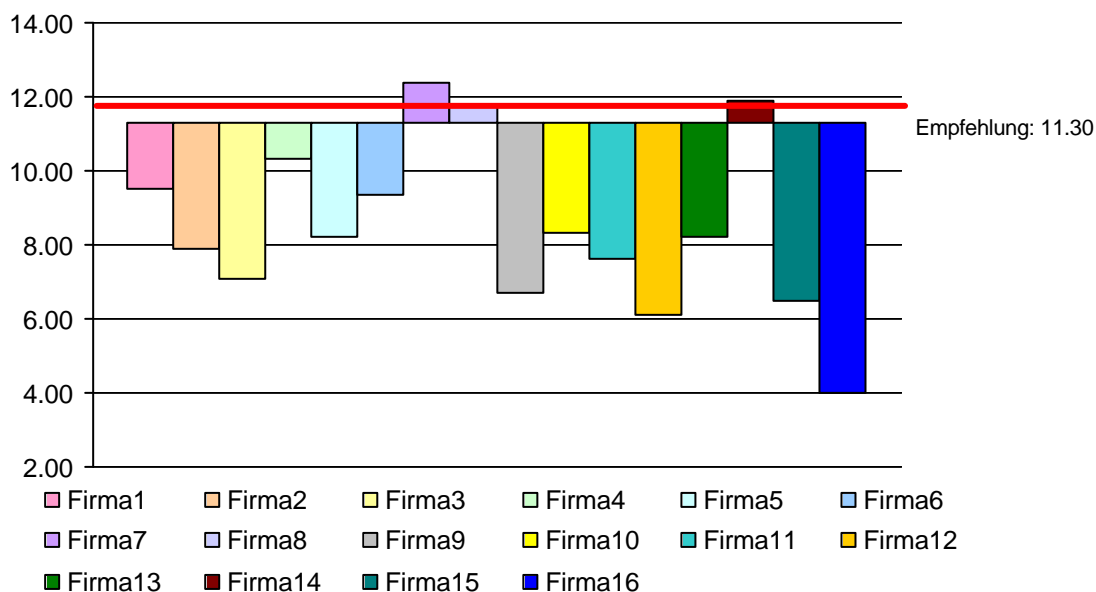
---

als Richtwert für eine branchenweit einheitliche Festlegung von Mengenrabatten dienen (vgl. Botschaft zum Kartellgesetz, BBl 1995 I, S. 100). Wie die folgenden Grafiken zeigen, kann auch diese Hypothese verworfen werden (die empfohlenen Mengenrabatte von CHF 6.60 resp. CHF 11.30 ergeben sich aus den Differenzen der Preise für 1'000 Liter und 3'000 resp. 6'000 Liter aus der Tabelle in Rz. 3):

### Mengenrabatt 3000 l



### Mengenrabatt 6000 l



### B.3 Ergebnis

13. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die von der VBM veröffentlichten Richtpreise eine Grundlage für Wettbewerbsabreden respektive für aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG darstellen.

### C. Kosten

14. Gemäss Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-GebV; SR 251.2) haben die Beteiligten keine Gebühren zu entrichten, da sich in der Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben haben.

### D. Schlussfolgerungen

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

1. stellt fest, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt;
2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
3. teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.

B 1.1	<b>2. Swico/Sens</b>
-------	----------------------

*Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG*

*Accords illicites; art. 5 LCart*

*Accordi illeciti; art. 5 LCart*

*Schlussbericht vom 16. Mai 2002 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend die Organisation der Entsorgung von Elektroschrott wegen möglicherweise unzulässigen Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 5 KG und möglicherweise unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen gemäss Artikel 7 KG*

### A. Sachverhalt

1. Die Verordnung über die Rückgabe, die Rücknahme und die Entsorgung elektrischer und elektronischer Geräte (VREG, SR 814.620) trat am 1. Juli 1998 in Kraft. Die VREG hat die Rücknahme- und Entsorgungspflicht von Händlern, Herstellern und Importeuren von Geräten der Unterhaltungselektronik, der Büro-, Informations- und Kommunikationstechnik sowie von Haushaltgeräten verankert (Art. 4 und 5 VREG). Gemäss Artikel 6 VREG müssen Unternehmen, die Geräte entsorgen, sicherstellen, dass die Entsorgung umweltverträglich, insbesondere nach dem Stand der Technik, erfolgt. Deshalb benötigen Ent-

sorgungsunternehmen eine kantonale Bewilligung (Art. 7 VREG). Die VREG enthält keine Bestimmungen über die Finanzierung der Rücknahme und Entsorgung der Geräte.

2. Viele der zur Rücknahme und Entsorgung verpflichteten Hersteller, Importeure und Händler haben den Swico (Schweizerischer Wirtschaftsverband der Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik) und/oder die Sens (Stiftung Entsorgung Schweiz) mit der Erfüllung dieser Pflicht beauftragt.

3. Der Swico hat eine Konvention über Recycling und Entsorgung von Elektro- und Elektronikgeräten der Informations- und Kommunikationstechnik erarbeitet. Dieses Konzept wird seit dem 1. April 1994 angewendet und sieht die landesweit garantierte Rücknahme von Geräten und deren Entsorgung vor. Finanziert wird das Konzept mittels einer vorgezogenen Recycling-Gebühr (vRG). Der Verbraucher zahlt beim Kauf eines solchen Gerätes die vRG in Abhängigkeit vom Wert der gekauften Ware oder - bei Unterhaltungselektronik - je nach Produkt. Dafür steht dem Konsument das Recht zu, ausgediente Geräte kostenlos zurückzugeben. Diese Gebühr wird von Herstellern und Importeuren an den Swico weitergeleitet, der sie auf separaten Konten verwaltet. Die eingezogenen Gelder werden für die Triage, den Transport und die eigentliche Entsorgung der Geräte verwendet.

4. Die Unterzeichner der Swico-Konvention verpflichten sich unter anderem, Altgeräte nur über von der Swico lizenzierte Betriebe zu entsorgen (Ziff. 6 der Konvention) und die vom Swico festgelegten vRG über alle Verkaufskanäle zu erheben (Ziff. 8 der Konvention). Die Swico Kommission Umwelt koordiniert die gemeinsamen Interessen und Aufgaben der Konventionsunterzeichner. Sie setzt sich aus Vertretern der Konventionsunterzeichner zusammen (Ziff. 12 der Konvention). In der Kommission waren im Januar 2002 Canon, Agfa, HP, Compaq, Philips, Xerox, IBM, Sun, Motorola, Excom und drei Swico-Mitarbeiter vertreten.

5. Die Stiftung Entsorgung Schweiz (Sens) wurde 1990 gegründet. Zweck der Sens ist gemäss Leitbild die Förderung von privatwirtschaftlich organisierten Entsorgungslösungen, die Qualitätssicherung zur umweltverträglichen Entsorgung, das Optimieren von Logistiksystemen, die wettbewerbsgerechte Finanzierung der Leistungen und eine gesamtschweizerisch ausgerichtete Öffentlichkeitsarbeit. Über das Sens-Entsorgungssystem werden Elektro- und Elektronikgeräte sowie Kühlgeräte und Boiler entsorgt. Zu den Stiftern von Sens gehören unter anderem Coop und Migros sowie die Entsorgungsbetriebe AG für Abfallverwertung (Avag), Ruag, Fonda AG und SM Recycling AG. Stifter ist ebenfalls der FEA (Fachverband Elektroapparate für Haushalt und Gewerbe Schweiz). Im Stiftungsrat sind unter anderem der FEA, Coop, Avag und Ruag vertreten.

---



6. Die Sens, der Swico und der FEA haben im Juni 2000 ein Grobkonzept für eine gemeinsame Recyclinglösung für elektrische und elektronische Geräte aus Haushalt, Gewerbe, Büro und Industrie erarbeitet. Dies sei insbesondere zwecks Umsetzung der VREG und Erleichterung der Handhabung für Konsumenten und Industrie geschehen. Dieses gemeinsame Projekt hat den Namen Easy-Rec erhalten. Im Rahmen dieses Projekts wurde vereinbart, dass der Swico neben der Organisation der bisher bereits zu entsorgenden Geräte (Geräte aus den Bereichen Informatik, Büroelektronik, Telekommunikation und grafischer Industrie) neu auch die Organisation der Entsorgung der Geräte der Unterhaltungselektronik übernimmt. Die Sens organisiert die Entsorgung von Haushaltgross- und -kleingeräten, Raumlufthandlungsgeräten, Elektrowerkzeugen und -installationsmaterial und der elektrischen Gartengeräte. Die beiden Entsorgungssysteme Swico und Sens bleiben somit weiterhin bestehen, organisieren die Entsorgung nun aber nach einheitlichen Grundsätzen. Die Einführung dieses alle Elektrogeräte umfassenden Systems (Easy-Rec) ist für alle Geräte ausser den Haushaltgeräten auf den 1. Januar 2002 erfolgt. Für Haushaltgeräte soll das System auf den 1. Januar 2003 eingeführt werden.

7. Am 3. Oktober 2001 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Eingabe der Jemet AG, Delémont, der Met-Fer AG, Delémont, und der Chiesa Alteisen AG Altmetalle, Pratteln, ein. Am 16. November 2001 folgte eine Eingabe des VSMR (Verband Stahl- und Metall-Recycling Schweiz). In beiden Eingaben wurde beantragt, es sei unmittelbar nach Eröffnung einer Untersuchung durch die Wettbewerbskommission das Inkrafttreten der durch Swico und Sens vorgesehenen Einführung des Easy-Rec-Systems und die Ausweitung des Swico-Recyclingsystems auf Geräte der Unterhaltungselektronik per 1. Januar 2002 vorsorglich zu verbieten. Dies insbesondere, weil das Easy-Rec-System eine horizontale Preis- und Gebietsabrede sei sowie wegen unzulässigen Verhaltensweisen anlässlich der Ausschreibung der Logistik- und Entsorgungsleistungen.

8. Die gemeinsame Einführung der vRG sei eine Preisabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG, die den wirksamen Wettbewerb beseitige beziehungsweise eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung, welche sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertige. Ferner schliesse der Swico und die Sens mit Entsorgern und Transporteuren Dienstleistungsverträge ab, die den Entsorgern und Transporteuren jeweils fixe Gebiete zuordnen würden. Insofern liege auch eine Gebietsabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe c KG vor beziehungsweise unzulässige vertikale Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 5 KG. Zudem sei die Übertragung der Entsorgungspflichten, welche die einzelnen Hersteller, Importeure und Händler treffen, an den Swico und die Sens eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 KG. Da der Swico und die Sens ihr Verhalten über Easy-Rec bündeln würden, liege ferner eine marktbeherr-

schende Stellung vor. Diese würden sie gemäss Artikel 7 KG missbrauchen, indem sie Verträge nur mit Entsorgungsunternehmen abschliessen würden, die über eine Swico- beziehungsweise eine Sens-Lizenz verfügen würden, und indem sie den Entsorgungsunternehmen jeweils exklusive Gebietslose zuteilen würden. Auch gäbe es keine sachliche Rechtfertigung für die strikte Trennung von Transport- und Entsorgungsleistungen, weshalb auch diese Massnahme unzulässig im Sinne von Artikel 7 KG sei.

9. In seiner Antwort zum Auskunftsbegehren des Sekretariats bezog sich der Swico auf frühere Vorabklärungen des Sekretariats, worin das Sekretariat festgehalten habe, dass keine Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden vorliegen würden, insbesondere weil es den Herstellern, Importeuren und Händlern freigestellt war, ob sie die vRG auf die Konsumenten überwälzen würden oder nicht (vgl. RPW 1999/3, S. 374). Der Swico führte weiter aus, dass die logistische Zuteilung von Gebietslosen notwendig sei, um die für eine umweltgerechte Entsorgung notwendigen kurzen Distanzen vom Abgeber zum Recycler zu gewährleisten. Dass nur Entsorger mit Swico- (bzw. Sens-) Lizenz berücksichtigt würden, sei eine notwendige Massnahme, um die Entsorgungsqualität sicherstellen zu können. Die strikte Trennung von Transport- und Entsorgungsleistung wiederum ermögliche eine genaue Stoffflusskontrolle. Die Sens brachte ähnliche Argumente vor.

10. Auf die Vorbringen der Parteien wird im Detail - soweit notwendig - in den Erwägungen (Teil B) eingegangen.

11. Mit Schreiben vom 14. Dezember 2001 teilte das Sekretariat den Antragstellern mit, dass es zum aktuellen Zeitpunkt keine Untersuchung eröffnen und entsprechend auch keine vorsorglichen Massnahmen bei der Wettbewerbskommission beantragen werde, weil nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen bestehen würden, das heisst, weil keine günstige Entscheidungsprognose vorliege. Gleichzeitig eröffnete das Sekretariat jedoch eine Vorabklärung, um den Sachverhalt genauer zu prüfen.

12. Das Sekretariat hat sich im Laufe dieser Vorabklärung mit Swico und Sens, mit Vertretern des VSMR und den anderen Antragstellern zu Besprechungen getroffen. Von den Parteien wurden zudem weitere schriftliche Eingaben gemacht. Ferner wurden das Buwal, kantonale Umweltämter sowie Händler und Hersteller, unter anderem Migros und Coop, zum Sachverhalt befragt.

## **B. Erwägungen**

### **B.1. Geltungsbereich**

13. Das Kartellgesetz (KG) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden tref-

---

fen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

### **i Unternehmen**

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

15. Ist zu beurteilen, ob der Swico und die Sens unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 5 KG sind, sind nicht der Swico und die Sens Unternehmen im Sinne des KG, sondern die Unterzeichner der Swico-Konvention (vgl. Rz. 2 ff.) beziehungsweise jene Unternehmen, welche die Vereinbarung Easy-Rec mit der Sens unterzeichnet haben. Wirtschaftliche Tätigkeit üben Swico und Sens in diesem Fall nicht aus; vielmehr die Unterzeichner beziehungsweise Vertragspartner tun dies, welche Swico und Sens "bloss" als Plattformen für ihre Vereinbarungen benützen (falls solche Vereinbarungen vorliegen). Die Unterzeichner der Swico-Konvention sind nicht in jedem Fall identisch mit den Mitgliedern der Swico. Auch die Sens-Vertragspartner sind nicht immer identisch mit den Sens-Stiftern. Die Swico- und Sens-Vertragspartner sind Unternehmen im Sinne des KG.

16. Ist zu beurteilen, ob sich Swico und Sens anlässlich der Vergabe der Aufträge von Transport- und Entsorgungsleistungen kartellrechtskonform verhalten haben, gelten Swico und Sens als Unternehmen im Sinne des KG, denn der Verband beziehungsweise die Stiftung ist es, die diesfalls als Nachfrager von Dienstleistungen wirtschaftliche Tätigkeit entfaltet.

### **ii Marktmacht und Wettbewerbsabreden**

17. Marktbeherrschung ist eine Teilmenge von Marktmacht (vgl. dazu die Darstellung bei ZÄCH ROGER, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in VON BÜREN ROLAND, DAVID LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, V/2, Kartellrecht, Basel 2000, S. 170, aus welcher dies hervorgeht). Wer marktbeherrschend ist, ist somit auch marktmächtig. Falls nachfolgend gezeigt wird, dass Sens oder Swico oder beide gemeinsam marktbeherrschend sind, sind sie folglich auch marktmächtig. Sind weder Sens noch Swico noch beide gemeinsam marktbeherrschend, entfällt die Anwendungsvoraussetzung von Artikel 7 KG. In letzterem Fall ist es für das Ergebnis dieser Vorabklärung nicht von Belang, ob tatsächlich Marktmacht vorliegt.

18. Im Rahmen dieser Vorabklärung wird auch geprüft, ob Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden vorliegen. Inwiefern die Unternehmen tatsächlich Wettbewerbsabreden treffen, wird im Abschnitt B.3 geklärt.

---

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

19. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

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

## **B.3. Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden**

21. Laut Artikel 5 Absatz 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig.

22. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

23. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

### **B.3.1. Die Abrede über die Entsorgung von Elektroschrott**

24. Es wird vorgebracht, die Bündelung der Nachfrage von Herstellern und Importeuren beziehungsweise die Übertragung der Entsorgungspflichten, welche die einzelnen Hersteller, Importeure und Händler treffen, an den Swico und die Sens sei eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 KG.

25. Das Sekretariat beurteilte die Swico-Konvention in der Vorabklärung von 1997 als horizontale Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG, weil die Vereinbarung die einheitliche Rückführung und Entsorgung ausgedienter Geräte, die einheitliche Einführung von vorgezogenen Entsorgungsgebühren und deren Höhe regeln würde (vgl. RPW 1997/2, S. 143). In der Vorabklärung von 1999 differenzierte das Sekretariat diese Aussage und meinte, dass das Finanzierungssystem der Swico-Garantie (d.h. Konvention) in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung, welche es den Unterzeichnern überlasse, ob - und falls ja in welcher Höhe - sie ihre Recyclingbeiträge auf die einzelnen Pro-

dukte überwälzen wolle, keine Wettbewerbsbeschränkung bewirke und dass damit auch keine Wettbewerbsabrede vorliegen würde (vgl. RPW 1999/3, S. 374, Rz. 7). Die Bestimmungen der Swico-Konvention über die gemeinsame Organisation der Entsorgung werden dagegen nach wie vor (implizite) als Wettbewerbsabreden qualifiziert (a.a.O., Rz. 8).

26. In seiner Eingabe vom 16. November 2001 bringt der VSMR vor, dass bereits dann eine Abrede im Sinne des KG vorliegen würde, wenn die beteiligten Unternehmen ihr Verhalten in irgendeiner Form aufeinander abstimmen würden. Eine derartige Verhaltensabstimmung liege vor, wenn die beteiligten Unternehmen bewusst und gewollt zusammenwirken würden. Um auf eine Wettbewerbsabrede zu schliessen, sei es deshalb nicht notwendig, dass zwecks Umsetzung des Easy-Rec-Konzepts auch nur verbindliche Verbandsbeschlüsse gefasst würden. Da aber die Verabschiedung des Konzepts durch Swico und Sens zumindest eine unverbindliche Empfehlung auf Verbandsebene darstelle, liege ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken und somit eine Wettbewerbsabrede vor, soweit diese Empfehlung von den Mitgliedern umgesetzt werde.

27. Zum einen sind die Verbandsmitglieder beziehungsweise Stifter nicht in jedem Fall identisch mit den Konventions- beziehungsweise Vertragsunterzeichnern (vgl. oben, Rz. 15). Daher kann von einer allfälligen Verbandsempfehlung nicht auf ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der Konventions- beziehungsweise Vertragsunterzeichner geschlossen werden. Zum andern reicht ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken nicht aus, um auf eine Wettbewerbsabrede zu schliessen. Das Zusammenwirken muss gleichzeitig eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

28. Mit dem Swico- und dem Sens-Entsorgungskonzept, welche nun unter dem Dach von Easy-Rec organisatorisch vereinheitlicht und auf alle elektrischen und elektronischen Geräte ausgedehnt werden, wurden neue Entsorgungslösungen, das heisst neue Angebote für Entsorgungslösungen geschaffen. Insofern unterscheiden sie sich stark von "klassischen" Wettbewerbsabreden, welche bloss gewisse Parameter (z.B. Preise, Mengen, Qualitäten) *bestehender Angebote* vereinheitlichen.

29. Es gibt auch keinen von Seiten des Verbands beziehungsweise der Stiftung ausgeübten Zwang, weder für die Verbandsmitglieder beziehungsweise die Stifter noch für Nicht-Mitglieder, zum Anschluss an die Entsorgungskonzepte. Der Entscheid, das Angebot von Swico und/oder Sens anzunehmen, fällt jede Unternehmung in einem üblichen "selbst-machen-oder-machen-lassen"-Prozess ("make or buy"). So erklärt zum Beispiel Migros, dass sie die Entsorgungsorganisation auslagern wollte, weil diese Tätigkeit nicht zu ihren Kernkompetenzen gehöre beziehungsweise weil dies ihre internen Prozesse stark vereinfache. Es gibt

---

somit keine Verträge oder andere Vereinbarungen zum Beispiel zwischen Coop und Migros (oder anderen Swico-Konventionsunterzeichnern und/oder Unterzeichnern des Easy-Rec-Vertrags), worin die gemeinsame Rückführung und Entsorgung oder eine Nachfragebündelung nach diesen Leistungen abgesprochen würde.

30. Eine "Bündelung" der Nachfrage, wie dies der VSMR geltend macht, liegt nach Ansicht des Sekretariats deshalb nicht vor. Es gibt auch keine derartige Verbandsempfehlung. Die Verabschiedung eines Entsorgungskonzepts kann entgegen dem Vorbringen des VSMR nicht als eine Empfehlung zur Nachfragebündelung qualifiziert werden; vielmehr handelt es sich dabei um die oben erwähnte Schaffung eines neuen Angebots.

31. Die Angebote von Swico und Sens unterscheiden sich grundsätzlich nur darin von möglichen Angeboten anderer Unternehmen, als sie von einem Verband beziehungsweise einer Stiftung, das heisst zum Teil von jenen Unternehmen, die das Angebot wahrnehmen, geschaffen wurden. Ob dies ausreicht, um auf ein gewolltes und bewusstes Zusammenwirken, aber insbesondere um auf das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsabrede zu schliessen, ist mehr als fraglich.

32. Die Wettbewerbskommission legt den Begriff der Wettbewerbsabrede bewusst weit aus und stellt dabei die Wettbewerbsbeschränkung in den Mittelpunkt (vgl. JC Decaux/Affichage in RPW 2001/2, S. 314, Rz. 39). Daher könnte vielleicht argumentiert werden, es liege bereits eine Wettbewerbsbeschränkung vor, wenn sich nicht jedes Unternehmen dazu entschliesst, die Entsorgung von Elektroschrott betriebsintern zu organisieren. Nach Auffassung des Sekretariats handelt es sich dabei aber kaum um eine zulässige Auslegung, denn wenn sich nur zwei von zum Beispiel 100 Unternehmen zur Auslagerung entschliessen würden, läge bereits eine Wettbewerbsbeschränkung vor. Auch kann der Wettbewerb dadurch intensiviert werden, dass sich einige kleinere Unternehmen dazu entschliessen, bestimmte Prozesse gemeinsam zu organisieren und dadurch erst die notwendige Grösse erreichen, um im Wettbewerb mit grösseren Unternehmen mithalten zu können. Zudem besagt das Auslagern von gewissen Betriebsabläufen nichts darüber, ob die Unternehmen darin "bewusst und gewollt zusammenwirken".

33. Es könnte für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede sprechen, wenn Mitglieder eines Verbandes ihren Verband beauftragen, ein Entsorgungskonzept auszuarbeiten, dieses Konzept danach verabschieden und umsetzen (so ging der Fachverband 6 [grafische Industrie] des Swico Dachverbands vor). Dem wäre entgegenzuhalten, dass es sich hierbei um ein Gütesiegel handelt, welches der Verband für Angebote vergibt, welche gewisse Kriterien erfüllen. Die Verbandsmitglieder bleiben jedoch frei, unter den bestehenden Angeboten zu wählen.

---

34. Das Sekretariat ist deshalb der Meinung, dass es keine Wettbewerbsabrede über die gemeinsame Rückführung und Entsorgung von Elektroschrott und damit auch keine Nachfragebündelung gibt.

35. Trotzdem soll für die Zwecke der Vorabklärung geprüft werden, ob eine solche Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG unzulässig wäre.

### **B.3.1.1. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bzw. Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung**

36. Um festzustellen, ob die Wettbewerbsabrede auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirkt oder den wirksamen Wettbewerb beseitigt, ist vorerst der betroffene Markt abzugrenzen. Dieser Markt wird gemeinhin als relevanter Markt bezeichnet.

37. Bei der Marktabgrenzung ist festzustellen, welche Waren und Leistungen mit jenen, die von der Abrede betroffen sind - im vorliegenden Fall somit das Angebot beziehungsweise die Leistung der Rückführung und Entsorgung von Elektroschrott -, substituierbar, das heisst austauschbar sind und somit miteinander im Wettbewerb stehen. Die Marktabgrenzung besagt jedoch noch nichts darüber, ob eine Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt oder den wirksamen Wettbewerb beseitigt. Um dies festzustellen, ist nach erfolgter Marktabgrenzung zu klären, welche Unternehmen diese Waren oder Leistungen herstellen<sup>1</sup>. Falls es neben dem von der Wettbewerbsabrede betroffenen Angebot konkurrierende Angebote anderer Unternehmen gibt oder es rasch solche geben könnte, und die Nachfrager auf diese Angebote ausweichen oder ausweichen würden, wenn das von der Wettbewerbsabrede betroffene Angebot unattraktiv wäre (wegen zu hoher Preise oder wegen ungenügender Qualität), liegt keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung oder eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vor. Denn in einem solchen Fall ist es den an der Wettbewerbsabrede Beteiligten nicht möglich, den Wettbewerb zu beschränken. Solche Beschränkungen, zum Beispiel in Form zu hoher Preise oder zu tiefer Qualität, hätten zur Folge, dass die Nachfrager auf andere Angebote ausweichen würden, so dass die an der Abrede Beteiligten gezwungen wären, entweder ihre Preise und Qualitäten auf wettbewerbliches Niveau zu bringen oder aus dem Markt auszuscheiden. Die Marktabgrenzung ist somit bloss eine Etappe auf dem

<sup>1</sup> Meist werden diese Unternehmen bereits im Rahmen der Marktabgrenzung identifiziert. Grundsätzlich sind das Identifizieren von Substituten und derjenigen Unternehmen, welche diese Substitute herstellen, aber zwei zu trennende Vorgänge.

Weg zur Klärung der Frage, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung oder eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vorliegt. Bei der Marktabgrenzung geht es jedenfalls nicht darum - wie der VSMR in seiner Eingabe vom 16. November 2001 vorbringt -, den Schutzbereich der von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Marktgegenseite zu bestimmen.

## **1 Relevanter Markt**

### **i Sachlich relevanter Markt**

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

39. Weil zu prüfen ist, ob die vermeintliche Wettbewerbsabrede über die gemeinsame Rückführung und Entsorgung von Elektroschrott eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirkt oder den wirksamen Wettbewerb beseitigt, sind als Marktgegenseite

- zum einen grundsätzlich die Nachfrager der Rückführung und Entsorgung von Elektroschrott zu definieren, das heisst somit die von der VREG zur Entsorgung verpflichteten Hersteller, Importeure und Händler. Diese sind jedoch gleichzeitig die an der Abrede Beteiligten. Als Marktgegenseite kommen deshalb die Inhaber von Altgeräten in Frage, denn sie bringen die Altgeräte zu den Sammelstellen der Entsorgungspflichtigen.

- zum andern die Entsorgungs- und Rückführungsunternehmen, das heisst die Anbieter der fraglichen Leistungen.

40. Die Inhaber der Altgeräte haben diese Geräte gemäss Artikel 3 VREG einem Händler, Hersteller oder Importeur oder einem Entsorgungsunternehmen zurückzugeben. Zulässig ist auch die Rückgabe an eine öffentliche Sammlung oder Sammelstelle für Geräte. Für die Altgeräteeinhaber sind somit all diese Sammelstellen austauschbar. Somit könnte ein Markt für Elektroschrott-Sammelstellen bestimmt werden.

41. Entsorgungs- und Rückführungsunternehmen bieten den Rücktransport von Elektroschrott beziehungsweise die Entsorgung von Elektroschrott an. Der VSMR geht von je einem separaten Markt für den Transport und die Entsorgung von Elektroschrott aus. Diese Marktabgrenzungen könnten für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung grundsätzlich übernommen werden. Weil - wie auch der VSMR vorbringt - Rückführung und Entsorgung in der Regel als Bündel angeboten werden und damit funktional eng verbundene Märkte sind, und weil das Ergebnis der Vorabklärung davon unberührt bleibt, sollen diese Leistungen im Folgenden zusammengefasst und als Markt

---



für die Organisation der VREG-konformen Rückführung und Entsorgung von Elektroschrott bezeichnet werden.

42. Gleich definiert im Übrigen die EU-Kommission in ihrem Entscheid zu Eco-Emballages SA sinngemäss einen Markt für Rückführungs- und Entsorgungssysteme, das heisst für die Organisation der Entsorgung (vgl. Eco-Emballages in C.M.L.R. [Common Market Law Reports], S. 1108). Eine engere Abgrenzung - zum Beispiel nach Entsorgungsart (thermisch, stofflich u.a.) - des sachlich relevanten Marktes ist nicht angezeigt, da die VREG die Art der Entsorgung vorgibt (vgl. Art. 6 VREG). Weil die Qualität dieser Leistung aber unterschiedlich sein kann, gibt es im Markt eine gewisse Produktdifferenzierung.

## **ii Räumlich relevanter Markt**

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

44. Die Inhaber von Altgeräten bringen die Geräte zu Sammelstellen, welche sich in der Nähe ihres Wohnorts befinden. Aus deren Sicht dürften sich die Märkte somit lokal abgrenzen. Was die Entsorgungs- und Rückführungsunternehmen anbelangt, so spricht der VSMR von einem schweizweiten Entsorgungs- und von einem regionalen Transportmarkt für Elektroschrott. Weil die Ermittlungen des Sekretariats aber nichts ergeben haben, was auf sehr unterschiedliche Wettbewerbsverhältnisse in den einzelnen regionalen Märkten schliessen liesse, und in der Schweiz somit von homogenen Wettbewerbsverhältnisse ausgegangen werden kann, sollen die räumlich relevanten Märkte für die Zwecke dieser Vorabklärung die gesamte Schweiz umfassen. Wie oben, bei der sachlichen Marktabgrenzung, bereits begründet, können diese Märkte in der Folge als Schweizer Markt für die Organisation der VREG-konformen Rückführung und Entsorgung von Elektroschrott zusammengefasst werden.

## **2 Aktueller Wettbewerb**

45. Wer Geräte zur Entsorgung entgegennimmt, braucht eine Bewilligung des Kantons (Art. 7 Abs. 1 VREG). Wer über eine solche Bewilligung verfügt, kann somit grundsätzlich als Anbieter für die Entsorgung von Elektroschrott gelten. Weil die Rückführung der Altstoffe traditionellerweise gleichzeitig mit deren Entsorgung angeboten wird, sind Inhaber der notwendigen kantonalen Bewilligung aktuelle Konkurrenten auf dem Schweizer Markt für die VREG-konforme Rückführung und Entsorgung von Elektroschrott. Gemäss einer vom VSMR eingereichten Liste gibt es über 100 Unternehmen mit der erforderlichen kantonalen Bewilligung.

46. Nicht alle diese Unternehmen können aber als Konkurrenten der Sens und des Swico bezeichnet werden, weil einige davon zurzeit ver-

---

traglich mit dem Swico und/oder der Sens verbunden sind. Diese Betriebe entsorgen im Auftrag des Swico und/oder der Sens Elektroschrott und werden den Verband beziehungsweise die Stiftung deshalb nicht konkurrenzieren. Nach Abzug dieser Unternehmen verbleiben aber nach wie vor zirka 100 Betriebe, welche grundsätzlich als Konkurrenten von Swico und Sens gelten können.

47. Die Angebote dieser Konkurrenten sind allerdings nicht identisch mit den Angeboten von Swico und Sens. Es existiert somit eine Produktdifferenzierung im Markt (vgl. auch oben, zum sachlich relevanten Markt). Alle Anbieter in diesem Markt sind bemüht, eine Reputation beziehungsweise eine Marke aufzubauen, welche den Nachfragern signalisieren soll, dass sie die Altstoffe tatsächlich umweltverträglich und VREG-konform entsorgen. In den Aufbau einer solchen Reputation haben Swico und Sens grosse Mittel investiert und dazu unter anderem die so genannten Swico- und Sens-Lizenzen für Entsorgungsbetriebe geschaffen (dazu vgl. unten B.5.3., 2). Auch der VSMR hat ein "Label" für so genannte VSMR-Recycling-Fachbetriebe geschaffen, welches ein fachgerechtes und umweltverträgliches Recycling von Elektro- und Elektronikgeräten garantieren soll. Zudem unterscheidet sich die Art, wie die Entsorgung bei Swico und Sens einerseits und den anderen Anbietern andererseits organisiert ist. Während Swico und Sens die Entsorgung mittels vorgezogener Entsorgungsgebühren (vRG) finanzieren (Einführung der neuen Finanzierungsart bei der Sens ab 01.01.2003), erheben die anderen Anbieter meist direkte Gebühren zum Zeitpunkt der Anlieferung der Altstoffe beziehungsweise des Abholens der Altstoffe beim Inhaber. Für gewisse Elektrogeräte, zum Beispiel Wasch- und Abwaschgeräte, bezahlen die Entsorger dem Inhaber einen bestimmten Betrag. Die Höhe dieses Betrags ist abhängig von der Art Rohstoffe, die sich im Altgerät befinden, und von den aktuellen Rohstoffpreisen auf dem Markt. Ferner bieten Swico und Sens ihre Dienstleistung in der gesamten Schweiz an; die anderen Entsorger sind regional tätig.

48. Die Nachfrager scheinen das Swico-Entsorgungskonzept (und wohl auch das Easy-Rec-Konzept, welches auf der Swico-Organisation aufbaut) zu bevorzugen. Als Vorteile genannt werden die sichergestellte fachgerechte Entsorgung und die Art der Finanzierung beziehungsweise die Überwälzung der Entsorgungskosten auf die Verbraucher, Mehrkosten in der Logistik und im Aufwand anderer Systeme, auch sei das Swico-System glaubhafter zu verkaufen als eine Einzelaktion, mehr Transparenz für den Konsumenten und eine Steigerung der Rücklaufquote, eine grosse Vereinfachung interner Prozesse, Vermeidung von Kundenärgernissen bei der Rückgabe von Altgeräten sowie Lösung des Trittbrettfahrerproblems. Ferner könnten durch die umfassende Lösung des Easy-Rec-Systems staatliche Eingriffe vermieden werden. Einige öffentliche Verwaltungen scheinen die Mitgliedschaft beim Swico-Entsorgungssystem zur Bedingung für die Teilnahme an

öffentlichen Ausschreibungen gemacht zu haben, so dass von dieser Seite der Entscheid der Anbieterwahl beeinflusst wird.

49. Diese von den Nachfragern geltend gemachten Vorteile des Easy-Rec-Systems haben im Zeitablauf dazu geführt, dass sich immer mehr Nachfrager für dieses System entschieden haben. Dabei handelt es sich grundsätzlich um einen wettbewerblichen Vorgang, das heisst, das Swico- (und ab 2003 das Easy-Rec-) System hat sich im Wettbewerb gegen die anderen Systeme durchgesetzt. Es scheint deshalb verfehlt, wegen der starken Marktstellung, die der Swico und die Sens im Wettbewerb errungen haben, heute auf eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung oder sogar eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch die Abrede über die Rückführung und Entsorgung von Elektroschrott zu schliessen<sup>2</sup>.

50. Diese Folgerung ergibt sich unabhängig von der gewählten Marktangrenzungen (vgl. oben, zur sachlichen Marktangrenzungen). Sowohl im Bereich der Sammelstellen als auch in den Bereichen der Nachfrage nach Transport- und Entsorgungsleistungen haben der Swico und die Sens ihre starken Marktstellungen errungen, weil sich immer mehr Nachfrager für die Entsorgungsorganisationen des Swico und der Sens entschieden haben.

51. Es könnte argumentiert werden - wie es der VSMR und die anderen Antragsteller implizite tun -, dass der Swico (und die Sens im zukünftigen Easy-Rec-System) seine starke Stellung durch den Einsatz von kartellrechtlich unzulässigen Mitteln (= Wettbewerbsbeschränkungen) erreicht hat. In diesem Zusammenhang wird insbesondere vorgebracht, dass die vom Swico eingeführte vRG eine Preisabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG sei.

### **B.3.2. Die Abreden über die vorgezogenen Entsorgungsgebühren (vRG)**

52. In seiner Vorabklärung von 1999 kam das Sekretariat zum Schluss, dass es sich beim Finanzierungssystem der Swico-Recycling-Garantie nicht um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG handeln würde, weil dadurch keine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt würde, denn es sei den Unterzeichnern der Swico-Konvention überlassen, ob - und falls ja in welcher Höhe - sie ihre Recyclingbeiträge auf die einzelnen Produkte überwälzen wollten (vgl. RPW 1999/3, S. 374, Rz. 7).

<sup>2</sup> Diese Folgerung führt wiederum zurück zur Frage nach dem Vorliegen einer Wettbewerbsabrede. Da sich die Unterzeichner der Swico-Konvention oder des Sens-Entsorgungssystems zum Beitritt zu diesen Systemen entschieden haben, weil diese Systeme scheinbar besser sind als alternative Angebote, und nicht, weil der Verband oder die Stiftung dies vorgeben oder empfehlen würde, liegt keine Vereinbarung und damit auch keine Wettbewerbsabrede vor.

53. Der VSMR bringt vor, dass eine Preisabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG vorliegen würde, weil die Hersteller, Importeure und Händler die Höhe der vRG gemeinsam festlegen, das heisst, sich auf eine einheitliche vRG verständigen würden. Zudem sei die Feststellung des Sekretariats in der erwähnten Vorabklärung, wonach die Swico-Unterzeichner für die Entsorgung substituierbarer Geräte gleicher Preisklasse nicht (mehr) dieselben Entsorgungsgebühren auf ihre Produktpreise überwälzen würden, nachweislich falsch. Als Beleg wird auf die Homepage des Swico verwiesen, wo explizit bestätigt würde, dass einheitliche Gebühren pro verkauftes Neugerät erhoben würden. Zwar ist die Erhebung von Gebühren nicht gleichbedeutend mit der Überwälzung dieser Gebühren auf den Verbraucher (der Beleg des VSMR ist somit keiner). Das Sekretariat hat aber Ermittlungen über die Handhabung der vRG angestellt. Die befragten Unternehmen haben alle angegeben, dass sie die vRG überwälzen würden. Die so genannten Richtlinien für den Handel des Swico geben zudem vor, dass der Handel die vRG an den Endkunden weitergeben soll. Die Konventionsunterzeichner mögen somit zwar frei in ihrem Entscheid sein, ob sie die vRG überwälzen wollen; der Swico gibt aber eine Empfehlung zur einheitlichen Handhabung, nämlich der Überwälzung, ab, welche auch befolgt wird. Die einheitliche Handhabung bewirkt somit eine Wettbewerbsbeschränkung.

54. Bei einer allfälligen Qualifizierung der vRG als Wettbewerbsabrede stellen sich bezüglich des "bewussten und gewollten Zusammenwirkens" grundsätzlich dieselben Fragen wie bei der "Abrede" über die Entsorgung von Elektroschrott beziehungsweise der Swico-Konvention und dem Sens-Entsorgungssystem (vgl. oben, 3.1.). Während es aber bei letzteren "Abreden" keinerlei Verträge oder sonstige Vereinbarungen der Nachfrager (Händler, Hersteller und Importeure) gibt, wonach diese übereinkommen würden, ihrer Entsorgungspflicht via Swico und Sens beziehungsweise Easy-Rec nachzukommen, existieren im Fall der vRG derartige Vereinbarungen in Form der Swico-Konvention und der Vereinbarung EasyRec der Sens. Die Swico-Konvention, welche von allen Nachfragern unterzeichnet wird, welche ihre Geräte durch den Swico entsorgen lassen, sieht in Ziffer 8 vor, dass die vRG durch den Importeur/Hersteller als fester Betrag je ausgeliefertes Neugerät gemäss offizieller Swico vRG-Tabelle zu erheben ist. Zudem sind gemäss dieser Bestimmung die festgelegten vRG in ihrer Höhe verbindlich für alle Mitglieder und werden über alle Verkaufskanäle erhoben. Ähnliche Bestimmungen enthält die EasyRec-Vereinbarung der Sens. Damit vereinbaren die Nachfrager die Entsorgungspreise, welche sie an den Swico beziehungsweise die Sens entrichten und auf die Endverbraucher überwälzen. Es liegt somit auch ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der Konventionsunterzeichner vor.

---

55. Die Vereinbarung über die Erhebung der vRG ist folglich eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG. Dies wurde vom Swico und der Sens im Übrigen nie bestritten (vgl. hierzu auch den Aufsatz von A. L. CELLI und D. M. KALBERER zur Swico-Umweltkonvention in sic! 3/1999, S. 327 ff.).

56. Bei der Abrede über die vRG könnte es sich um zwei Wettbewerbsabreden handeln: Eine über die Höhe dieser Gebühr, die andere über die Art der Gebühr, nämlich, dass sie "vorgezogen" erhoben wird. Im Fall der Abrede über die Art der Gebühr ist allerdings zweifelhaft, ob diese geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken. Im Folgenden werden trotzdem beide Abreden separat auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit geprüft.

### **B.3.2.1. Beurteilung der Abrede über die Art der Gebührenerhebung**

57. Hierbei handelt es sich nicht um einen so genannten, von Artikel 5 Absatz 3 KG erfassten Vermutungstatbestand. Die Art, wie eine Gebühr oder ein Preis erhoben wird, hat nichts mit dem Preis an und für sich zu tun. Diese Abrede ist nicht geeignet, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Auf dem Markt für die VREG-konforme Rückführung und Entsorgung von Elektroschrott kommt der Wettbewerb nicht durch die Vereinbarung über die Art der Entsorgungsfinanzierung zum Erliegen. Ob die Abrede eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirkt, kann offen bleiben, da sie sich - wie nachfolgend gezeigt wird - aus Effizienzgründen rechtfertigt.

58. Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG nennt als Rechtfertigungsgründe die Senkung von Herstellungs- und Vertriebskosten, die Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren, die Förderung der Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen sowie die rationellere Nutzung von Ressourcen. Gemäss Botschaft zum Kartellgesetz soll das Kriterium "rationellere Nutzung von Ressourcen" den Unternehmen insbesondere ermöglichen, allgemeine öffentliche Anliegen (wie Umweltschutz, rationelle Nutzung von Energie, Gesundheit, Ausbildung, Sicherheit) im Sinne einer Selbstregulierung auf der Basis der Kooperation zu verwirklichen (vgl. BBl 1995 I 560).

59. Heute wird kaum mehr bestritten, dass die vorgezogene, das heisst beim Kauf eines Neuprodukts erhobene Gebühr die Rücklaufquote von Altgeräten steigert. Muss der Abfallinhaber bei der Rückgabe der Altgeräte einen Entsorgungspreis entrichten, besteht die Gefahr, dass der Verbraucher für die Behandlung oder Verwertung vorgesehene Abfälle mit den Siedlungsabfällen vermischt oder "wild" entsorgt, das heisst im Wald, auf Parkplätzen oder anderswo deponiert (vgl. Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission und des Preisüberwachers VKKP 2/1995, S. 64, wo auf die Botschaft

zum Umweltschutzgesetz [BBl 1993 II 1445ff.] verwiesen wird). Die Vereinbarung im Rahmen der Swico-Konvention, wonach die Gebühren vorgezogen zu erheben sind, ist somit notwendig, um Ressourcen rationeller zu nutzen und rechtfertigt sich deshalb aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz.

60. Dass diese Abrede nicht die Möglichkeit eröffnet, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (vgl. Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG), wurde oben, vgl. Randziffer 57, gezeigt.

### **B.3.2.2. Beurteilung der Abrede über die Höhe der vRG**

61. Bei der vRG handelt es sich um den Preis für die Entsorgung von Elektroschrott. Aus diesem Grund handelt es sich bei der Vereinbarung, wonach die Höhe der vRG für alle Konventionsunterzeichner verbindlich ist, zusammen mit der Tatsache, dass die Unterzeichner die vRG auf den Endverbraucher überwälzen, um eine Preisabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG.

62. Bei Preisabreden wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet. Die Vermutung kann umgestossen werden, wenn trotz der Abrede wirksamer - aktueller und/oder potenzieller - Ausserwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) besteht (vgl. RPW 2001/4, S. 676, Rz. 113).

## **1 Umstossen der Vermutung; Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung**

### **i Innenwettbewerb**

63. Migros - als Konventionsunterzeichnerin - bringt vor, dass die vRG keine Auswirkungen auf die Preisbildung haben wird, weil im Markt eine enorme Konkurrenz herrsche. Ähnlich - zumindest implizite - argumentieren die anderen befragten Unternehmen. Sie sprechen davon, dass sich die Preise durch die vRG nicht geändert hätten. Die Unternehmen bringen damit zum Ausdruck, dass aus ihrer Sicht nicht der Markt für die VREG-konforme Rückführung und Entsorgung von Elektroschrott als im Sinne des KG relevanter Markt ist, sondern jene für Neugeräte. Ähnlich argumentierten auch CELLI und KALBERER im oben erwähnten Aufsatz (vgl. Rz. 55).

64. Wird diese Sichtweise übernommen, lässt sich die Vermutung umstossen. Denn dass die vRG den wirksamen Wettbewerb unter den Neugeräteanbietern (z.B. unter den Anbietern von TV-Geräten) beseitigen würde, ist auszuschliessen. Somit ist - angenommen, relevante Märkte seien wirklich jene für Neugeräte - weiter zu prüfen, ob die Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt.

65. Der Preis eines Neugeräts setzt sich zusammen aus a) dem Preis für das Neugerät an und für sich sowie b) aus dem Preis für die spätere

---

Entsorgung des heute noch neuen Geräts, das heisst der vRG. Beim Entscheid, welches Gerät er bei welchem Anbieter kaufen soll, achtet ein potenzieller Käufer somit auch auf den Preis, den er für die spätere Entsorgung zu entrichten hat. Damit wird in den Neugerätemarkten auch der Entsorgungspreis zum Wettbewerbsparameter, so wie der Neugerätepreis, die Qualität des Geräts, die Beratung und der Service. Ein Anbieter von Neugeräten kann sich durchaus auszeichnen und entsprechend Wettbewerbsvorteile erringen, wenn sein Entsorgungspreis tiefer ist als jener der Konkurrenz. Durch die Vereinheitlichung des Entsorgungspreises eliminieren die Unterzeichner der Swico-Konvention (und ab 1.1.2003 der Sens-Entsorgungsorganisation) somit einen Wettbewerbsparameter und schwächen den Wettbewerb.

66. Die Vereinheitlichung des Entsorgungspreises hat zudem mit grosser Wahrscheinlichkeit zur Folge - wie bei Preisabreden zu erwarten -, dass der Entsorgungspreis für den Endverbraucher höher wird. So haben Coop und Migros Altgeräte bei gleichzeitigem Kauf eines neuen Geräts gratis zurückgenommen. Folglich haben Coop und Migros in diesen Fällen die Entsorgungskosten übernommen, das heisst die Verkaufsmarge von Coop und Migros schmälerte sich dadurch. Heute tragen Coop und Migros die Entsorgungskosten nicht mehr, sondern überwälzen sie in Form der vRG auf die Neugeräte Käufer. Damit verteuert sich das Neugerät für den Käufer um die vRG, gleichzeitig vergrössern sich die Verkaufsmargen von Migros und Coop. Diese theoretischen Überlegungen wären in einer allfälligen Untersuchung empirisch zu überprüfen, dürften sich aber mit einiger Gewissheit als richtig erweisen, da die vRG nach Aussagen der befragten Unternehmen keine Auswirkungen auf die Preisbildung bei Neugeräten hatte, sondern die vRG einfach als zusätzliche Position auf den Preislisten erschienen ist. Die Entsorgung scheint somit nicht eine "blosse" zusätzliche Kostenposition zu sein, welche in Form der vRG je nach Wettbewerbsverhältnissen ganz oder teilweise auf die Endverbraucher überwälzt wird, sondern sie wird vom Endverbraucher gleichzeitig als neue Leistung wahrgenommen, für die er zu bezahlen bereit ist. Die Preise für Neugeräte dürften daher effektiv gestiegen sein, jedenfalls bei jenen Unternehmen, welche vor Konventionsunterzeichnung Altgeräte zum Teil gratis zurückgenommen haben.

67. Die Vereinbarung über die Höhe der vRG schwächt somit den Wettbewerb unter den Unterzeichnern der Swico-Konvention und führt zu einer Erhöhung der Preise für Neugeräte. Sie bewirkt damit eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung.

## **ii Aussenwettbewerb**

68. Bei starkem Aussenwettbewerb, das heisst starker aktueller und/oder potenzieller Konkurrenz wäre es den an der Abrede Beteiligten nicht möglich, die Preise zu erhöhen, weil die Nachfrager - hier die Käufer von Neugeräten - auf Konkurrenten ausweichen würden. Wie

---

oben gezeigt wurde, hat die Wettbewerbsabrede aber tatsächlich ein Ansteigen der Preise für Neugeräte bewirkt. Es würde sich deshalb erübrigen, den Aussenwettbewerb zu analysieren. Der Vollständigkeit halber soll trotzdem gezeigt werden, dass kein nennenswerter Aussenwettbewerb existiert.

69. Die meisten Neugeräteanbieter (Hersteller, Importeure und Händler) haben in den letzten Jahren nach und nach die Swico-Konvention oder nun eine Easy-Rec-Vereinbarung mit der Sens unterzeichnet. Am 8. April 2002 gab es 202 Konventionsunterzeichner, darunter Unternehmen wie Migros, Coop, Jumbo, 3M (Schweiz) AG, Apple Computer AG, Fust AG, Kodak SA, IBM und so weiter. Das Sekretariat verfügt über keine Marktanteilsangaben. Die Konventionsunterzeichner decken aber mit hoher Wahrscheinlichkeit den grössten Teil der Neugerätemarkte ab (der VSMR spricht von einer "Abdeckung von praktisch 100%").

70. Wird der Aussenwettbewerb im oben definierten relevanten Markt für die VREG-konforme Rückführung und Entsorgung von Elektroschrott beurteilt, ist festzustellen, dass die Konkurrenten von Swico und Sens Marktanteile verloren haben. Dies ist auch eine der Hauptstossrichtungen ihrer Eingaben, das heisst, es wird vorgebracht, sie hätten Marktanteile wegen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen seitens Swico und Sens verloren. Die potenzielle Konkurrenz ist als schwach einzustufen, da insbesondere der Verbringung von Elektroschrott ins Ausland einige Hürden entgegen stehen. So ist der Export von Altstoffen, wozu auch Elektroschrott gehört, bewilligungspflichtig. Auch sollen Altstoffe gemäss dem Basler-Übereinkommen über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung vom 22. März 1989 (SR 0.814.05) möglichst im Inland entsorgt werden. Zudem versuchen Händler, Hersteller und Importeure die Transportwege kurz zu halten. Es wird deshalb zum Beispiel deutschen Unternehmen schwer fallen, Kunden in der Schweiz zu akquirieren.

71. Der Aussenwettbewerb ist somit als schwach einzustufen. Wie bereits gezeigt, bewirkt die Abrede über die Höhe der vRG eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung.

## **2 Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen**

72. Gemäss Swico ist die Gebühr, welche durch die Teilnehmer am Swico-System reserviert werden muss, festgelegt, damit alle Marktteilnehmer einen fairen Beitrag zum Gesamtsystem leisten.

73. "Fairness" ist keiner der in Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG genannten Gründe wirtschaftlicher Effizienz, welche eine Wettbewerbsabrede rechtfertigen könnten. Es könnte allenfalls überlegt werden, ob die Vereinbarung über die Höhe der vRG ebenfalls, das heisst wie jene über die Art der Gebührenerhebung, notwendig ist, um Ressour-

---



cen rationeller zu nutzen, im vorliegenden Fall konkret, um die Rücklaufquote zu steigern.

74. Um diesen Zweck zu erreichen, genügt nach Auffassung des Sekretariats die Vereinbarung, wonach die Gebühren beim Verkauf des Neugeräts, das heisst vorgezogen, erhoben werden. Der Inhaber eines Altgeräts wird allenfalls von der Rückgabe dieses Geräts abgehalten, wenn er bei der Rückgabe einen Entsorgungsbeitrag leisten muss. Es ist somit wesentlich zu vermeiden, dass zum Rückgabezeitpunkt ein Beitrag erhoben wird. Dagegen beeinflusst die Vereinbarung über die Höhe der Gebühr die Rücklaufquote nicht (vgl. die ähnliche Argumentation in der Eingabe des VSMR vom 18. November 2001).

75. Im Entsorgungsbereich ist zum Teil von mangelnder Transparenz die Rede (vgl. etwa die NZZ am Sonntag vom 24. März 2002 "Irreführende Preisschilder"). Coop macht geltend, dass die vorgezogene Recyclinggebühr die Transparenz verbessere. Auch "Transparenz" ist keiner der in Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG aufgeführten Effizienzgründe. Man könnte allenfalls der Auffassung sein, dass grössere Transparenz zur Steigerung der Rücklaufquoten und damit zur rationellen Ressourcennutzung beiträgt. Auch in diesem Zusammenhang ist das Sekretariat der Auffassung, dass es genügt zu kommunizieren (d.h. Transparenz zu schaffen), dass die Rücknahme von Altgeräten "gratis" ist, weil die Entsorgung bereits beim Neukauf bezahlt wird (vgl. dazu auch VKKP 2/1996, S. 71). Zudem ist es nicht notwendig, dass beim Neukauf ausgewiesen wird, welcher Betrag für die Entsorgung bezahlt wird. Es genügt für den Verbraucher zu wissen, dass sich der Preis für das Neugerät inklusive Entsorgungsgebühr versteht. Der Wettbewerb in den Neugerätemärkten ist in der Lage, dafür zu sorgen, dass diese Gebühr nicht zu hoch ausfällt, wenn sich der Neugerätepreis inklusive Entsorgungsgebühr versteht.

76. In Unterlagen, die der Swico dem Sekretariat anlässlich einer Besprechung vom 6. Dezember 2001 übergeben hat, wird auf den Entwurf WEEE (waste electrical and electronical equipment) der EU hingewiesen. Dieser Richtlinienentwurf würde dieselben Ziele wie der Swico beziehungsweise das Easy-Rec-System verfolgen. Die WEEE verfolgt dieselben Ziele, allerdings nicht mit den vom Swico gewählten Mittel. So hat das Europäische Parlament bei der Beratung über die WEEE vorgesehen, dass die Hersteller die Kosten für die Abfallentsorgung ihrer Produkte tragen. Eine Ausnahme gilt nur für Produkte, die vor Inkrafttreten der Richtlinie auf den Markt gebracht wurden, und für Produkte, deren Hersteller nicht mehr ermittelt werden kann. Hier sollen die Hersteller in einer Übergangsphase von höchstens zehn Jahren die Möglichkeit haben, auf freiwilliger Basis die Kosten der Entsorgung der Altgeräte beim Neuprodukteverkauf auszuweisen. Auch in diesem Zusammenhang ist aber nicht von Vereinbarungen über die

---

Höhe solcher Gebühren die Rede (vgl. die Informationen über die WEEE auf der Website der EU).

77. Inwieweit die Abrede notwendig sein könnte, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem Wissen zu fördern, ist nicht ersichtlich. Es liegen somit keine Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vor, welche die Wettbewerbsabrede rechtfertigen könnten.

### **B.3.3. Die Abrede über die Marktaufteilung**

78. Im Rahmen des Projektes Easy-Rec haben der Swico und die Sens vereinbart, dass der Swico neben der Organisation der bisher bereits zu entsorgenden Geräte (Geräte aus den Bereichen Informatik, Büroelektronik, Telekommunikation und grafischer Industrie) neu auch die Organisation der Entsorgung der Geräte der Unterhaltungselektronik übernimmt. Die Sens organisiert die Entsorgung von Haushaltgross- und -kleingeräten, Raumluftbehandlungsgeräten, Elektrowerkzeugen und -installationsmaterial und der elektrischen Gartengeräte. Damit haben sich der Swico und die Sens den Markt für die Organisation der VREG-konformen Rückführung und Entsorgung von Elektroschrott aufgeteilt.

79. Es ist offensichtlich, dass es sich dabei um ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken des Swico und der Sens handelt. Weil sowohl der Swico als auch die Sens Anbieter auf dem oben erwähnten Markt sind, stehen sie grundsätzlich in einem Wettbewerbsverhältnis (vgl. auch RPW 1999/3, S. 374, Rz. 6, wo die Sens als Konkurrentin bzw. alternative Anbieterin von Entsorgungslösungen bezeichnet wird). Die Vereinbarung beschränkt somit den Wettbewerb und ist somit als Wettbewerbsabrede zu qualifizieren.

#### **B.3.3.1. Beurteilung der Abrede**

80. Bei Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern wird gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe c KG die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet.

81. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Abrede über die Aufteilung des Markts nach Produkten. Es kann offen bleiben, ob diese Abrede per Analogieschluss von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe c KG erfasst wird, denn selbst wenn dies nicht der Fall wäre, handelt es sich nach Auffassung des Sekretariats um eine unzulässige Wettbewerbsabrede.

82. Der Swico und die Sens sind im Schweizer Markt für die VREG-konforme Rückführung und Entsorgung von Elektroschrott die mit Abstand grössten Anbieter. Die potenzielle Konkurrenz ist als schwach einzustufen (vgl. B.3.2.2, ii.). Da der Swico somit potenziell der stärkste Wettbewerber der Sens wäre und umgekehrt, bewirkt die Abrede,

welche den Wettbewerb zwischen dem Swico und der Sens behindert, eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung, wenn sie nicht sogar den wirksamen Wettbewerb beseitigt.

83. Weil der Swico und die Sens die Rückführung und Entsorgung "nur" organisieren, ist nicht ersichtlich, inwiefern die Marktaufteilung nach Produkten notwendig sein könnte, 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 (Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG). Dies wäre vielleicht der Fall, wenn sich die vom Swico und der Sens mit der Rückführung und Entsorgung beauftragten Unternehmen wie der Swico und die Sens auf bestimmte Produkte spezialisiert hätten. Wie der Liste der Entsorgungsunternehmen gemäss Artikel 7 VREG zu entnehmen ist, trifft dies aber nur in wenigen Fällen zu. Es liegen somit keine Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vor, welche die Wettbewerbsabrede rechtfertigen könnten.

#### **B.4. Zwischenergebnis**

84. Nach Ansicht des Sekretariats gibt es keine Wettbewerbsabrede über die gemeinsame Rückführung und Entsorgung von Elektroschrott. Dagegen handelt es sich bei den Vereinbarungen über die Art der Gebührenerhebung und die Höhe der Gebühr sowie über die Aufteilung des Markts nach Produkten um Wettbewerbsabreden. Während sich jene über die Art der Gebührenerhebung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt, liegen für die anderen beiden keine Rechtfertigungsgründe vor. Es bestehen somit Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen.

#### **B.5. Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen**

85. Der Swico hat die Aufträge

- für die Rückführung sowie jene
- für die Entsorgung von Bürogeräten und Geräten der Informati- und Kommunikationstechnik ausgeschrieben.

Sens hat die Aufträge für die Entsorgung von Unterhaltungselektronik ausgeschrieben.

86. Voraussetzung, dass an der Ausschreibung für einen Entsorgungsauftrag teilgenommen werden konnte, ist eine Swico- beziehungsweise Sens-Lizenz. Diese Lizenz wird erteilt, falls ein bestimmter Qualitätsstandard eingehalten wird.

87. Für die Vergabe der Entsorgungsaufträge wurde die Schweiz in 22 Gebietslose aufgeteilt. Transportunternehmen bringen die Geräte von den Sammelstellen, den Händlern, Herstellern und Importeuren zum jeweiligen Entsorger. Da die Geräte der Unterhaltungselektronik und

---

der Büroautomation über den Swico abgerechnet werden, Haushaltgeräte, Geräte des Bau-, Garten- und Hobbymarktes dagegen über die Sens, muss der Entsorger die Triage durchführen und jeweils an den Swico und die Sens Rechnung stellen. Swico und Sens entschädigen die Entsorger aus dem vRG-Fonds, der durch die von Herstellern/Importeuren weitergeleiteten vRG gespeisen wird.

88. Die Jemet AG, die Met-Fer SA und die Chiesa Alteisen AG Altmetalle sowie der VSMR haben in ihren Eingaben vorgebracht, dass

- es sich bei der Aufteilung in der Schweiz in 22 Gebietslose um eine Gebietsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe c KG handeln würde. Auf dieses Vorbringen wird nachfolgend nicht weiter eingegangen, da es offensichtlich unbegründet ist. Der Swico hat diese Gebietseinteilung selbst vorgenommen; eine Absprache unter den Entsorgungsunternehmen, die im Übrigen im Voraus nicht wissen konnten, ob - und falls ja welche - Gebietslose sie erhalten würden, existiert nicht.
- die Zuteilung der Gebietslose an jeweils einen einzigen Entsorgungsbetrieb zu Monopolstellungen in diesen Gebieten führe. Aus den Eingaben geht nicht klar hervor, welcher vom KG erfasste Tatbestand vorliegen soll, jedoch ist denkbar, dass damit in missbräuchlicher Weise andere Entsorgungsunternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden (Art. 7 Abs. 1 KG)<sup>3</sup>.
- es sich nicht rechtfertigen lasse, als Zuschlagskriterium eine Swico-beziehungsweise Sens-Lizenz zu fordern, weil die VREG bereits vorsehe, dass Elektroschrott nur entsorgen dürfe, wer über eine entsprechende kantonale Bewilligung verfüge.

<sup>3</sup> Dieser Tatbestand könnte allenfalls auch als vertikale Wettbewerbsabrede zwischen dem Swico und dem Entsorger, welcher den Zuschlag erhalten hat, angesehen werden. Gemäss Ziff. 3 Bst. b der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 18. Februar 2002 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden gelten direkte oder indirekte Beschränkungen des geografischen Absatzgebietes als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Falls die exklusive Zuteilung eines Gebietsloses von Ziff. 3 Bst. b der Bekanntmachung erfasst wird, ist sie nur zulässig, wenn sie sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt (Art. 5 Abs. 2 KG). Weil sich Verhaltensweisen, welche andere Unternehmen in der Ausübung oder Aufnahme des Wettbewerbs behindern, nur rechtfertigen lassen, wenn dafür sachliche Rechtfertigungsgründe, so genannte "legitimate business reasons", vorliegen, und diese Rechtfertigungsgründe in aller Regel mit jenen in Art. 5 Abs. 2 KG identisch sind, braucht in der Folge nicht mehr auf die Frage eingegangen zu werden, ob es sich allenfalls um vertikale Wettbewerbsabreden handelt. Denn liegen für diese Verhaltensweisen "legitimate business reasons" vor, so darf daraus geschlossen werden, dass dafür auch Rechtfertigungsgründe nach Art. 5 Abs. 2 KG vorliegen.

- es sich ebenso wenig rechtfertigen lasse, bei der Ausschreibung Transport- und Entsorgungsleistung derart zu trennen, dass der Transport nur durch ein gesamtschweizerisch tätiges Transportunternehmen ausgeführt werden könne. Dadurch würde die unternehmerische Tätigkeit anderer im Entsorgungsbereich tätiger Transportunternehmen in missbräuchlicher Art und Weise behindert.

- die vom Swico vorgesehene Entsorgungsorganisation insgesamt nicht effizient sei, weil zum Beispiel gewisse Zerlegebetriebe bereit seien, für Altgeräte, welche wertvolle Rohstoffe enthalten, zu bezahlen, während der Swico in jedem Fall eine fixe Entschädigung ausrichtete, oder auch weil das Wiederverwerten von noch gebrauchsfähigen Geräten den Entsorgern und Sammelstellen im Swico-System untersagt sei.

89. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Vorab gilt es somit festzustellen, ob der Swico und/oder die Sens (oder Easy-Rec als Gesamtsystem) marktbeherrschend sind.

#### **B.5.1. Marktbeherrschendes Unternehmen**

90. 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).

91. Wie weiter oben gezeigt wurde (vgl. B.3.1.1, 2), verfügt der Swico im Markt für die VREG-konforme Rückführung und Entsorgung von Elektroschrott zumindest über eine starke Stellung. Es kann aber offen bleiben, ob der Swico oder die Sens oder beide gemeinsam marktbeherrschend im Sinne des Kartellgesetzes sind, weil - wie nachfolgend gezeigt wird - keine unzulässige Verhaltensweise vorliegt. Zur Begründung wie folgt:

#### **B.5.2. Behinderung oder Benachteiligung**

92. Für die Zwecke dieser Vorabklärung wird davon ausgegangen, die Unternehmen würden rein durch die Tatsache in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert, dass der Swico und die Sens bestimmte Bedingungen, welche nicht alle Unternehmen erfüllen, an den Zuschlag stellen. Zu klären ist somit die Frage, ob diese Bedingungen missbräuchlich sind.

#### **B.5.3. Missbrauch**

93. Missbräuchlich sind Verhaltensweisen nur dann, wenn sie sich nicht sachlich rechtfertigen lassen (vgl. RPW 2001/1, S. 105, Rz. 50).

---

## 1 Die Zuteilung von Gebietslosen

94. Ein Gebietslos schliesst die Rücknahme und Entsorgung aller in dem das Los umfassenden Gebiet anfallenden Altgeräte ein beziehungsweise von jenen Altgeräten, die von Swico-Konventionsunterzeichnern und Easy-Rec-Vertragspartnern zu entsorgen sind.

95. Gegen das Vorliegen einer Rechtfertigung aus sachlichen Gründen wird angeführt, dass das Sens-Entsorgungskonzept bislang ohne entsprechende Gebietslose auskam. Ferner wird bezweifelt, dass es bei der Zuteilung von Gebietslosen nur darum gehe, effizientere Abläufe zu schaffen, weil Gebietslose nicht ausschliesslich an im fraglichen Gebiet tätige Entsorger vergeben würden.

96. Es spricht nicht gegen das Vorliegen sachlicher Rechtfertigungsgründe, wenn ein anderes Unternehmen, im vorliegenden Fall die Sens, andere Produktionsprozesse, hier: eine andere Rückführungsorganisation, kennt. Nach Auffassung des Sekretariats ist es eher zufällig, wenn zwei Unternehmen dieselben Produktionsprozesse wählen. Aus der Tatsache, dass Sens bisher ohne entsprechende Gebietslose auskam, kann - wenn überhaupt - höchstens geschlossen werden, dass die Swico-Organisation effizienter als jene der Sens war, da Sens im Rahmen des Easy-Rec-Projekts nun auch zur Ausschreibung von Gebietslosen übergehen wird.

97. Auch die Tatsache, dass nicht alle Gebietslose an im entsprechenden Gebiet ansässige Entsorgungsbetriebe vergeben wurden, spricht nicht gegen das Vorliegen sachlicher Rechtfertigungsgründe. Zuschlagskriterium war nicht nur die regionale Präsenz eines Entsorgungsbetriebs, sondern zusätzlich der Entsorgungspreis, die bisherige Erfahrung in der Zusammenarbeit sowie der Einbezug sozialer Institutionen bei der Entsorgung. Diese Kriterien wurden von der Sens zudem unterschiedlich gewichtet. Das Kriterium "Preis" wurde mit 50%, "regionale Präsenz" und "bisherige Erfahrungen in der Zusammenarbeit" je mit 20% und "Einbezug sozialer Institutionen" mit 10% bewertet. Ein nicht ortsansässiger Entsorger, dessen offerierter Entsorgungspreis unter jenem eines ortsansässigen Entsorgers lag, konnte somit den Zuschlag durchaus erhalten. Die Vorbringen des VSMR lassen folglich nicht auf einen Missbrauch schliessen.

98. Dem Sekretariat liegen auch ansonsten keine Hinweise vor, welche auf einen Missbrauch schliessen lassen würden. Die Einteilung in Gebietslose scheint im Übrigen naheliegend, wird bedacht, dass der offerierte Entsorgungspreis in aller Regel von der voraussichtlich zu entsorgenden Menge, das heisst der (zusätzlichen) Auslastung der Anlagen, abhängig ist. So hat zum Beispiel der Swico in seiner Ausschreibung angegeben, welche Jahrestonnen in den Gebietslosen zu erwarten sind. Ferner erfolgte die Einteilung in Gebietslose gemäss den Easy-Rec-Offertunterlagen auch, "um den Wettbewerb unter den Ent-

sorgungsbetrieben aufrecht zu erhalten". Es ist allgemein bekannt, dass Unternehmen Abhängigkeiten von einzelnen Lieferanten oder Abnehmern möglichst zu vermeiden suchen und deshalb Beziehungen zu mehreren Lieferanten und Abnehmern pflegen, selbst wenn es aus kurzfristiger Sicht profitabler wäre, nur von einem Lieferanten zu beziehen oder an einen Abnehmer zu liefern. Auch aus diesem Grund scheint die Einteilung in Gebietslose sachlich gerechtfertigt.

99. Alternative Systeme, wie zum Teil von den Parteien und beteiligten Dritten vorgeschlagen und als "effizienter als das Easy-Rec-System" bezeichnet, mag es geben. Es ist jedoch nicht Aufgabe der Wettbewerbsbehörden zu bestimmen, welches System das effizienteste ist (eben dies ist dem Wettbewerb zu überlassen<sup>4</sup>), sie hat "bloss" dafür zu sorgen, dass die im Kartellgesetz verankerten Wettbewerbsregeln eingehalten werden. Dies gilt selbst dann, wenn den Wettbewerbsbehörden ein Fehlentscheid unterlaufen wäre, das heisst, wenn ein Regelverstoss erfolgt wäre, ohne dass dieser von den Behörden geahndet worden wäre (oder - allgemeiner -, wenn eine Fehlregulierung erfolgt wäre).

## **2 Die Swico- bzw. Sens-Lizenz**

100. Der Swico und die Sens vergeben Gebietslose nur an Entsorgungsunternehmen, welche über eine Swico- beziehungsweise Sens-Lizenz verfügen. Die Lizenz garantiert gemäss dem Swico und der Sens den notwendigen Qualitätsstandard der Entsorgung.

101. Der VSMR macht geltend, dass die gemäss Artikel 7 VREG vorgesehene kantonale Entsorgungsbewilligung ausreichend sei, um die notwendige Qualität sicherzustellen. Für qualitative Anforderungen, die über die gesetzlichen hinausgehen würden, bestehe daher kein legitimes Bedürfnis. Die generelle Nichtberücksichtigung von Verwertungsunternehmen, die sich keiner zusätzlichen Lizenzierung unterzogen hätten, stelle daher eine missbräuchliche Bezugssperre dar.

102. Gemäss Aussagen des Buwal würden die Kantone in den meisten Fällen nicht über die erforderlichen personellen Ressourcen verfügen, um die notwendigen Kontrollen zur Qualitätssicherung durchzuführen. Die Kantone bestätigen diese Aussage des Buwal zum Teil, zum Teil sind sie auch der Auffassung, sie könnten die notwendigen Kontrollen selbst durchführen. Insgesamt zeigen die Ermittlungen des Sekretariats somit, dass bei den Entsorgungspflichtigen nicht zu Unrecht Verunsicherung darüber besteht, ob die Kantone die notwendigen

---

<sup>4</sup> Im vorliegenden Fall könnte eingewendet werden, dass der Wettbewerb nach Einführung des Easy-Rec-Systems nicht mehr spielen wird. Einem solchen Vorbringen wäre entgegen zu halten, dass sich die Swico- und Sens-Konzepte im Wettbewerb entwickelt und scheinbar als den anderen Systemen überlegen erwiesen haben (vgl. dazu oben, B.3.1.1.,2).

Kontrollen tatsächlich durchführen können. Damit besteht im Gegensatz zum Vorbringen des VSMR durchaus ein legitimes Bedürfnis nach einer Organisation, bei welcher die Pflichtigen sicher sind, dass die notwendige Qualität sichergestellt ist. Solche Sicherheit sucht auch der VSMR selbst zu schaffen, indem er ein Logo für so genannte VSMR-Recycling-Fachbetriebe geschaffen hat. Es ist notorisch, dass sich problematische Entsorgungsmethoden rasch negativ auf die Reputation des Entsorgungspflichtigen (Händler, Hersteller oder Importeur) auswirken. Das Sicherstellen einer qualitativ guten Entsorgung ist somit ein Anliegen der Entsorgungspflichtigen. Die Ermittlungen des Sekretariats haben denn auch ergeben, dass die Nachfrager von Entsorgungsleistungen davon überzeugt sind, dass jedenfalls das Swico- und das Sens-Recycling-System die notwendigen Qualitätsanforderungen erfüllen und sich eigene Abklärungen darüber, was mit den Altgeräten geschieht, erübrigen.

103. Auch hier stellt sich wiederum die Frage, ob es Aufgabe der Wettbewerbsbehörden sein kann zu klären, ob ein bestimmtes Verhalten oder Verfahren effizienter als ein anderes ist. Haben die Marktteilnehmer - im vorliegenden Fall konkret die Entsorgungspflichtigen - entschieden, dass einem bestimmten Gütesiegel (nichts anderes sind die Swico- und die Sens-Lizenz, aber auch die kantonale Entsorgungsbewilligung) mehr Vertrauen als einem anderen Gütesiegel zu schenken ist, kann es nicht Aufgabe der Wettbewerbsbehörde sein, den Entscheid der Marktteilnehmer anzuzweifeln (ähnlich auch RPW 2001/2, S. 291, Rz. 204). Sie hat vielmehr darauf zu achten, dass beim Vergeben der Lizenzen keine unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen vorkommen.

104. In diesem Zusammenhang wurde auch geltend gemacht, dass zwei Drittel der Swico-lizenzierten Betriebe die Lizenzanforderungen nicht erfüllen würden, das heisst, dass die Lizenzerteilung willkürlich erfolge. Dieses Vorbringen wird nicht weiter präzisiert. Zudem haben weder der Swico noch die Sens ein Interesse an einer willkürlichen Lizenzvergabe, da dies ihrer Reputation schaden würde. Auch besteht ein Interesse daran, möglichst viele Entsorgungsunternehmen, welche die Bedingungen erfüllen, zu lizenzieren, damit der Wettbewerb unter den Entsorgern erhalten, womöglich gesteigert werden kann. Eine unzulässige Verhaltensweise kann das Sekretariat nicht erkennen.

105. Der Swico hat die Offertunterlagen nur an Swico-lizenzierte Betriebe und solche, welche sich im Lizenzierungsprozess befinden, gesandt (insgesamt 17 Betriebe). Die Sens hat dagegen 47 Betriebe zu einer Offerte eingeladen, das heisst all jene, die vermutlich die Anforderungen an eine Sens-Lizenz erfüllen würden. Es könnte somit vorgebracht werden, die Ausschreibung des Swico sei insofern diskriminierend gewesen, als nicht alle jene Betriebe zur Offertstellung einge-

---



laden wurden, welche die Qualitätsanforderungen potenziell erfüllen könnten.

106. Der Swico hält dem entgegen, dass der Zuschlag auch an Unternehmen hätte erfolgen können, welche zwar noch keine Lizenz besessen hätten, die notwendigen Qualitätsanforderungen aber erfüllt hätten. Nach Ansicht des Sekretariats ging dies aus den Offertunterlagen jedoch nicht hervor, zudem waren nicht-lizenzierte Unternehmen im Wettbewerb insofern benachteiligt, als sie die Offertunterlagen nicht erhalten haben. Andererseits scheint es dem Sekretariat nicht missbräuchlich, zur Offertstellung nur jene Unternehmen einzuladen, welche sich offensichtlich für eine Zusammenarbeit mit dem Swico interessieren und entsprechende Anstrengungen (Erwerb der Swico-Lizenz) unternehmen. Dem Swico entstehen durch die Ausschreibung Kosten (Such- und Evaluationskosten). Dass er diese Kosten zu minimieren sucht, indem er nur jene Unternehmen zur Offertstellung einlädt, welche für einen Zuschlag sicherlich in Frage kommen, ist deshalb sachlich begründet. Ferner sind in der Schweiz nach Aussage des Buwal ungefähr 20 Unternehmen in der Lage, die Anforderungen des Swico zu erfüllen. Nachdem der Swico 17 Unternehmen angeschrieben hat, kann ihm auch unter diesem Gesichtspunkt kein missbräuchlicher Ausschluss von Marktteilnehmern vorgeworfen werden.

### **3 Die Trennung von Transport- und Entsorgungsleistung**

107. Der Swico hat die Transport- und die Entsorgungsleistungen getrennt ausgeschrieben, das heisst, ein Entsorgungsunternehmen kann nicht gleichzeitig die Entsorgung und die Rückführung der Altgeräte übernehmen. Der Sens hat bisher "nur" die Entsorgungsleistungen ausgeschrieben.

108. Der VSMR bringt vor, dass es in den meisten Fällen effizienter wäre, die Logistik- und Entsorgungsdienstleistungen im Paket zu bestellen. Deshalb sieht er in der Trennung dieser Dienstleistungen eine unzulässige Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG. Die Verknüpfung von Transport und Entsorgung ist gemäss einer anderen Eingabe ein typisches Merkmal der Branche.

109. Gemäss Swico ist die Auftrennung von Rückführungs- und Entsorgungsleistung zum einen das für ihn effizienteste System, zum anderen notwendig, um die Finanzströme tatsächlich kontrollieren und das Entstehen von "Graumärkten" verhindern zu können. Die Trennung der beiden Dienstleistungen ermöglicht eine zusätzliche Kontrolle der Stoffströme, indem die zurückgeführte Menge zweimal gewogen wird (ein erstes Mal, wenn der Logistiker die Geräte beim Händler, Hersteller, Importeur oder bei einer anderen Sammelstelle abholt und ein zweites Mal, wenn er sie beim Entsorgungsbetrieb abgibt). Auf die Vorbringen und Entgegnungen der Parteien braucht jedoch nicht weiter eingegangen zu werden, weil - wie bereits erwähnt - die Wettbe-

---

werbsbehörden nicht beurteilen, welches System das effizienteste ist. Um kartellrechtlich zulässig zu sein, genügt es, wenn eine nachvollziehbare sachliche Rechtfertigung vorliegt. Die hat der Swico erbracht. Daher stossen die pauschalen Vorbringen des VSMR und der Jemet AG et al., wonach das bestehende System effizienter beziehungsweise typischer sei, ins Leere, das heisst vermögen kein unzulässiges Verhalten des Swico zu begründen.

110. Auch das Vorbringen, wonach die Bedingungen der Ausschreibung der Transportleistungen derart formuliert seien, dass nur ein Unternehmen, nämlich die Cargo Domizil Schweiz, den Zuschlag hätte erhalten können, erweist sich als unzutreffend. Der Swico hat 13 Unternehmen zur Offertstellung eingeladen, darunter zum Beispiel auch Brechbühl und Friderici. Diese und auch andere Transportunternehmen sind in der Lage, die vom Swico geforderte gesamtschweizerische Abdeckung zumindest im Verbund mit anderen Unternehmen anzubieten (auch Cargo Domizil Schweiz ist ein Verbund ansonsten unabhängiger Unternehmen). Zudem ist nicht einzusehen, weshalb sich der Swico in die Abhängigkeit eines einzigen Transportunternehmens begeben sollte (vgl. auch oben, Rz. 98). An einem solchen Abhängigkeitsverhältnis kann der Swico keinerlei Interesse haben. Wiederum nicht von der Wettbewerbsbehörde zu beurteilen ist, welche Organisation der Markt wünscht. Deshalb ist auf das Vorbringen des VSMR, wonach der Markt eine gesamtschweizerische Lösung nicht wünsche, nicht weiter einzugehen. Im Übrigen ist dieses Vorbringen rein spekulativ.

#### **4 Andere Vorbringen**

111. Auch das Vorbringen, wonach die vom Swico vorgesehene Entsorgungsorganisation insgesamt nicht effizient sei, weil zum Beispiel gewisse Zerlegebetriebe bereit seien, für Altgeräte, welche wertvolle Rohstoffe enthalten, zu bezahlen, während der Swico in jedem Fall eine fixe Entschädigung ausrichte, oder auch weil das Wiederverwerten von noch gebrauchsfähigen Geräten den Entsorgern und Sammelstellen im Swico-System untersagt sei, stösst aus den bekannten Gründen ins Leere. Die Swico-Organisationsstruktur lässt sich sachlich rechtfertigen. Ob sie die effizienteste aller möglichen Organisationsstrukturen ist, ist und kann von den Wettbewerbsbehörden nicht beurteilt werden.

112. Der Swico und die Sens schreiben die Entsorgungs- und Rückführungsaufträge jeweils für zwei Jahre aus. Daran wird bemängelt, dass eine zweijährige Vertragsdauer nicht den Vorlaufzeiten entspreche, die für eine seriöse Investition benötigt werde. Die kurze Vertragsdauer zwinge dazu, in der ersten Periode hohe Preise zu offerieren, die es erlauben würden, die Anlagen in zwei Jahren abzuschreiben. In der nächsten Zweijahresperiode könnten dann Preise offeriert werden, welche auf abgeschriebenen Anlagen basieren würden. Ein später da-

---

zukommender Entsorgungsbetrieb könne aus diesen Gründen nicht mehr in das System einsteigen.

113. Auch in der relativ kurzen Vertragsdauer lässt sich kein unzulässiges Verhalten erkennen. Die Vertragsdauer ist für alle Offertsteller gleich lang; eine Diskriminierung liegt somit nicht vor. Wäre die Dauer der Verträge länger, wäre der Marktzutritt im Übrigen nicht einfacher. Dass in der ersten Periode tatsächlich derart hohe Preise mit Erfolg offeriert werden können, ist zudem zweifelhaft, da ein Offertsteller nicht weiss, welche Preise seine Konkurrenten eingeben werden. Auch dürften die Anlagen der Entsorgungsunternehmen ein unterschiedliches Alter aufweisen und daher zum Teil bereits ganz, nur teilweise oder noch gar nicht abgeschrieben sein. Allerdings ist das Alter der Anlagen für die Entsorgungsunternehmen ohne Belang, sofern die Investitionen getätigt wurden und nicht mehr rückgängig gemacht oder anderswie verwendet werden können (d.h. wenn die Kosten "sunk" sind). In diesem Fall ist es immer die beste Strategie, ein Angebot zu machen und die Anlagenkapazitäten nach Möglichkeit zu nützen, auch wenn die offerierten Preise nicht kostendeckend sind. Das Vorbringen vermag aus diesen Gründen nicht zu überzeugen.

114. Es wurde bemängelt, dass im Hinblick auf das Kriterium der "bisherigen Erfahrung in der Zusammenarbeit" diejenigen Betriebe bevorzugt würden, die bereits mit dem Swico zusammengearbeitet haben, das heisst, dass "newcomer" keine Chance hätten. Dieses Vergabekriterium ist in den Offertunterlagen wie folgt präzisiert: "Bisherige Erfahrungen in der Zusammenarbeit (Qualität der Arbeit und Abwicklung, Menge der bisher entsorgten Geräte) (muss erläutert werden, Referenzen angeben [Hervorhebung durch Sekretariat])". Daraus geht hervor, dass es sich bei diesem Kriterium um die überall übliche Referenzangabe beziehungsweise Beilage von Arbeitszeugnissen handelt. Solche Referenzen können auch von anderen Unternehmen als vom Swico oder von der Sens stammen. Der Wunsch, soviel wie möglich über die Qualität der Arbeit eines neuen Auftragnehmers zu erfahren, ist legitim und sachlich gerechtfertigt. Sind die Erfahrungen aus der Zusammenarbeit ein Kriterium für eine Vertragserneuerung oder einen erstmaligen Vertragsabschluss, entsteht für das Transport- oder Entsorgungsunternehmen zudem ein starker Anreiz, sich eine gute Reputation bezüglich Zusammenarbeit aufzubauen. Wären dagegen die Erfahrungen aus der Zusammenarbeit ohne Belang für den Vertragsabschluss, bestünde vielmehr ein Anreiz, den Vertrag überall da zu unterlaufen und Kosten einzusparen, wo nicht gleich mit Klagen gerechnet werden muss.

### **C. Schlussfolgerungen**

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

---

1. stellt fest, dass keine Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen vorliegen;
  2. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass unzulässige Wettbewerbsabreden über die Höhe der vorgezogenen Recyclinggebühr und über die Aufteilung des Marktes nach Produkten vorliegen;
  3. beschliesst die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Artikel 27 KG über die in Punkt 2 erwähnten Wettbewerbsabreden und holt hierzu das Einverständnis eines Mitglieds des Präsidiums ein;
  4. stellt die Vorabklärung betreffend alle anderen Vorbringen des VSMR einerseits und der Jemet AG, der Met-Fer AG sowie der Chiesa Alteisen AG Altmetalle andererseits ohne Folgen ein;
  5. teilt den Parteien das Ergebnis der Vorabklärung mit.
-

## B 2 Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence  
Commissione della concorrenza

B 2	<b>1. Vorsorgliche Massnahmen Mesures provisionnelles Misure cautelari</b>
B 2.1	<b>1. Glue Software Engineering AG vs. Swisscom Enterprise Solutions AG</b>

*Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen, Art. 7 KG; Anordnung vorsorglicher Massnahmen; Art. 17 und 23 KG in Verbindung mit Art. 56 VwVG*

*Pratiques illicites d'entreprise en position dominante, art. 7 LCart ; Mesures provisionnelles ; art. 17 et 23 LCart en relation avec l'art. 56 PA*

*Pratiche illecite di imprese che dominano il mercato art. 7 LCart; Misure cautelari; art. 17 e 23 LCart in relazione con l'art. 56 PA*

*Verfügung vom 18. März 2002 in Sachen Verkauf der Daten der Teilnehmerverzeichnisse. Abweisung eines Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen wegen fehlender Passivlegitimation und fehlender Erfolgsprognose*

### A. Sachverhalt

#### A.1 Verfahren

1. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2001 stellte Glue Software Engineering AG, Bern (nachstehend: Glue), einen Antrag auf Eröffnung einer Untersuchung und ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen gegen Swisscom Enterprise Solutions AG, Bern (nachstehend: SES).

2. Die Eingabe enthielt folgende Anträge:

1) Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin den Zugang zum ETV bis auf weiteres zu den Bedingungen des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags vom 25. August beziehungsweise 11. September 1999 über die Bereitstellung nationaler und internationaler Datenkommunikationsdienstleistungen auf der Basis von Telepac/X.25 zu gewähren.

[...]

3) Das Begehren gemäss Ziffer 1 hiervor sei als vorsorgliche Massnahme zu erlassen.

[...]

3. Mit Schreiben vom 7. Dezember 2001 lud das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachstehend: Sekretariat) SES und Directories zur Stellungnahme zum Gesuch ein. Mit Eingabe vom 10. Januar 2002 nahmen SES und Directories innert erstreckter Frist Stellung.

4. Nach summarischer Prüfung des Sachverhalts teilte das Sekretariat am 16. Januar 2002 den Parteien mit, dass es den Erlass vorsorglicher Massnahmen als nicht gerechtfertigt erachtet und hat Glue angefragt, ob am Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen festgehalten wird. In diesem Zusammenhang wurde Glue auf die Kostenfolgen hingewiesen, welche die Abweisung des Gesuchs mittels Verfügung durch die Wettbewerbskommission nach sich ziehen würde. Am gleichen Tag hat das Sekretariat eine Vorabklärung im Sinne von Artikel 26 KG gegen Directories eröffnet.

5. Am 6. Februar 2002 teilte Glue mit, dass sie weiterhin an ihrem Gesuch festhält. Zur Begründung reichte Glue eine weitere Stellungnahme ein. Am 7. Februar 2002 wurde dies vom Sekretariat der Gesuchsgegnerin mitgeteilt. [...]

6. Am 26. Februar 2002 nahm die Gesuchsgegnerin innert der gesetzten Frist Stellung.

## **A.2 Am Verfahren beteiligte Unternehmen**

7. SES ist private Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen wie Internet, Intranet, Extranet, Informatik, Datenübermittlung, Mietleitungen und Datenintegration. SES ist eine Tochterfirma der Swisscom AG.

8. Bei Directories handelt es sich um eine private Anbieterin von Verzeichnisdaten. Sie sammelt, veredelt und verkauft die Verzeichnisdaten mehrerer Fernmeldedienstanbieter. Veredelt werden die Rohdaten, indem sie ergänzt (z.B. mit zusätzlichen Rubriken) und/oder vervollständigt werden. Sie verkauft die Verzeichnisdaten auf Papier oder in elektronischer Form, sei es online oder offline. Insbesondere betreibt sie die elektronische Verzeichnisdatenbank "ETV". Directories ist ein Gemeinschaftsunternehmen von Swisscom AG und PubliGroupe (vgl. RPW 1998/4, S. 601 ff.).

9. Glue ist private Anbieterin von Software Applikationen. Sie kauft unter anderem (veredelte) Daten bei der Swisscom Directories AG und stellt Software her, die zur Abfrage von Verzeichnisdaten dienen. Durch diese Software werden diese Daten leichter les- und anwendbar.

## **A.3 Vorgehen der Directories**

10. Am 25. August beziehungsweise 11. September 1999 wurde ein Telepac/X.25-Vertrag zwischen Swisscom AG und Glue abgeschlossen,

---

welcher die Bereitstellung nationaler und internationaler Datenkommunikationsdienstleistungen beinhaltet. In dieser Dienstleistung inbegriffen war der Zugang zum ETV. [...]

11. Im Frühling 2001 liess Swisscom AG ihren Kunden eine Änderungskündigung der Verträge zukommen, in der unter anderem ein Wechsel vom Zeit- zum Mengentarif angekündigt wurde. Beim Zeittarif erfolgt die Abrechnung nach Dauer der Übertragung von Daten und beim Mengentarif nach Anzahl der abgerufenen Einträge. Der Preis wechselte von 10 Rp. pro Minute zu 1,6 Rp. pro bezogenem Eintrag.

12. Glue weigerte sich, auf den neuen Vertrag einzugehen. Sie beharrte weiterhin auf den alten Zeittarif. In einer Übergangsphase mit weiterlaufendem Vertrag wurden weitere Verhandlungen geführt. Es konnte jedoch keine Einigung erzielt werden.

13. Im Oktober 2001 erhielt Glue einen Kündigungsbrief von "Swisscom enterprise solutions". Aus diesem Brief ist nicht ersichtlich, ob die Firma Swisscom AG oder die Firma SES die Absenderin ist. Glue war letztlich gezwungen, die neuen Vertragsbedingungen anzunehmen. Diese sind am 1. Dezember 2001 in Kraft getreten.

## **B. Erwägungen**

### **B.1 Formelle Voraussetzungen**

#### **B.1.1 Sachliche Zuständigkeit**

14. Stehen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Artikel 5/7 KG in Frage, hat die Wettbewerbskommission die Möglichkeit, im Rahmen der nichtstreitigen Verwaltungsverfahren vorsorgliche Massnahmen zu erlassen (RPW 1999/3, S. 395; RPW 1997/4, S. 621). Die Befugnis der Wettbewerbskommission zur Behandlung eines Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen setzt nicht voraus, dass ein Verfahren nach Artikel 26 ff. KG eröffnet worden ist. Jedoch kann der Erlass vorsorglicher Massnahmen nur im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens erfolgen (vgl. PATRIK DUCREY, in: sic! 3/1998, S. 284). Daher muss, falls im Zeitpunkt des Erlasses vorsorglicher Massnahmen noch kein Verfahren eröffnet worden ist, vom Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG gleichzeitig mit dem Erlass der vorsorglichen Massnahmen eröffnet werden.

15. Die sachliche Zuständigkeit ist somit gegeben.

#### **B.1.2 Aus dem Recht weisen einer Stellungnahme der Gesuchstellerin**

16. Die Gesuchsgegnerin beantragt, die Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 6. Februar 2002 aus dem Recht zu weisen und diese Stellungnahme für die vorliegende Verfügung nicht zu berücksichtigen.

---

Sie begründet diesen Antrag damit, dass die Gesuchstellerin nicht berechtigt war, eine Replik einzureichen.

17. Es ist zwar richtig, dass die Wettbewerbskommission im Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen in der Regel einen einfachen Schriftenwechsel führt (vgl. PATRIK DUCREY, in: sic! 3/1998, S. 285). Obwohl am Verfahren beteiligte Unternehmen grundsätzlich kein Recht auf Replik haben (vgl. RHINOW/KOLLER/KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel & Frankfurt am Main 1996, S. 63), ist jede Partei berechtigt, auch ohne Aufforderung der Behörde eine Stellungnahme einzureichen. Es liegt im Ermessen der Behörde, eine allfällige Replik anzunehmen. In diesem Fall kann der Gegenpartei die Gelegenheit eingeräumt werden, eine Duplik einzureichen. Dieses Recht wurde im vorliegenden Verfahren gewährt. Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Wettbewerbskommission gemäss dem Untersuchungsgrundsatz in Artikel 12 VwVG den Sachverhalt von Amtes wegen ermittelt. Die Verwendung einer Stellungnahme, die ohne Aufforderung eingereicht worden ist, kann nicht durch den Antrag einer anderen Partei verhindert werden. Die Wettbewerbskommission hat lediglich sicherzustellen, dass das rechtliche Gehör der oder den anderen Parteien gewährt wird, wenn sie auf Sachverhaltselemente abstellen will, die der oder den anderen Parteien bisher nicht bekannt waren. In diesem Sinne bestimmt die Wettbewerbskommission den Gang eines Verfahrens zum Schutz des öffentlichen Interesses an wirksamem Wettbewerb. An Anträge von Parteien ist sie grundsätzlich nicht gebunden.

18. Aus diesen Gründen wird der Antrag der Gesuchsgegnerin, die Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 6. Februar 2002 aus dem Recht zu weisen, von der Wettbewerbskommission abgelehnt.

### **B.1.3 Geschäftsgeheimnisse**

19. Subsidiär zum unter Ziffer B.1.2 behandelten Antrag beantragt die Gesuchsgegnerin Einsicht in mehrere Seiten der Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 6. Februar 2002. Diese Seiten wurden von Glue als Geschäftsgeheimnisse bezeichnet und entsprechend vom Sekretariat der Gesuchsgegnerin nur in Form einer Zusammenfassung mitgeteilt. SES bestreitet, dass diese Stellen als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren sind. Zudem beantragte SES die Einräumung einer Frist zur Stellungnahme zu diesen Angaben.

20. Eine Behörde darf die Einsichtnahme in die Akten verweigern, wenn wesentliche private Interessen, insbesondere solche von Gegenparteien, die Geheimhaltung erfordern (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG). Nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip beschränkt sich die Verweigerung der Einsichtnahme auf diejenigen Aktenstücke, für die Geheimhaltungsgründe bestehen (RPW 2001/2, S. 375).

---



21. Eine Tatsache gilt als Geschäftsgeheimnis, wenn sie kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt:

- Die Tatsache darf weder allgemein bekannt noch allgemein zugänglich sein (objektive Voraussetzung).
- Der Geheimnisherr will die Tatsache geheim halten (subjektive Voraussetzung).
- Der Geheimnisherr hat an der Geheimhaltung der Tatsache ein berechtigtes Interesse (objektives Geheimhaltungsinteresse).

22. Im vorliegenden Fall konnte Glue glaubhaft machen, dass die drei Voraussetzungen erfüllt sind. Weitere Untersuchungshandlungen, wie eine weitergehende Prüfung der ersten Voraussetzung, sind im Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht zu unternehmen. Aus diesen Gründen betrachtet die Wettbewerbskommission die strittigen Teile der Stellungnahme von Glue vom 6. Februar 2002 als Geschäftsgeheimnisse und darf diese der Gegenpartei nicht offen legen.

23. Das Sekretariat hat demzufolge die betreffenden Angaben von Glue der Gesuchsgegnerin auch nicht zur Stellungnahme unterbreitet. Für diesen Fall sieht Artikel 28 VwVG vor, dass auf ein geheimes Aktenstück zum Nachteil einer Partei nur abgestellt werden darf, wenn diese Partei vom für die Sache wesentlichen Inhalt Kenntnis hat und ihr ausserdem Gelegenheit gegeben wurde, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen.

24. Mit der kurzen Zusammenfassung der in der Stellungnahme von Glue enthaltenen Geschäftsgeheimnisse war die Gesuchsgegnerin nicht in der Lage, vom wesentlichen Inhalt des Aktenstücks Kenntnis zu haben. Die Gesuchstellerin weigerte sich, der Gesuchsgegnerin mehr Informationen zu geben. Deshalb darf die Wettbewerbskommission in der vorliegenden Verfügung nicht auf die als Geschäftsgeheimnis bezeichneten Teile der entsprechenden Aktenstücke abstellen.

25. Aus diesen Gründen ist der Eventualantrag der Gesuchsgegnerin auf Akteneinsicht zurückzuweisen. Die Wettbewerbskommission stellt aber fest, dass sie die als Geschäftsgeheimnis bezeichneten Teile der Stellungnahme von Glue vom 6. Februar 2002 nicht berücksichtigt. Das betrifft insbesondere die angebliche Ungleichbehandlung von Glue gegenüber anderen Kunden von Directories.

#### **B.1.4 Passivlegitimation**

26. Glue hat ihren Antrag um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit der Begründung gegen SES gerichtet, dass der Vertrag Telepac/X.25, der die Lieferung von Verzeichnisdaten umfasste, zwischen Glue und damals Swisscom AG abgeschlossen wurde. Glue begründet aber ihren Antrag mit Argumenten, die letztlich einzig die Geschäftstätigkeit von Directories betreffen.

---

27. Die Gesuchsgegnerin macht geltend, die Firma SES sei zurzeit noch nicht tätig und hätte den Vertrag zwischen Glue und Swisscom AG auf keinen Fall übernommen. SES sei also an diesem Vertrag nicht beteiligt und es fehlte die Passivlegitimation. Wie unter Ziffer 19 erwähnt wurde, ist nicht ersichtlich, von welchem Unternehmen das Kündigungsschreiben kam. Aus diesem Grund ist die Wettbewerbskommission nicht in der Lage zu bestimmen, ob der Vertrag von SES übernommen worden ist oder nicht. Die Frage kann jedoch aus den folgenden Gründen offen gelassen werden.

28. Die Wettbewerbskommission stellt fest, dass SES und Swisscom AG nach der Reorganisation des Swisscom Konzerns auf dem Markt für die Lieferung von Verzeichnisdaten, wie er nachstehend unter Ziffer B.2.2 abgegrenzt wird, nicht mehr tätig sind. Glue wurde für die Lieferung von Verzeichnisdaten ausdrücklich an Directories verwiesen.

29. In diesem Zusammenhang kann nach einer summarischen Prüfung davon ausgegangen werden, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit keine günstige Entscheidprognose vorliegt. Weder SES noch Swisscom AG verfügen über eine marktbeherrschende Stellung, da sie auf diesem Markt überhaupt nicht tätig sind.

30. Es ist davon auszugehen, dass der Antrag fälschlicherweise gegen SES gerichtet worden ist. Offensichtlich ist das Verhalten von Directories in Frage gestellt. Aus den oben erwähnten Gründen ist der Antrag wegen fehlender Passivlegitimation abzuweisen. Nachstehend wird aber gezeigt, dass - selbst wenn der Antrag richtigerweise gegen Directories gerichtet gewesen wäre - dieser aus materiellen Gründen hätte abgewiesen werden müssen.

## **B.2 Materielle Beurteilung**

### **B.2.1 Vorbehaltene Vorschriften**

31. Den materiellrechtlichen Bestimmungen des KG vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG), und solche, die einzelne Unternehmen zur Eröffnung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG). Vorliegend sind keine vorbehaltene Vorschriften zu berücksichtigen. Solche wurden von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

### **B.2.2 Materielle Voraussetzungen**

32. Mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen soll die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden (vgl. RPW 1999/3, S. 396). Als sichernde Massnahmen bezwecken sie, einen bestehenden tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten (RPW 1997/4, S. 604).

---

33. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen der hier fraglichen Art setzt (kumulativ) eine günstige Entscheidungsprognose, einen drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil sowie die Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit der anzuordnenden Massnahme voraus (RPW 1999/3, S. 396; RPW 1998/1, S. 35). Im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen müssen die Parteien ihre Behauptungen nicht strikte beweisen, sondern lediglich glaubhaft machen (RPW 1997/4, S. 612).

#### **a. Günstige Entscheidungsprognose**

34. Im Rahmen der Entscheidungsprognose wird geprüft, ob für die Wettbewerbskommission glaubhaft ist, dass die behauptete unzulässige Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich vorliegt. Es muss glaubhaft sein, dass die vorsorglichen Massnahmen durch einen später zu fällenden Hauptentscheid bestätigt werden (RPW 1998/4, S. 590).

35. Nachfolgend wird geprüft, ob glaubhaft ist, dass sich Directories auf einem bestimmten relevanten Markt in einer marktbeherrschenden Stellung befindet, welche sie durch unzulässiges Verhalten gemäss Artikel 7 KG missbraucht.

#### **I. Marktbeherrschendes Unternehmen**

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

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

#### **Der relevante Markt**

##### *Sachlich relevanter Markt*

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

39. Directories bietet ihren Kunden Verzeichnisdaten an. Diese können grundsätzlich in unterschiedlicher Form verkauft werden. In Betracht fallen Papierverzeichnisse, elektronische Offline-Verzeichnisse oder die online Zurverfügungstellung der Daten (vgl. RPW 1998/4, S. 604).

40. Im vorliegenden Fall gelten als Marktgegenseite die Unternehmen, welche die Daten in elektronischer Form kaufen, um ein Online-Verzeichnis zu betreiben und dieses auf dem Internet oder durch andere elektronische Mittel zur Verfügung zu stellen. Für diese Unter-

---

nehmen spielt vor allem die Qualität der Daten eine wichtige Rolle. Die Qualität wird weitgehend durch die Vollständigkeit und die Aktualität der Daten bestimmt (RPW 2001/2, S. 363, Z. 23; RPW 1998/4, S. 605). Vollständigkeit bedeutet insbesondere, dass die Datenbank die Adressen aller Teilnehmer der Schweiz enthält.

41. Es ist sodann zu prüfen, welche Produkte allenfalls mit online verfügbaren Verzeichnisdaten substituierbar sind, um beispielsweise ein auf dem Internet greifbares Verzeichnis betreiben zu können.

42. Verzeichnisse, die in elektronischer Form auf CD-ROM verkauft werden, können nicht als Substitut betrachtet werden, da sie keine Gewähr für Aktualität bieten. Zudem verbieten die Verkäufer von CD-ROM-Verzeichnissen in der Regel ihren Kunden, die Verzeichnisdaten weiteren Benützern zur Verfügung zu stellen.

43. Andere Verzeichnisarten, wie Papierverzeichnisse oder mündliche Auskunftsdienste sind naturgemäss nicht als Substitut zu betrachten. Die Lieferung solcher Verzeichnisdaten auf Papier beziehungsweise mündlich machen sie für Internetverzeichnisse praktisch unbenutzbar.

44. Im Ergebnis wird für die Zwecke dieser Verfügung von einem sachlich relevanten Markt ausgegangen, der die Lieferung von tagesaktuellen, vollständigen, in elektronischer Form gelieferten Verzeichnisdaten umfasst.

#### *Räumlich relevanter Markt*

45. Betreiber von Internet-Verzeichnissen fragen in der Regel die Lieferung von Verzeichnisdaten nach, welche die ganze Schweiz umfassen. Ausgegangen wird dementsprechend von einem räumlich relevanten Markt, der die ganze Schweiz umfasst (vgl. RPW 2001/2, S. 365, Z. 38).

#### **Marktstellung**

46. Bis Inkrafttreten des Fernmeldegesetzes (SR 784.10, FMG) auf 1. Januar 1998 war die Swisscom AG, ehemals Telecom PTT, rechtliche Monopolistin im Bereich der Telekommunikation in der Schweiz. Sie war einzig berechtigt, ein Fest- und Mobilnetz zu betreiben. Demzufolge stellte sie alle Telefonanschlüsse in der Schweiz bereit. Heute ist Swisscom AG Grundkonzessionärin im Sinne vom Artikel 14 FMG. Die Pflichten der Grundkonzessionärin werden in Artikel 19 der Verordnung über Fernmeldedienste (SR 784.101.1, FDV) präzisiert. Sie umfassen insbesondere die Bereitstellung eines Netzanschlusses und den Eintrag im Teilnehmerverzeichnis. Swisscom AG hat für die Erfüllung der letztgenannten Verpflichtung Directories beauftragt.

47. Wie die Wettbewerbskommission im Entscheid "Publigruppe - Swisscom" (RPW 1998/4, S. 601 ff.) erklärte, kann Swisscom (und folglich auch Directories) von der langjährigen Monopolsituation profitieren, indem nach wie vor nahezu alle Telekommunikationsbenutzer ei-

---

nen Anschluss bei Swisscom haben und ihr demnach praktisch alle Adressdaten zur Verfügung stehen. Dies ist heute noch zutreffend. Dank der in Ziffer 52 erwähnten Beziehung zur Swisscom AG verfügt Directories als einziges Unternehmen über eine die ganze Schweiz umfassende Teilnehmerdatenbank.

48. Obwohl es anhand den der Wettbewerbskommission zur Verfügung stehenden Beweismittel nicht möglich ist, Marktanteile genau festzulegen, ist Directories mit Sicherheit führender Anbieter von Adressdaten in der Schweiz (vgl. RPW 1998/4, S. 611; seit diesem Entscheid hat sich die Lage nicht grundsätzlich geändert). Eine andere vergleichbare Datenbank von Adressdaten existiert zurzeit in der Schweiz nicht.

49. Grundsätzlich bestehen weitere Anbieter von Adressdaten wie die Post oder Einwohnerkontrollen der Gemeinden. Diese können aber nicht als Substitut betrachtet werden, denn sie sind weder aktuell, noch vollständig, noch einheitlich (vgl. RPW 1998/4, S. 611).

50. Seit 15. November 2001 sind die Fernmeldediensteanbieterinnen (FDA) gemäss Artikel 29 Absatz 5 FDV verpflichtet, jedermann auf Verlangen und gegen Bezahlung sowohl den Online-Zugang zu den Verzeichnisdaten ihrer Teilnehmerinnen und Teilnehmer als auch die blockweise Übertragung der Daten mit der Option von mindestens täglichen Aktualisierungen bereitzustellen.

51. Diese Vorschrift bezweckt, Alternativen zum Angebot von Directories zu beschaffen. Unter diesen Umständen kann angenommen werden, dass andere Anbieter künftig auf dem Markt ein alternatives Angebot verbreiten werden. Es besteht aber eine relativ hohe Marktzutrittsschranke, indem einzig via Directories auf tagesaktuelle Telefonnummern zugegriffen werden kann (vgl. oben Ziff. 53). Die interessierten Unternehmen sind also auf die Grunddaten von Directories angewiesen. Aus diesen Gründen ist nur mit einem geringen potenziellen Wettbewerb zu rechnen.

### **Fazit**

52. Aus den oben erwähnten Gründen ist es wahrscheinlich, dass Directories über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für tagesaktuelle, vollständige, in elektronischer Form gelieferte Verzeichnisdaten in der Schweiz verfügt.

### **II. Unzulässige Verhaltensweisen**

53. Glue rügt verschiedene angeblich unzulässige Diskriminierungen von Directories im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG. Glue macht insbesondere geltend, dass 1) Directories für ihre eigenen Verzeichnisangebote auf dem Internet, [www.weisseseiten.ch](http://www.weisseseiten.ch) und [www.gelbeseiten.ch](http://www.gelbeseiten.ch), intern nicht den gleichen Preis wie für ihre externen Kunden verrechnen und 2) dass Directories gewissen Kunden

---

den Zugang zu ihrer Datenbank ohne X.25 Verbindung gewähre, was diesen Kunden erhebliche Kosten einsparen würde. Zudem macht Glue geltend, Directories handle diskriminierend, indem sie die Daten zum gleichen Preis an Endkunden und an Nicht-Endverbraucher verkaufe. In diesem Sinne vergleicht Glue diese Dienstleistung mit dem Angebot von ADSL-Diensten der Swisscom (vgl. RPW 2001/1, S. 73 ff.). Sie verlangt konsequent einen tieferen Preis für Nicht-Endverbraucher als für Endverbraucher, damit Nicht-Endverbraucher wie Glue ein Angebot machen können, das mit jenem von Directories wettbewerbsfähig sein kann.

54. Betreffend der Nutzung der Datenbank für die beiden Angebote von Verzeichnissen auf dem Internet, [www.weisseseiten.ch](http://www.weisseseiten.ch) und [www.gelbeseiten.ch](http://www.gelbeseiten.ch), konnte Directories glaubhaft machen, dass der gleiche Preis wie für externe Kunden auch intern verrechnet wird und die Dienstleistung durch Werbung finanziert werden kann. Hier liegt mit genügender Wahrscheinlichkeit keine Diskriminierung vor.

55. Auch die Diskriminierungen im Verhältnis mit anderen Kunden von Directories scheinen unwahrscheinlich, da sie nicht genügend belegt und von Directories glaubhaft widerlegt werden konnten. Obwohl die Wettbewerbskommission im Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen den Sachverhalt von Amtes wegen zu ermitteln hat, ist dieser nur summarisch abzuklären (vgl. PATRIK DUCREY, Vorsorgliche Massnahmen im Kartellverwaltungsrecht, sic! 3/1998, S. 281 ff.). Beim Entscheid wird auf diejenigen rechtserheblichen Tatsachen abgestellt, die innert nützlicher Frist von der Behörde ermittelt beziehungsweise von den Parteien beigebracht werden können. Es handelt sich vorzüglich um Urkundenbeweise. Zusätzliche Beweiserhebungen wie Zeugeneinvernahmen oder Expertenbefragungen sind aus Zeitgründen nicht angebracht, wenn sie nicht ohne wesentlichen Aufwand durchgeführt werden können (Beweismittelbeschränkung).

56. Um die geltend gemachten Diskriminierungen zu prüfen, sind umfangreiche Untersuchungsmassnahmen nötig. Dies ist einerseits darauf zurückzuführen, dass die Beziehungen innerhalb der Gesellschaften des Swisscom-Konzerns vielfältig und kompliziert sind. Andererseits müssen diesbezüglich weitere Unternehmen befragt werden. Dies wird erst im Rahmen der am 16. Januar 2002 gegen Directories eröffneten Vorabklärung möglich sein. Zudem wurden diese Diskriminierungen zu einem späteren Stadium des Verfahrens geltend gemacht, namentlich nachdem die Gesuchsgegnerin zum ersten Mal zum Antrag Stellung genommen hat. Schliesslich konnte die Gesuchsgegnerin zu diesen Angaben wegen deren Bezeichnung als Geschäftsgeheimnisse nicht Stellung nehmen. Deshalb darf in der vorliegenden Verfügung nicht zum Nachteil der Gesuchsgegnerin auf diese Argumente abgestellt werden.

---

57. Glue macht eine weitere Diskriminierung geltend. Diese solle darin liegen, dass Directories ihre Daten zum gleichen Preis an Endkunden wie an Nicht-Endkunden verkauft. Glue verweist auf den Fall "xDSL-Dienste der Swisscom" (RPW 2001/1, S. 73 ff.). Es ist anzumerken, dass in diesem Fall die Einführung eines wholesale Preises eine Initiative der Swisscom war und nicht auf Begehren der Wettbewerbskommission erfolgte. Das Sekretariat eröffnete damals eine Vorabklärung, weil Swisscom sich weigerte, anderen FDA den Zugang zu ihrem Netz zu gewähren, obwohl sie selber ein Angebot für Endverbraucher vermarktete. Dies hätte als eine Geschäftsverweigerung angesehen werden können. Eine solche liegt im vorliegenden Fall nicht vor. Directories gibt gemäss den der Wettbewerbskommission heute zur Verfügung stehenden Informationen all ihren Kunden gleichen Zugang zu ihrer Verzeichnisdatenbank.

58. Kartellrechtlich relevant ist die Gleichbehandlung aller Geschäftspartner eines marktbeherrschenden Unternehmens. Im vorliegenden Fall werden alle Kunden von Directories, End- oder Nicht-Endkunden, betreffend Preis und Zugang zur Datenbank gleich behandelt. Gemäss heutigem Stand der Informationen verursachen diese beiden Arten von Kunden Directories die gleichen Kosten. Es ist deshalb durchaus legitim, auch gleiche Preise anzusetzen. Allfällige Skaleneinsparungen ("economies of scale") werden im Rahmen von geschäftsüblichen Mengenrabatten berücksichtigt. Es liegt somit mit grosser Wahrscheinlichkeit keine Diskriminierung vor.

59. Zusammenfassend und anhand der der Wettbewerbskommission zustehenden Beweismittel ist nicht mit genügend grosser Wahrscheinlichkeit gegeben, dass sich Directories gegenüber Glue missbräuchlich im Sinne von Artikel 7 KG verhalten hat. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission wird jedoch die verschiedenen Vorwürfe von Glue im Rahmen der laufenden Vorabklärung in allen Einzelheiten prüfen.

### **III. Ergebnis**

60. Aus den erwähnten Gründen liegt keine günstige Entscheidprognose vor.

#### **b. Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil**

61. Bei der Frage nach dem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil wird geprüft, ob es für die Wettbewerbskommission glaubhaft ist, dass bei einem Zuwarten bis zum Endentscheid dem wirksamen Wettbewerb und - bei Anordnung auf Gesuch hin - subsidiär dazu der Gesuchstellerin ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Ein solcher ist in der Regel bei einer drohenden gravierenden und irreversiblen Strukturveränderung des betroffenen Marktes gegeben, etwa wenn die wirtschaftliche Existenz des betreffenden Unternehmens ernsthaft in Frage gestellt ist (vgl. DUCREY, sic! 3/1998, S. 288). Zudem muss zwischen dem Nachteil und der behaupteten Wettbe-

---

werbsbeschränkung ein Kausalzusammenhang bestehen (RPW 1999/3, S. 397).

62. Im vorliegenden Fall stellt sich somit die Frage, ob die Änderung der Preisstruktur der Gesuchsgegnerin geeignet ist, bei der Gesuchstellerin einerseits und für den wirksamen Wettbewerb andererseits einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil zu bewirken. Die Gesuchstellerin konnte genügend glaubhaft machen, dass sie infolge der Preisstrukturänderung Kunden und Umsatz verlieren würde. Diese Kunden wären gegebenenfalls nicht einfach zurückzugewinnen.

63. Auf der anderen Seite ist festzustellen, dass trotz der Einführung des Mengentarifs auf alle anderen Kunden von Directories im Frühling 2001 keine bedeutsame, gravierende Veränderung der Marktstruktur erfolgt ist. Es liegt keine grundsätzliche Geschäftsverweigerung vor und der Betrieb eines Online-Verzeichnisses bleibt weiterhin möglich (vgl. a contrario den Fall "SMA", RPW 1998/4, S. 594 f., wo die Gesuchstellerin in ihrer Geschäftstätigkeit wegen einer Verkaufsverweigerung völlig behindert wurde). Ausserdem steht Glue das Mittel des Schadenersatzes zu Verfügung, falls die Verhaltensweise von Directories in einem späteren Verfahren als unzulässig betrachtet wird.

64. Die Frage, ob ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil vorliegt, kann jedoch letztlich offen bleiben, weil keine der anderen Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen erfüllt ist.

### **c. Dringlichkeit**

65. Dringlichkeit liegt dann vor, wenn es für die Wettbewerbskommission glaubhaft ist, dass der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil vor Erlass des Hauptentscheidendes eintreten wird.

66. Die Veränderung der Preisstruktur der Directories ist der Gesuchstellerin seit Ende des Jahres 2000 bekannt. Schon im Februar 2001 ist die Gesuchstellerin mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission in Kontakt getreten. Damals war der Preis von 1,6 Rp. pro Eintrag schon bekannt. Der Antrag um vorsorgliche Massnahmen ist aber erst am 5. Dezember 2001 beim Sekretariat der Wettbewerbskommission eingereicht worden.

67. Ein Urteil des Berner Appellationshofs (in: sic! 6/1998, S. 590 ff.), worauf sich die Gesuchsgegnerin stützt, besagt, dass "[ein Gesuchsteller] rechtsmissbräuchlich handelt, indem er [der Gesuchsgegnerin] gegenüber trotzdem während [in diesem Fall] achteinhalb Monaten nichts unternahm, und nun um eine vorsorgliche Massnahme nachsucht, wenn er nicht besondere Gründe für dieses lange Zuwarten geltend machen kann". Dieses zu lange Zuwarten bewirkt die Verwirkung des Anspruchs als Anwendung der generellen Rechtsmissbrauchsklausel. Das Urteil zitiert aber gewisse Rechtfertigungsgründe, wie zum Beispiel die Suche nach einer Einigung. Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass die Gesuchstellerin während des ganzen Verfah-

---



rens immer versucht hat, sich mit Directories zu einigen. Erst als definitiv festgestellt wurde, dass eine solche Einigung nicht möglich war, wurden vorsorgliche Massnahmen beantragt. Die Gesuchstellerin hat also nicht rechtsmissbräuchlich gehandelt und ihr Anspruch ist deshalb nicht verwirkt.

68. Die Nicht-Verwirkung des Anspruches bedeutet jedoch nicht, dass Dringlichkeit in jedem Fall gegeben ist. Dies muss im Einzelfall geprüft werden.

69. Die neue Preisstruktur von Directories wird seit April 2001 auf alle Kunden der Gesuchsgegnerin ausser Glue angewandt. Zehn Monate später muss festgestellt werden, dass nur eine zu relativierende Veränderung der Marktstruktur erfolgt ist. Es ist nicht genügend glaubhaft, dass eine bedeutende Marktstrukturänderung in den kommenden Monaten infolge der Preisänderung zu erwarten ist. Das Kriterium der glaubhaft gemachten Dringlichkeit ist somit nicht erfüllt.

#### **d. Verhältnismässigkeit**

70. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist verhältnismässig, wenn die Massnahmen geeignet sind, den wahrscheinlich vorliegenden respektive eintretenden Nachteil abzuwenden, wenn sie erforderlich sind und wenn die Interessen an der Anordnung solcher Massnahmen die entgegenstehenden Interessen überwiegen (RPW 1998/4, S. 597).

71. Die Gesuchstellerin verlangt den Zugang zur Datenbank der Directories aufgrund des am 25. August 1999 beziehungsweise 11. September 1999 abgeschlossenen Vertrages, der die Verrechnung der Daten mittels eines Zeittarifs vorsieht. Die Gesuchstellerin führt aber selber aus, nicht die Umstellung auf den Mengentarif sei missbräuchlich, sondern die verschiedenen gerügten Diskriminierungen.

72. Der Wettbewerbskommission ist es schwer ersichtlich, inwiefern die Weitergewährung des Zeittarifs diese von der Gesuchstellerin beklagten Diskriminierungen aufheben könnte. Im Gegenteil würde die exklusive Anwendung dieses Tarifs auf die von der Gesuchstellerin bezogenen Leistungen eine wettbewerbsrechtlich bedeutsame Diskriminierung gegenüber anderen Kunden der Directories schaffen. Die Interessen an einem wirksamen Wettbewerb, das heisst ohne Diskriminierung, überwiegen jene der Gesuchstellerin.

73. Selbst wenn also von einer günstigen Entscheidprognose ausgegangen würde, wäre das Kriterium der Verhältnismässigkeit der anzuordnenden Massnahme nicht erfüllt.

#### **B.2.3 Schlussfolgerungen**

74. Aus den oben stehenden Ausführungen geht hervor, dass zumindest drei der vier kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen nicht gegeben sind.

---

75. Demzufolge hätte das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen auch dann abgewiesen werden müssen, wenn es richtigerweise gegen Directories gerichtet gewesen wäre.

### **C. Kosten**

76. 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 Verursacherin gilt im vorliegenden Fall Glue, welche trotz entsprechender summarischer Beurteilung des Sekretariates am Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen festhielt und damit die Verfügung der Wettbewerbskommission verursachte.

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

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

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

80. Neben dem Aufwand nach Artikel 4 KG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Wettbewerbskommission zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Diese belaufen sich auf CHF [...].

### **D. Dispositiv**

Gestützt auf den Sachverhalt und die Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Das Gesuch der Glue Software Engineering AG um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen wird abgewiesen.
  2. [Verfahrenskosten]
  3. [Rechtsmittelbelehrung]
  4. [Eröffnung]
-

B 2	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese</b>
B 2.3	<b>1. Edipresse Publications SA/Centre d'Impression de la Broye SA</b>

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

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

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

*Communication selon l'article 16 alinéa 1 OCCE du 18 février 2002*

### **A Opération de concentration**

1. Le 23 janvier 2002, la Commission de la concurrence a reçu une notification annonçant que l'entreprise Edipresse Publications SA projetait d'acquérir 70% du capital-actions du Centre d'Impression de la Broye SA.

2. Edipresse Publications SA (ci-après: Edipresse) est une société du groupe Edipresse SA. Celui-ci est actif notamment dans le domaine de la presse écrite. Ses principaux titres sont les quotidiens *Le Matin*, *24 Heures* ainsi que *La Tribune de Genève*. Il dispose également d'une participation minoritaire dans le journal *Le Temps* et poursuit de nombreuses autres activités. Ses journaux sont distribués dans toute la Suisse romande. D'autre part, il exploite plusieurs imprimeries, actives dans tous les secteurs de l'impression.

3. Le Centre d'Impression de la Broye SA (ci-après: CIB) est né du regroupement en décembre 1999 de trois titres locaux (le "Journal d'Estavayer", "Le Démocrate de Payerne" et la "Feuille d'Avis des cercles de Lucens et Granges") et de leurs imprimeries respectives. Le CIB exerce une activité d'édition et d'imprimerie, dont le principal objet est le journal *La Broye*. En sus, le CIB imprime également des revues régionales ou techniques.

4. Le journal *La Broye* est un bihebdomadaire paraissant le mardi et le vendredi. Son tirage est de 7'703 exemplaires (données REMP pour l'année 2000). Une fois par mois, son tirage est élargi à 23'274 exemplaires (données REMP pour l'année 1999) et il est distribué sous la forme d'un tous-ménages. Sa zone de distribution couvre les districts d'Avenches, de Payerne, de la Broye fribourgeoise ainsi qu'une majorité des communes du district de Moudon. Il s'agit d'un journal d'analyse, qui contient exclusivement de l'information et des annonces publicitaires ou officielles qui concernent sa zone de distribution.

5. Par cette opération de concentration, Edipresse acquiert 70% du capital-actions, emportant 70% des droits de vote.

## **B Examen**

6. Edipresse acquiert une participation de 70% du capital-actions du CIB, en acquérant par là -même le contrôle. Il s'agit dès lors bien d'une prise de contrôle au sens de l'article 4 alinéa 3 LCart.

7. Dans sa décision *Le Temps* (DPC 1998/1, p. 40 ss.), la Commission de la concurrence a constaté que le groupe Edipresse jouissait d'une position dominante sur le marché des quotidiens supra-régionaux d'analyse en Suisse romande. La concentration dont il est question concerne le marché des journaux d'analyse à tendance locale dans la région de La Broye vaudoise et fribourgeoise (voir ci-dessous B.3.1). Il s'agit du même marché ou d'un marché voisin. La concentration est dès lors soumise à l'obligation de notifier en application de l'article 9 alinéa 4 LCart.

### **B.1 Marché de référence**

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

9. Suivant la pratique instituée dans la décision *Gasser/Tschudi Druck* (DPC 1997/2, p. 179), la Commission distingue traditionnellement, en ce qui concerne la presse écrite, entre le marché des lecteurs, le marché des annonces et le marché de l'imprimerie. Il n'y a pas de raison de s'écarter de cette pratique, eu égard notamment aux spécificités très locales du journal *La Broye*.

#### **1 Marché des lecteurs**

10. Le journal *La Broye* est un bihebdomadaire à vocation locale. Il ne couvre que les districts de la Broye vaudoise et fribourgeoise et ne contient que de l'information locale en relation avec sa zone de distribution. Sa partie rédactionnelle est relativement limitée.

11. Les journaux à caractère aussi local sont considérés en règle générale comme compléments aux quotidiens et non comme substituts (*Berner Oberland Medien*, DPC 2000/3, p. 427; *Thurgauer Medien*, DPC 2000/4, p. 666). Les habitants d'une région donnée auront donc tendance à s'abonner à la fois au journal local et à un quotidien à tendance supra-régionale. Cependant, il convient de relever que parmi les titres édités par Edipresse, le journal *24 Heures*, malgré sa vocation supra-régionale, comporte également une grande partie de nouvelles locales. Il reste donc proche du marché de *La Broye*. Certaines synergies sont possibles entre les deux titres.

---

12. En ce qui concerne le marché des lecteurs, la pratique de la Commission de la concurrence tend à considérer les médias électroniques (radio, télévision ou Internet) comme des compléments et non comme des substituts (cf. notamment *Société Neuchâteloise de Presse*, DPC 1999/1, p. 137).

13. Dès lors, il convient de tenir compte d'un marché des lecteurs défini comme celui des journaux d'analyse, paraissant plusieurs fois par semaine mais non quotidiennement et offrant une information locale, couvrant quasi exclusivement leur zone de distribution.

## 2 Marché des annonces

14. La Commission de la concurrence estime qu'il faut distinguer entre le marché des annonces à caractère local et le marché des annonces à caractère national (*Gasser/Tschudi Druck*, DPC 1997/2, p. 190; *Le Temps*, DPC 1998/1, p. 48). En l'espèce, le journal *La Broye* contient essentiellement des annonces publicitaires à caractère local, transmises par des entreprises ou des administrations situées dans la région de la Broye ou dans ses alentours. La situation est par ailleurs la même pour un certain nombre de concurrents directs de *La Broye*, qui ont indiqué au secrétariat ne contenir eux aussi que de la publicité locale, émanant d'annonceurs locaux.

15. Contrairement au marché des lecteurs, la Commission de la concurrence considère un certain nombre de médias comme substituts (imparfaits) à la presse écrite. Il s'agit principalement des journaux régionaux, des radios et télévisions locales, de la publicité directe par affichage ou tous-ménages, des feuilles d'annonces ou enfin d'Internet, qui tend à prendre de l'importance.

16. Ces médias ne sont cependant pas considérés comme substituts parfaits, dans la mesure où une perte d'attractivité d'un des médias n'entraînerait qu'un report partiel des annonceurs vers d'autres types de médias (cf. *Gasser/Tschudi Druck*, DPC 1997/2, p. 191). D'autre part, la presse écrite reste un support privilégié voire indispensable pour certains types d'annonces. On pense notamment aux offres immobilières, offres d'emploi, avis mortuaires ou annonces officielles. Ces annonces sont difficilement transmissibles autrement que par la presse.

17. Dès lors, il convient d'examiner en fonction du cas d'espèce dans quelle mesure chacun des médias précités est substituable à un journal. La Commission de la concurrence tend à différencier, pour juger de cette qualité de substitut, entre les marchés de la publicité nationale et locale (notamment *Berner Oberland Medien*, DPC 2000/3, p. 423; *Thurgauer Medien*, DPC 2000/4, p. 664). En l'espèce, au vu des caractéristiques locales du journal *La Broye*, tous les médias précités peuvent être considérés comme substituts (imparfaits), mais plus particulièrement la publicité directe ou les feuilles d'annonces.

---

18. Le marché de référence peut donc être défini comme celui de la mise à disposition d'espaces destinés aux annonces publicitaires à caractère local.

### **3 Marché de l'imprimerie**

19. La Commission sépare en général le marché de l'imprimerie entre l'impression de journaux et l'impression d'autres supports. Ensuite, il convient de délimiter d'une part le marché de l'impression des journaux soumis à un impératif temporel, tels les quotidiens qui doivent être imprimés dans la nuit, d'autre part le marché de l'impression des journaux qui ne sont pas soumis à un impératif temporel. Ces marchés ne sont pas substituables (cf. *Berner Oberland Medien*, DPC 2000/3, p. 424).

20. Il convient donc de définir un marché de l'impression de journaux avec impératifs temporels, un marché de l'impression de journaux sans impératif temporel et un marché de l'impression d'autres supports.

### **4 Marché géographique**

21. En ce qui concerne le marché des lecteurs, le journal *La Broye* est distribué dans sa grande majorité sur les districts d'Avenches, de Payerne, de Moudon et de la Broye fribourgeoise. Le marché de référence géographique peut être limité à ces districts.

22. Le marché des annonces est limité à la zone de distribution du vecteur dont il est question. En l'espèce, on peut donc limiter le marché de référence aux districts susmentionnés.

23. En ce qui concerne le marché de l'imprimerie, la Commission le définit généralement comme supra-régional pour l'impression de journaux soumis à une contrainte de temps (*Berner Oberland Medien*, DPS 2000/3, p. 425). Les autres marchés de l'imprimerie sont définis de manière supra-régionale, voire nationale. En effet, le temps ne jouant pas de rôle, le lieu d'impression peut ne pas être le même que le lieu de parution.

## **B.2 Position future des entreprises participantes sur les marchés affectés**

### **1 Marché des lecteurs**

24. Au vu du caractère local du journal *La Broye* et du caractère plutôt supra-régional d'un titre tel que *24 Heures* (cf. *Société Neuchâtoise de Presse*, DPC 1999/1, p. 141), l'opération de concentration ne conduit à aucune addition de parts de marché. Bien que *24 Heures* contienne également de l'information locale concernant la région de la Broye, son contenu est toutefois beaucoup plus large, dans la mesure où il offre en sus une large partie d'information nationale ou internationale, sans compter les pages économiques et sportives. Il ne peut dès lors pas être considéré comme substitut d'un journal offrant exclusivement de l'information locale, tel que *La Broye*.

---

25. Le journal *La Broye* est soumis à la concurrence de plusieurs publications locales du même type dans chaque district où il est distribué. A Estavayer, il s'agit du "Républicain"; à Avenches il s'agit de la "Feuille d'avis du district d'Avenches"; à Payerne il s'agit du "Journal de Payerne" et à Moudon du "Journal de Moudon". Ces titres n'offrent, comme le journal *La Broye*, que de l'information locale. Il lui sont donc entièrement substituables dans leurs districts respectifs.

26. D'autre part, un certain nombre de journaux situés sur des marchés voisins sont à même d'exercer une certaine discipline sur le journal *La Broye*. Il s'agit principalement de "La Liberté", édité à Fribourg et dont la diffusion sur les districts de la Broye atteint 5'425 exemplaires (source: La Liberté, REMP) et dans une moindre mesure de la "Presse Nord vaudois". Ces deux quotidiens offrent certes une partie nationale et internationale, mais leur ancrage reste local, comme la majorité de leur contenu. Ces deux titres ont annoncé leur intention de développer leur implantation dans la région de la Broye.

27. Il est difficile d'estimer les parts de marché respectives de chaque concurrent. Cela est dû en premier lieu au fait que les données concernant le taux de pénétration, décisives pour calculer réellement une part de marché, ne sont pas disponibles. Deuxièmement, il est difficile d'estimer dans quelle mesure "La Liberté" et la "Presse Nord vaudois" entrent également dans le calcul de ces parts de marché. Cependant, l'addition de tous les tirages des principaux concurrents décrits sous chiffre 26 donne un total de 10'091 exemplaires. Avec un tirage de 7'703 exemplaires, *La Broye* disposerait d'une part de marché estimée de 43%. Pour les raisons expliquées ci-dessus, il convient d'abaisser encore ce chiffre. Par ailleurs, ce chiffre reste inchangé par rapport à la situation antérieure à la fusion, car aucune des publications d'Edipresse ne rentre dans le calcul.

28. En conclusion, l'opération de concentration projetée ne crée ni ne renforce de position dominante sur le marché des lecteurs.

## **2 Marché des annonces**

29. Comme évoqué sous chiffre 16, un annonceur local peut également choisir d'insérer une annonce dans un média régional tel que *24 Heures* pour atteindre un public local (cf. également *Berner Oberland Medien*, DPC 2000/3, p. 424). Dès lors, l'opération de concentration pourrait aboutir à une certaine addition de parts de marché.

30. Cependant, cette addition de parts de marché ne permet pas de conclure à la création ou au renforcement d'une position dominante et ce pour les raisons suivantes. D'une part les quotidiens régionaux ne sont que des substituts imparfaits aux journaux locaux. D'autre part *24 Heures* ne bénéficie pas d'une forte part de marché sur les marchés considérés. Enfin, il existe une concurrence actuelle forte sur ce marché. Celle-ci provient principalement des autres journaux locaux évo-

---

qués sous chiffre 26, des journaux tels que *La Liberté* ou la *Presse Nord vaudois*, ou enfin d'autres médias, comme les radios locales ou l'affichage direct. Ce dernier est très important en ce qui concerne les événements locaux.

31. Dès lors, l'opération de concentration projetée n'est pas à même de créer ni de renforcer une position dominante sur ce marché.

### **3 Marché de l'imprimerie**

32. Aussi bien Edipresse que le CIB sont actifs sur les différents marchés de l'imprimerie tels que définis au chiffre 20. Dès lors, l'opération de concentration induit une addition de parts de marché.

33. Plusieurs concurrents ont exprimé leur crainte que l'imprimerie du CIB ne serve de guichet de vente aux imprimeries d'Edipresse. Une telle situation amènerait selon eux Edipresse à exercer une position très forte sur ces marchés. En effet, bien que de nombreuses petites imprimeries subsistent dans la région de la Broye, elles ne sont pas en mesure de rivaliser de par leur taille et leur équipement avec les imprimeries du groupe Edipresse. Dès lors, l'opération de concentration amène la création d'une forte position de la nouvelle entité sur les différents marchés de l'imprimerie dans la Broye.

34. Une définition supra-régionale, le cas échéant nationale, du marché de référence géographique permet cependant d'affirmer que cette concentration ne crée ni ne renforce une position dominante. En effet, il existe de nombreuses autres imprimeries au niveau régional ou supra-régional qui sont à même de concurrencer efficacement les installations d'Edipresse.

35. Dès lors, l'opération de concentration dont il est question ne permet pas de créer ni de renforcer une position dominante sur les différents marchés de l'imprimerie.

### **C Conclusion**

36. Au vu de ce qui précède, l'examen préalable n'a fait apparaître aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration au sens de l'article 10 LCart.

---



B 2.3	<b>2. Hewlett-Packard/Compaq</b>
-------	----------------------------------

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

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

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

*Mitteilung nach Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 11. Februar 2002*

## **I. SACHVERHALT**

1. Am 14. Januar 2002 reichte die Hewlett-Packard Company, Palo Alto, Kalifornien, USA (nachfolgend "HP"), beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend "Sekretariat") die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein. Danach beabsichtigt HP, die Compaq Computer Corporation, Houston, Texas, USA (nachfolgend "Compaq", zusammen mit HP "beteiligte Unternehmen"), mittels Aktienkauf zu erwerben.

2. Mit einem weltweiten Umsatz von zirka CHF 80 Mia. im Jahr 2000 gehört die an der New York Stock Exchange kotierte HP zu den führenden Anbietern von Produkten und Dienstleistungen im Bereich der Informationstechnologie und Bildverarbeitung für Privat- und Geschäftskunden. In der Schweiz ist HP vor allem im Vertrieb und in der Wartung der eigenen Produktpalette tätig.

3. Die ebenfalls an der New York Stock Exchange kotierte Compaq ist mit einem Umsatz von zirka CHF 70 Mia. im Jahr 2000 ein weltweit führender Anbieter von EDV-Produkten und Dienstleistungen. In der Schweiz ist das Unternehmen vor allem im Vertrieb und in der Wartung der eigenen Produktpalette tätig.

4. Am 4. September 2001 hat HP mit Compaq ein "definitif Agreement and Plan of Reorganisation" abgeschlossen. Mit diesem Agreement unterbreitet HP allen Compaq Aktionären ein verbindliches Angebot, die gesamten ausgegebenen Aktien von Compaq zu erwerben. Die Compaq Aktionäre erhalten dabei für eine Compaq-Aktie 0,6325 neu ausgegebene HP-Aktien.

5. Infolge des Zusammenschlusses würde eine weltweit führende Unternehmung im Bereich der Informationstechnologie mit einem Umsatz von rund CHF 150 Mia. entstehen. Diese "neue HP" soll ein vollständiges Angebot im Bereich der Informationstechnologien mit offenen Systemen und Systemarchitekturen anbieten können und nach Umsatz die weltweit grösste Unternehmung in den Bereichen Server, Access Devices (Personal Computer und Handhelds) sowie Printing und Imaging sein. Die neue HP würde sich dabei in folgende vier operative Einheiten gliedern:

?? Imaging und Printing Systems

---

?? Access Devices

?? Informationstechnologie Infrastrukturen

?? IT-Services

Es wird erwartet, dass die Kostensynergien des Zusammenschlusses rund US\$ 2,5 Mia. pro Jahr betragen. Die neue HP würde in 160 Ländern über 145'000 Angestellte beschäftigen.

6. Mit der Eingabe vom 20. Dezember 2001 ersuchte HP mittels Form CO bei der Europäischen Wettbewerbsbehörde um Bewilligung der beabsichtigten Transaktion (Case No COMP/M2609) (nachfolgend "EU-Eingabe"). Am 31. Januar 2002 hat die Europäische Wettbewerbsbehörde das Zusammenschlussvorhaben ohne Auflagen genehmigt.

7. Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Zusammenschlussvorhabens erforderte nachfolgende parallel zum europäischen Verfahren geführte ausführliche Abklärungen des Sekretariats.

## **II. MELDEPFLICHT**

8. Die weltweiten Umsätze betragen im Geschäftsjahr 2000 CHF 79'706 Mio. für HP und CHF 69'250 Mio. für Compaq. In der Schweiz erzielte HP einen Umsatz von CHF [...] und Compaq einen solchen von CHF [...].

9. Damit sind die Aufgreifkriterien von Artikel 9 Absatz 1 Kartellgesetz (KG; SR 251) erfüllt und das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

## **III. ERWÄGUNGEN**

### **1. Relevante Märkte**

#### **1.1. Sachlich relevante Märkte**

10. Soweit es um die sachlich relevanten Märkte geht, sind die beteiligten Unternehmen in den Bereichen Personal Computer, Drucker, Server, Speichersysteme, IT-Services und Handheld-Information-Devices tätig<sup>1</sup>.

#### **a. Personal Computer**

11. Personal Computer (nachfolgend "PC") sind für den Endbenutzer konzipierte Rechner zur Datenverarbeitung und -speicherung<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Zu den relevanten Märkten vgl. EU Case No Comp/M.2609 - HP/Compaq, S. 2 ff.

<sup>2</sup> RPW 1998/2, Compaq/DEC, S. 275

12. Eine weitere Unterteilung der PC in die sachlich relevanten Märkte **Laptops, Desktops und Workstations** wurde sowohl von den schweizerischen als auch von den europäischen Wettbewerbsbehörden in Erwägung gezogen beziehungsweise teilweise vorgenommen<sup>3</sup>. Laptops sind für den Mobileinsatz konzipiert und demzufolge leicht zu transportieren. Der Einsatz eines Desktops ist hingegen an einen bestimmten Ort gebunden. Desktops sind auf die Bedürfnisse der grossen Zahl der Durchschnittsanwender ausgerichtet. Aufgrund der Verwendung von unterschiedlichen Komponenten ist der Preis eines Laptops höher als jener eines Desktops<sup>4</sup>. Workstations sind leistungsfähige stand-alone Desktops, die typischerweise für anspruchsvolle technische Anwendungen in einem professionellen Umfeld verwendet werden und dabei über beträchtliche Rechen- oder Grafikleistungen verfügen.

13. Die beteiligten Unternehmen gehen von einem sachlich relevanten Markt aus, der sowohl Desktops, Laptops wie auch Workstations umfasst. Die Trennung dieser Bereiche in verschiedene Märkte entspräche nicht mehr den zwischenzeitlichen technischen Entwicklungen und Veränderungen auf diesen Märkten. Hingegen wird die sachlich relevante Unterteilung des PC-Marktes von den vom Sekretariat befragten Parteien nach wie vor als richtig erachtet.

14. Desktops, Laptops und Workstations decken ähnliche Bedürfnisse ab, nämlich die Datenverarbeitung und -speicherung (vgl. Rz. 11). Somit sind gewisse Substitutionsmöglichkeiten zwischen den oben erwähnten Geräten zweifelsohne gegeben. Es bestehen für die Marktgegenseite jedoch auch deutliche Unterschiede bezüglich der Einsatzmöglichkeiten dieser Geräte. Der Vorteil eines Laptops liegt in seiner mobilen Einsatzmöglichkeit. Hingegen dürften gewisse Benutzer den Desktop aufgrund seines Komforts (Bildschirm, Tastatur) bevorzugen. Workstations unterscheiden sich vor allem hinsichtlich ihrer Leistungsfähigkeit was die Daten- und Bildbearbeitung angeht und richten sich demnach an den professionellen Anwender.

15. Auffallend sind die im Durchschnitt etwa um den Faktor 1,5 höheren Preise von Laptops im Vergleich zu Desktops. Dieses relative Preisverhältnis blieb in den letzten drei Jahren trotz allgemein sinkender Durchschnittspreise mehr oder weniger konstant. Die zunehmende Verbreitung von Laptops im Verhältnis zu den Desktops kann infolgedessen nicht, wie von den Parteien ausgeführt, als eine aufgrund von Preisänderungen bedingte Substitution, mit den entsprechenden Konsequenzen für die Marktabgrenzung, aufgefasst werden. Die angesprochenen Verkaufserfolge von Laptops sind vielmehr durch Einkommenseffekte oder Änderungen der Präferenzen der Anwender erklärbar.

<sup>3</sup> RPW 1998/2, Compaq/DEC, S. 274 ff.; EU Case No IV/JV.22-Fujitsu/Siemens

<sup>4</sup> EU Case No IV/JV.22-Fujitsu/Siemens

16. Die wirklichen Substitutionsmöglichkeiten zwischen Desktops, Laptops und Workstations dürften nur aufgrund empirischer Untersuchungen ersichtlich werden. Vorliegend hängt der Konzentrationsgrad der PC-Industrie jedoch nur unwesentlich von den zur Diskussion stehenden Abgrenzungen ab. Infolgedessen wird im Folgenden die im Entscheid Compaq/DEC (RPW 1998/2, S. 274 ff.) gewählte Unterteilung zwischen Workstations einerseits sowie Desktops und Laptops andererseits beibehalten.

#### **b. Drucker**

17. Drucker stellen ein Komplementärgut zu allen PCs dar, da ein Drucker ohne PC nutzlos ist, und ein PC ohne Drucker nur begrenzte Einsatzmöglichkeiten aufweist.

18. Eine Unterteilung in die beiden folgenden sachlich relevanten Märkte ist aufgrund von Abklärungen des Sekretariats angebracht:

?? Der Markt für "**office, home and professional printing**" umfasst das Drucken von Dokumenten im privaten oder geschäftlichen Umfeld mittels Tintenstrahl- oder Laserdrucker. Der Grossteil der gedruckten Dokumente ist dabei für den internen Gebrauch bestimmt.

?? Im Gegensatz dazu geht es beim "**commercial and industrial printing**" um die Verarbeitung grösserer Volumina in einem kommerziellen oder industriellen Umfeld mit entsprechend höheren Anforderungen an die Druckqualität und die Einsatzmöglichkeiten. Die Anzahl verkaufter Drucker ist in diesem Markt deutlich geringer als beim "office, home and professional printing".

Namentlich Applikationen wie der hochwertige Fotodruck, Druck in Übergrösseformaten (A3 etc.) und die zum Teil deutlich unterschiedlichen Preise führen dazu, dass die Substitutionsmöglichkeiten des Endanwenders zwischen den beiden hier aufgeführten Märkten gering sind.

#### **c. Server**

19. Ein Server ist ein zentraler Rechner in einem Netzwerk, das heisst in einem Verbund von Computern, die sich Daten und Peripheriegeräte teilen. Auf die Dienste der Server können über einen Anschluss gleichzeitig viele Anwender zugreifen (Vernetzung)<sup>5</sup>.

20. Die wichtigsten Komponenten eines Servers sind:

?? das Betriebssystem, auf das der Server konfiguriert ist. Es dient als Schnittstelle zwischen Anwendersoftware und Prozessor.

?? Prozessoren, die im Server installiert sind und zur Hardware gehören.

<sup>5</sup> RPW 1998/2, Compaq/DEC, S. 275

Die Kombination eines Prozessors mit einem Betriebssystem wird als Plattform bezeichnet.

21. Serverprozessoren stammen entweder von einem spezifischen Hersteller (so genannte proprietäre Prozessoren) oder sie entsprechen industriellen Standards (Prozessoren der Industry-Standard Server), das heißt, sie wurden nicht von einem bestimmten Hersteller entwickelt und können grundsätzlich von sämtlichen Herstellern verwendet werden.

?? Proprietäre Prozessoren werden für bestimmte Servertypen verwendet (z.B. Sun SPARC, HP pa-risc, IBM POWER-x) und basieren auf der RISC-Technologie<sup>6</sup>. Dazu gehören Mainframe Server und UNIX Server. In Kombination mit einem Betriebssystem werden sie proprietäre Plattformen genannt.

?? Bei den Industry-Standard Servern ist Intel der führende Lieferant (z.B. Intel'ss IA32-Architektur, so genannte SIAS: Standard Intel Architecture Servers), die zusammen mit einem Betriebssystem eine Industry-Standard Plattform ergeben.

22. Der Markt für Server wurde von der Wettbewerbskommission<sup>7</sup> bis anhin in folgende drei Bereiche unterteilt:

?? **Entry-Level Server** (< US\$ 100'000.--)

?? **Midrange Server** (US\$ 100'000.-- bis US\$ 1 Mio.)

?? **High-End Server** (> US\$ 1 Mio.)

23. Nach Aussagen der beteiligten Unternehmen ist diese Einteilung nicht mehr sachgerecht, da die Preise kontinuierlich verlaufen (von weniger als US\$ 1'000.-- bis hin zu mehreren Mio. US\$), ohne dass klare Trennlinien sichtbar sind. Des Weiteren hat ein Konkurrent die Trennlinien tiefer angesetzt, und IDC<sup>8</sup> kennt zusätzlich eine weitere Unterteilung auf Stufe Entry-Level Server.

24. Wie die EU-Kommission bereits in mehreren Entscheiden festgehalten hat<sup>9</sup>, werden neben dem Preis auch Plattform, Server-Betriebssystem, Fehlertoleranz sowie die Prozessor-Architektur als Kriterium für die Unterteilung des Servermarktes in Betracht gezogen.

<sup>6</sup> RISC steht für "reduced instruction set computer" und ist eine Prozessorkonzeption, die ein schnelles und effizientes Verarbeiten von kleinen Sätzen mit einfachen Befehlen ermöglicht. Die RISC-Architektur optimiert hierfür jeden Befehl, so dass dieser sehr schnell ausgeführt werden kann.

<sup>7</sup> RPW 1998/2, Compaq/DEC, S. 275

<sup>8</sup> Zu IDC vgl. [www.idc.com](http://www.idc.com)

<sup>9</sup> Entscheid der Kommission Case No IV/M.1120-Compaq/Digital; Case No IV/M.963-Compaq/Tandem; Case No IV/JV.22-Fujitsu-Siemens

25. Die in Randziffer 22 erwähnte Terminologie wird sowohl von den Herstellern als auch in verschiedenen Publikationen hinsichtlich der Architektur verwendet.

26. Der Servermarkt kann auf dieser Grundlage in folgende Segmente gegliedert werden:

?? Mainframe Server

?? UNIX Server

?? SIAS Server

27. Diese Aufteilung basiert auf unterschiedlichen Prozessor-Architekturen, die im Einzelnen folgende Charakteristika aufweisen:

?? Mainframe Server sind traditionelle Grossrechner, die sich durch eine hohe Zuverlässigkeit und Stabilität auszeichnen. Sie liegen preislich im High-End Bereich.

?? UNIX Server gelten ebenfalls als zuverlässig und können als moderne Variante der Mainframe Server bezeichnet werden. Die UNIX Architektur besteht aus einem UNIX-basierten Betriebssystem und einem in der Regel herstellereigenen Prozessor<sup>10</sup>. Eine UNIX Plattform ist leistungsfähiger als eine Industry-Standard Plattform, da sie eine grössere Anzahl von leistungsfähigeren Prozessoren unterstützen kann. UNIX Server basieren auf der RISC-Technologie und liegen bezüglich Preisklasse im Midrange Bereich. Mainframe und UNIX Server werden dort eingesetzt, wo eine hohe Datensicherheit und eine hohe Datenverfügbarkeit erforderlich ist; dadurch fällt deren Preis im Vergleich zu den SIAS höher aus. Beispielsweise kommen sie bei Finanztransaktionen sowie Buchungs- und Zahlungssystemen zur Anwendung.

?? SIAS sind Standardserver, deren Komponenten nicht von jedem einzelnen Hersteller selbst entwickelt und hergestellt werden, sondern die Hersteller kaufen die jeweiligen Komponenten (Betriebssystem und Prozessoren), setzen diese zusammen und verkaufen sie an die Endverbraucher. Nach Angaben von Kunden und Konkurrenten der beteiligten Unternehmen ist Intel der führende Lieferant von SIAS (IA32-Prozessor). Intel-Prozessoren werden für die Industry-Standard Plattformen verwendet und voraussichtlich noch weiter an Bedeutung gewinnen. SIAS verschaffen den Zugang zu kleineren Datenbanken und sind in einem tieferen Preissegment, dem Entry-Level Bereich, angesetzt. Sie verfügen nicht über dieselbe hohe Ausfallsicherheit wie ein Mainframe oder ein UNIX Server.

---

<sup>10</sup> UNIX ist ein hochstandardisiertes Betriebssystem, aus dem die Hersteller eigene Varianten entwickelt haben (z.B. Sun Solaris, IBM AIX, Compaq-Unix, HP-Unix).

28. Die Tatsache, dass einige Anbieter von Servern sich auf einen Markt spezialisieren (z.B. Dell auf das SIAS-Segment, wohingegen Sun bloss auf dem UNIX Server Markt tätig ist), ist ein Hinweis auf Unterschiede zwischen diesen Märkten.

29. Abklärungen des Sekretariats haben ergeben, dass innerhalb einer Prozessor-Architektur (SIAS, RISC Server etc.) eine Substitution leicht möglich ist (wenn auch ab einer gewissen Grösse eine Hardwareerneuerung anfällt). Über Architekturgrenzen hinaus ist ein Wechsel sehr schwierig beziehungsweise kostenintensiv, da eine derartige Umstellung eine komplett neue Softwareausstattung (Betriebssystem, aufgesetzte Produkte), Umschulung der Mitarbeiter und so weiter erfordert. Die verschiedenen Prozessor-Architekturen können nur mit einer ganz bestimmten Menge von in Frage kommenden Betriebssystemen kombiniert werden. So sind zum Beispiel einige Softwareanwendungen nur auf Servern von Intel lauffähig. Unternehmen wollen nach Angaben eines Konkurrenten von HP und Compaq einen Architekturwechsel möglichst vermeiden, da dieser mit hohen Kosten verbunden ist. Von einigen Kunden wurde auch die Aussage gemacht, dass sich die Frage nach einem Architekturwechsel gar nicht stellt.

30. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die eingangs erwähnte Einteilung des sachlich relevanten Marktes nach Preisklassen mit einer Aufteilung des Servermarktes aufgrund der Architektur weitgehend übereinstimmt, da Mainframe Server hauptsächlich der höchsten Preisklasse angehören, UNIX Server im Midrange Server Markt angesiedelt sind und praktisch sämtliche Industry-Standard Server im Entry-Level Markt verkauft werden. Deshalb kann an der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission festgehalten werden.

#### **d. Speichersysteme (Storage-Systems)**

31. Storage ist das Speichern von Daten in elektromagnetischer oder optischer Form für den Zugriff durch einen Computerprozessor.

32. Die Nachfrage nach elektronischer Speicherkapazität hat in den letzten Jahren aufgrund der Ausbreitung des Internets und der weiten Verbreitung von PC drastisch zugenommen. So wuchs der Storagemarkt um das Jahr 2000 etwa doppelt so schnell als der Servermarkt. Infolge dieser Entwicklung und des raschen technologischen Wandels dürfte die zeitliche Gültigkeit einer genauen sachlichen Marktabgrenzung im Bereich Speichersysteme verhältnismässig kurz ausfallen.

33. Eine sachlich relevante Abgrenzung kann sicherlich zwischen den Märkten für **Magnetdisks (Disk-Storage)**, **Magnetbänder (Tape-Storage)** und **optische Datenträger (Optical-Storage)** gezogen werden. Diese drei Speichermedien dienen unterschiedlichen Zwecken (die Magnetbänder werden beispielsweise nur noch für back-ups und Archivierungszwecke verwendet) und sind auch hinsichtlich ihrer Leistungskapazität und Preise verschieden. Aus der Sicht der Marktgegen-

---

seite dürften Substitutionsmöglichkeiten zwischen diesen Bereichen nur in geringem Umfang gegeben sein, weshalb der Stagemarkt in die drei sachlich relevanten Märkte Disk-Storage, Tape-Storage und Optical- Storage unterteilt wird.

34. Im Markt für Disk-Storage Systeme stellt sich die Frage, ob nicht eine weitere Abgrenzung zwischen Server-Storage<sup>11</sup> und Enterprise-Storage<sup>12</sup> angebracht wäre. Die meisten Händler führen beide Systeme in ihrem Verkaufsangebot. Zudem lässt sich eine Verlagerung der Nachfrage vom Bereich Server-Storage in Richtung Enterprise-Storage feststellen. Dies lässt auf eine gewisse Substituierbarkeit zwischen diesen Bereichen schließen. Die Frage nach einer weiteren Abgrenzung der Disk-Storage Systeme kann im vorliegenden Zusammenhang jedoch offen gelassen werden, da weitere wettbewerbsrechtliche Probleme unabhängig von der Marktabgrenzung sind<sup>13</sup>.

#### **e. IT-Services**

35. IT-Services beinhalten die Planung, Lieferung und Implementierung von Hard- und Software sowie die Wartung von informationsbeziehungswise kommunikationstechnischen Applikationen bis hin zur Unterstützung und Schulung ihrer Anwender<sup>14</sup>.

36. Die beteiligten Unternehmen schlagen eine sachliche Marktabgrenzung vor, die sämtliche IT-Services umfasst. Als Begründungen werden aufgeführt: einerseits die zunehmende Tendenz der Endkonsumenten, umfassende Dienstleistungspakete nachzufragen sowie der rasche technologische Wandel im Bereich IT-Services andererseits.

37. Die Europäische Kommission verwendete hingegen bis anhin eine Unterteilung in die sachlich relevanten Märkte IT Management Services, Business Management Services, Software Development and Integration, IT and Business Consulting, Software Maintenance and Support, Hardware Maintenance and Support, Personal Education and Training, Transaction Processing und Dienstleistungen im Bereich des E-Commerce<sup>15</sup>.

38. Die Wettbewerbskommission hat bis anhin keine genaue Abgrenzung des Marktes für IT-Services vorgenommen. Die Frage der weiteren Unterteilung des Bereiches IT-Services kann indes auch im vorliegenden Fall offen gelassen werden.

<sup>11</sup> Server-Storage umfasst Speichersysteme, welche einen komplementären Zusatz zu einem Server darstellen.

<sup>12</sup> Enterprise-Storage bezeichnet Speichersysteme für Kunden, die einen von einem Serverkauf unabhängigen Bedarf an Speicherkapazität haben.

<sup>13</sup> Vgl. EU Case No IV/M. 1694 EMC/Data General

<sup>14</sup> RPW 1998/2, Compaq/DEC, S. 276

<sup>15</sup> Vgl. zum Beispiel EU Case No COMP/M.2478 - IBM Italia/Business Solutions/JV



## f. Handheld-Information-Devices

39. Handheld-Information-Devices sind Rechner im Taschenformat, die für die Berechnung, Sammlung, Speicherung und den Transfer von Informationen entwickelt wurden.

40. Solche Kleinrechner lassen sich in zwei Gruppen einteilen:

?? Bei einem **Personal-Digital-Assistant** (nachfolgend "PDA") handelt es sich um einen elektronischen Filofax, mit dem - ähnlich einer Agenda - Informationen abgerufen und festgehalten werden können (Kalender, Notizen, Adressen; so genanntes Personal Information Management, PIM). PDAs können mit einem Netzzugang versehen sein, indem entweder eine kabellose Anschlusseinheit integriert ist, oder es besteht die Möglichkeit, ein externes Modem anzuschliessen.

?? Bei den **Mobiltelefonen** kann zwischen Smart Phones und Features Phones unterschieden werden. Smart Phones bieten nebst dem Telefonverkehr auch PIM-Applikationen an und können mit zusätzlichen Anwendungen ergänzt werden (dies geschieht in Form des elektronischen Datenverkehrs wie Internet, Videostreaming, Digitalkamera, MP3-Player etc.). Features Phones bieten ebenfalls Telefonfunktionen und PIM-Applikationen an, verfügen aber über ein vom Hersteller definiertes fixes Dienstangebot.

41. Die beiden beteiligten Unternehmen sind bloss im Bereich der PDAs tätig. Die Frage, ob alle Handheld Information Devices (d.h. sowohl PDAs als auch Smart Phones und Features Phones) zum selben sachlich relevanten Markt gehören, kann im vorliegenden Fall offen bleiben, da es in beiden Fällen lediglich zu geringen Marktanteilsadditionen kommt.

### 1.2. Geografisch relevante Märkte

42. Für PC, Drucker, Server und Speichersysteme weist der geografisch relevante Markt mindestens europäische, wenn nicht sogar weltweite Dimensionen auf. Als Begründung hierfür können folgende Aspekte aufgeführt werden<sup>16</sup>:

?? Tiefe Transportkosten im Verhältnis zum Preis

?? Weitgehend homogene Präferenzen der Anwender

?? Weitgehend homogene Produkteigenschaften

?? Europaweite, wenn nicht sogar weltweite Präsenz der Hersteller mit vergleichbarer Organisation des Vertriebs.

<sup>16</sup> Vgl. EU Case No COMP/M.1694-EMC/Data General; Case No IV/M.1120-Compaq/Digital; Case No IV/JV.22-Fujitsu/Siemens; Case No COMP/M.1643-IBM/Sequent

43. Die Ermittlungen des Sekretariats haben ergeben, dass der geografisch relevante Markt für IT-Services vor allem bei kleineren Projekten höchstens national ist, weil kundenbasierte Lösungen entsprechend der lokalen Sprache und Geschäftspraktiken zur Anwendung gelangen. Trotz Trends zur Internationalisierung bei Grossprojekten<sup>17</sup> gilt für die IT-Services ein schweizerischer Markt.

## **2. Stellung auf den betroffenen Märkten<sup>18</sup>**

44. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz<sup>19</sup> 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 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.

45. Eine Zusammenstellung der Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen in den relevanten Märkten einschliesslich der dazugehörigen Marktanteile anhand der verkauften Stückzahlen liefert die nachfolgende Tabelle. Abgesehen vom Markt für IT-Services beziehen sich die Zahlen auf Westeuropa (EWR und die Schweiz). Zu beachten gilt, dass die Marktanteile je nach Berechnungsgrundlage (Umsatz, verkaufte Stückzahlen) erheblich schwanken können.

<sup>17</sup> Vgl. EU Case No COMP/M.2478 IBM Italia/Business Solutions/JV

<sup>18</sup> Zur Stellung auf den betroffenen Märkten vgl. EU Case No Comp/M.2609 - HP/Compaq, S. 6 ff.

<sup>19</sup> Die Definition der betroffenen Märkte erfolgt vorliegend anhand des geografisch relevanten Marktes Europa (vgl. Rz. 42 f.). Die Verhältnisse auf dem europäischen und dem schweizerischen Markt sind jedoch vergleichbar.

	PC Jahr 2000	Server Jahr 2000	Drucker Jahr 2000 <sup>20</sup>	Speicher-systeme <sup>21</sup>	Handhelds Jahr 2001/ Quartal 3 Units <sup>22</sup>	IT-Services Jahr 2000 <sup>23</sup>
<b>HP</b>	(0%-10%)	(10%-20%)	(40%-50%)	keine Antwort	(0%-10%)	(0%-10%)
<b>Compaq</b>	(10%-20%)	(10%-20%)	(0%-10%)	keine Antwort	(10%-20%)	(0%-10%)
<b>Wichtigste Konkurrenten</b>	Fujitsu-Siemens (10%-20%) Dell (10%-20%) IBM (0%-10%)	IBM (20%-30%) Sun (10%-20%) Fujitsu-Siemens (0%-10%)	Epson (10%-20%) Lexmark (10%-20%) Canon (10%-20%)	keine Antwort	Nokia (20%-30%) Palm (20%-30%) Casio (10%-20%)	IBM (10%-20%) Swisscom (10%-20%) Debis (0%-10%)

46. Eine weitere Unterteilung des Bereiches PC gemäss Randziffer 11 ff. ergibt folgendes Bild:

	HP	Compaq	Konkurrenten
Desktop	(0%-10%)	(10%-20%)	Dell (0%-10%) Fujitsu-Siemens (10%-20%)
Laptop	(0%-10%)	(10%-20%)	Toshiba (10%-20%) Dell (10%-20%)
Workstation	(20%-30%)	(10%-20%)	Sun (20%-30%) IBM (10%-20%) Dell (10%-20%)

<sup>20</sup> Angaben sind nur für den Druckermarkt als Ganzes verfügbar.

<sup>21</sup> Für den gesamten Speichermarkt (Disk-, Tape- und Optical-Storage) sind keine Zahlen vorhanden. Für die einzelnen Segmente siehe Rz. 47.

<sup>22</sup> Infolge der Volatilität der Marktanteile sind die aktuellsten Zahlen am aussagekräftigsten.

<sup>23</sup> Marktanteil der IT-Services anhand Umsatz

47. Eine weitere Unterteilung des Serverbereichs gemäss Randziffer 19 ff. ergibt folgendes Bild:

	HP	Compaq	Konkurrenten
Entry-Level Server	(10%-20%)	(30%-40%)	IBM (10%-20%) Fujitsu-Siemens (0%-10%)
Midrange Server	(20%-30%)	(0%-10%)	IBM (20%-30%) Sun (20%-30%) Fujitsu-Siemens (0%-10%)
High-End Server	(0%-10%)	(10%-20%)	IBM (30%-40%) Sun (10%-20%)

48. Eine weitere Unterteilung des Bereichs Speichersysteme gemäss Randziffer 31 ff. ergibt folgendes Bild:

	HP	Compaq	Konkurrenten
Disk-Storage	(10%-20%)	(20%-30%)	EMC (10%-20%) IBM (10%-20%)
Tape-Storage Tape-Drives <sup>24</sup>	(30%-40%)	(0%-10%)	Seagate (20%-30%) Sony (10%-20%)
Tape-Storage Tape-Libraries <sup>25</sup>	(30%-40%)	(0%-10%)	ADIC (10%-20%) Sony (10%-20%)
Optical-Storage Optical library/ jukebox devices	(50%-60%)	(0%-10%)	Plasmon (40%-50%)

<sup>24</sup> Tape-Drives sind einzelne Magnetband-Speichergeräte.

<sup>25</sup> Tape-Libraries sind mehrere Tape-Drives, die zu einer integrierten Lösung verknüpft werden.

49. Gemäss obigen Tabellen bestehen für PC (Desktops, Laptops, Workstations), Server (Entry-Level, Midrange und High-End), Drucker und Speichersysteme (Disk-, Tape- und Optical-Storage) betroffene Märkte, nicht hingegen für die Bereiche Handheld-Information-Devices und IT-Services.

## **2.1. Aktuelle Konkurrenz**

### **a. Personal Computer**

50. Eine Übersicht über die wichtigsten PC-Hersteller sowie deren Marktstellung zeigt nachfolgende Grafik.

[Geschäftsgeheimnis]

51. Wie die obige Grafik zeigt, waren die fünf grössten Unternehmen im PC-Markt in den letzten drei Jahren die gleichen: nämlich Compaq, Dell, HP, Fujitsu-Siemens und IBM. Es gab jedoch Verschiebungen innerhalb dieser Gruppe, wobei vor allem der Aufstieg von Dell bemerkenswert ist. Im Mittelfeld befinden sich zum Beispiel Acer, NEC, Toshiba oder Apple. Zusätzlich gibt es eine beachtliche Anzahl von kleinen, eher lokal tätigen Herstellern mit wenig bekannten Markennamen (so genannte White-Box-Players).

52. Die Aufteilung nach Desktops, Workstations und Laptops ergibt ein ähnliches Bild. Einige Wettbewerber weisen jedoch besondere Stärken in einem bestimmten Markt auf. Illustrativ ist sicherlich die bedeutende Stellung von Toshiba bei den Laptops. Auffallend ist, dass viele Hersteller in sämtlichen drei PC-Bereichen tätig sind.

53. Gemäss den vom Sekretariat durchgeführten Abklärungen herrscht im PC-Markt wirksamer Wettbewerb. Zum einen ist die Anzahl im PC-Markt tätiger Unternehmen beachtlich, und die Angebotsbeziehungsweise Anbietervielfalt wird von den befragten Kunden als genügend gross eingeschätzt. Zum Zweiten ist die PC-Industrie durch kurze Innovationszyklen gekennzeichnet. Die Lebensdauer eines PC's beträgt durchschnittlich drei bis vier Jahre, wobei die Lebensdauer oft durch neue Technologien und Software und nicht durch die Abnutzung bestimmt wird. In Zukunft sind hinsichtlich der technologischen Weiterentwicklung höhere Systemleistungen und weitere Integrationsmöglichkeiten der PC vor allem in den Multimediabereichen zu erwarten.

### **b. Drucker**

54. Der Zusammenschluss ist für den Bereich Drucker von vornherein unproblematisch, da praktisch keine Marktanteilsadditionen resultieren. Compaq verkauft Drucker im Rahmen einer Vereinbarung mit Lexmark nur in einer geringen Anzahl an einige ausgewählte Kunden.

55. Erwähnenswert ist die starke Stellung von HP im Druckergeschäft<sup>26</sup>. Diese starke Stellung könnte insbesondere den wirksamen Wettbewerb beeinflussen, falls keine offenen Schnittstellen zu PC beständen und/oder Koppelungsgeschäfte zwischen PC und Drucker in grossem Umfang getätigt würden. Abklärungen des Sekretariats haben ergeben, dass eine denkbare Koppelung zwischen Druckern und PC nur in vernachlässigbarem Umfang stattfindet und als wenig erfolgversprechende Wettbewerbsstrategie betrachtet wird.

56. Die Europäische Kommission kommt zudem zum Schluss (Case No IV/35.741), dass HP bei den Tintenstrahldruckern nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, insbesondere da für den Anwender keine Probleme bei der Umstellung zu einem anderen Druckerhersteller entstünden und die Innovationszyklen kurz seien.

### **c. Speichersysteme**

#### **Disk-Storage**

57. Die Nachfrage nach Disk-Storage-Systemen ist in den letzten Jahren stark angestiegen. Die grossen Anbieter stehen in einem intensiven Wettbewerbsverhältnis zueinander. Der Disk-Storage-Markt kann als sehr dynamisch bezeichnet werden. Dies zeigt sich schon daran, dass die Marktanteile der Unternehmen in den letzten Jahren relativ instabil waren.

58. HP und Compaq sind vor allem im Server-Storage-Markt stark vertreten<sup>27</sup>. Seit einigen Jahren ist aber eine stetige Verlagerung der Nachfrage in Richtung Netzwerkspeichersysteme (Teil der Enterprise-Storage) feststellbar. In diesem Bereich ist EMC klarer Marktleader, und neue Unternehmen wie Network Appliance haben markante Marktanteilssteigerungen verbuchen können. Aber auch im Server-Storage-Markt hat es genügend grössere und kleinere Konkurrenten, die einen wirksamen Wettbewerb gewährleisten.

59. Der Disk Storage Markt ist durch ständige Innovation gekennzeichnet. Das macht diesen Markt angreifbar und somit für neue Unternehmen interessant. In den letzten Jahren sind etliche durch Venture Capital finanzierte Start-up-Unternehmen (so z.B. Dot Hill Systems Corps, Yotta Yotta Inc., 3Ware etc.) in diesen Markt eingedrungen.

<sup>26</sup> Der Marktanteil von HP betrug im Jahr 2000 für Westeuropa (50%-60%) bei den Tintenstrahldruckern und (50%-60%) bei den Laser-Druckern.

<sup>27</sup> Addierter Marktanteil in Westeuropa von (40%-50%) im Jahr 2000

## **Tape-Storage**

60. Tape-Storage-Systems oder Bandspeichersysteme sind die ältesten Speichersysteme, die immer noch verwendet werden. Da die Daten auf ein magnetisches Band geschrieben werden müssen und von da auch wieder abgelesen werden, sind die Vorgänge relativ zeitintensiv. Hingegen ist es ein langzeitsicheres und kostengünstiges Speichermedium.

61. Sowohl HP als auch Compaq verkaufen Bandspeichersysteme (Tape-Drives sowie Tape-Libraries). Diese werden hauptsächlich von Kunden zu Archivierungszwecken verwendet.

62. HP produziert einen Teil ihrer Tape-Storage-Produkte selbst. Compaq hingegen bietet nur ein begrenztes Sortiment an, welches komplett von dritten Unternehmen hergestellt wird. Die von Compaq vertriebenen Produkte werden unter anderem Markennamen auch von weiteren Händlern angeboten.

63. Die hohen Marktanteile von HP beruhen darauf, dass sie hauptsächlich im Low-End Tape-Storage-Markt tätig sind. Sie haben deshalb grosse Stückzahlen, generieren aber nur wenig Umsatz. Würde man die Marktanteile nach Umsatz berücksichtigen, läge HP an fünfter Stelle. Zudem stützt sich die IDC-Statistik auf die Verkaufszahlen, welche sie dann den jeweiligen Herstellern zurechnet. Das führt in diesem Fall dazu, dass Compaq als Nichtproduzent über keine Marktanteile verfügt. Verwendet man die Verkaufszahlen direkt als Berechnungsgrundlage, hat HP einen Marktanteil von (10%-20%) im Tape-Drive-Segment und (0%-10%) im Tape-Library-Segment. Compaq seinerseits verfügt so über je (10%-20%) Marktanteil. Die aktuelle Konkurrenz im Tape-Storage-Markt ist aber dennoch stark ausgeprägt, und die Aktivitäten von Compaq in diesem Bereich sind von untergeordneter Bedeutung.

## **Optical-Storage**

64. Bei den Optical-Storage-Systems werden Computerdaten durch Lasertechnik auf einem optischen Datenträger gespeichert und verwaltet. Diese optischen Speichersysteme beinhalten CDs, DVDs und andere Technologien.

65. Nur HP, nicht aber Compaq, verkauft Optical-Storage-Systems. Es kommt somit zu keinen Marktanteilsadditionen. Da Compaq auch nicht die Absicht hat, in dieses Marktsegment einzusteigen, kann auf eine detailliertere Analyse verzichtet werden.

### **d. Server**

#### **High-End Server**

66. Marktführerin im High-End Bereich ist IBM. Sowohl HP als auch Compaq sind in diesem Markt tätig; durch das Zusammenschlussvor-

---

haben kommt es zu unbedeutenden Marktanteilsadditionen (vgl. Rz. 47).

### **Midrange Server**

67. In diesem Markt ist Sun weltweit Marktführerin. Die von Sun verwendeten RISC-Prozessoren sind derart konzipiert, dass sie bloss mit den von Sun entwickelten Betriebssystemen kompatibel sind. Diese selbstentwickelten Betriebssysteme werden von vielen unabhängigen Softwareverkäufern unterstützt. Da Unternehmen zuerst die Software (d.h. das Betriebssystem; in diesem Fall ein Betriebssystem von Sun) auswählen und dann erst den Prozessor (der in diesem Fall notwendigerweise ein von Sun hergestellter Unix Server ist), konnte Sun seine Leaderposition ausbauen. Sun wird aber stark konkurrenziert von IBM, da auch IBM über eigene leistungsfähige Betriebssysteme verfügt.

68. Mehr als (80%-90%) des im Midrange-Markt erzielten Umsatzes in Europa wird von den vier Unternehmen Sun, IBM, HP und Compaq erzielt. Zwischen HP und Compaq bestehen im Bereich der Verkaufszahlen grosse Unterschiede. So hatte HP im Jahr 2000 einen Marktanteil von (20%-30%) in Westeuropa, während Compaq im selben Jahr einen solchen von (0%-10%) aufwies (vgl. Rz. 47). Compaq hat seit 1997 im Markt für Midrange Server Anteile gewonnen. Insbesondere durch die Akquisition von Tandem und Digital Equipment Corporation in den Jahren 1997 beziehungsweise 1998 stieg Compaq zu den sechs grössten Serverherstellern im Midrange-Markt auf.

69. Durch das Zusammenschlussvorhaben kommt es zu Marktanteilsadditionen und die Parteien können ihre Position gegenüber den Konkurrenten Sun und IBM stärken.

### **Entry-Level Server**

70. [...] aller weltweit verkauften Server waren SIAS (Standard Intel Architecture Server). Compaq verfügt über einen hohen Marktanteil in Europa im Bereich der Entry-Level Server und weist im Bereich der Industry-Standard Server in Europa den höchsten Umsatz auf. Dell ist einer der grössten Konkurrenten von Compaq; zudem wird Dell ein Wachstum von bis zu 40% vorausgesagt.

71. Durch das Zusammenschlussvorhaben kommt es zu hohen Marktanteilsadditionen in diesem Segment. Die aktuelle Konkurrenz ist aber auch nach dem geplanten Zusammenschluss beachtlich, da in diesem Markt nebst grossen Unternehmen auch kleinere mit einem Marktanteil von insgesamt [...] vertreten sind.

### **Tendenzen und Entwicklungen**

72. Es besteht im weltweiten Servermarkt bezüglich der Funktionalität die Tendenz einer Verlagerung von High-End zu Midrange Servern und von Midrange zu Entry-Level Servern. Diese Entwicklung basiert auf der Nachfrage nach immer kostengünstigeren Produkten. Somit

---



werden anstelle von High-End Servern mit proprietären Mainframes und Betriebssystemen vermehrt Midrange Server nachgefragt. Diese Tendenz zeigt sich an den steigenden Marktanteilen von UNIX Servern von Herstellern wie Sun, Compaq und HP.

73. Der Midrange-Servermarkt befindet sich in einem Wachstum, insbesondere durch das Clustering<sup>28</sup>, das tiefere Preisniveau im Vergleich zu High-End Servern und der verbesserten Leistung der heutigen Midrange Server, die viele Funktionen übernehmen können, die in den 1980er und frühen 90er Jahren noch den High-End Servern überlassen waren.

74. Mittels der Partitionierung können einige Midrange oder High-End Server ähnlich wie ein Netzwerk von Entry-Level Servern funktionieren<sup>29</sup>.

75. Von der Einführung des neuen Intel Itanium Prozessors (der zur Itanium Processor Family gehört und von Intel und HP gemeinsam entwickelt worden ist<sup>30</sup>) wird gemäss Angaben der beteiligten Unternehmen erwartet, dass die Leistungslücke, die bislang zwischen RISC-Plattformen und Industry-Standard Plattformen herrschte, geschlossen wird. Ein IPF-basierter Server zeichnet sich durch eine hohe Leistungsfähigkeit aus, die bisher bloss auf proprietären Architekturen möglich war<sup>31</sup>.

76. Die oben genannten Gründe zeigen die sich schnell ändernde technologische Entwicklung in den Servermärkten auf.

#### **e. Zwischenergebnis**

77. Der Zusammenschluss hat vor allem in den Märkten Entry-Level und Midrange Server sowie Workstations beachtliche Marktanteilsadditionen zur Folge und verstärkt damit die Position der beteiligten Unternehmen in diesen Märkten deutlich.

### **2.2. Potenzielle Konkurrenz**

78. Die Beurteilung der potenziellen Konkurrenz erfolgt im Allgemeinen für die gesamte IT-Branche, da die gleichen Argumente (mit unterschiedlicher Gewichtung) auf alle oben erwähnten IT-Märkte

---

<sup>28</sup> Clustering ist ein Vorgang, bei dem eine Anzahl leistungsschwächerer Server in einem Netzwerk zusammengeschlossen werden, und so eine Leistung erzielt werden kann, die derjenigen eines leistungsstärkeren und teureren Servers entspricht.

<sup>29</sup> Partitionierung ist ein Vorgang, bei dem ein Midrange Server aufgestückt wird, so dass verschiedene Einheiten diesen Server gebrauchen können, aber die Einheiten untereinander keinen Zugriff auf die anderen Servereinheiten haben.

<sup>30</sup> [www.hp.com/products1/itanium/index/html](http://www.hp.com/products1/itanium/index/html)

<sup>31</sup> [www.intel.de/deutsch/eBusiness/products/itanium/faqs](http://www.intel.de/deutsch/eBusiness/products/itanium/faqs)

---

anwendbar sind. Jedoch zielen diese Argumente im Speziellen auf die in Randziffer 76 erwähnten Märkte ab, bei welchen in Bezug auf die aktuelle Konkurrenz die Position der beteiligten Unternehmen wesentlich verstärkt wird.

#### **a. Wachstumsmarkt**

79. Die IT-Branche ist insgesamt, wie auch die EU ausführt<sup>32</sup>, durch ein andauerndes hohes Wachstum sowie einen hohen Innovationsgrad gekennzeichnet. Treibende Faktoren dieser Entwicklung sind momentan vor allem das Internet und die Telekommunikation. Ausgenommen von dieser Entwicklung sind zurzeit lediglich der Drucker- sowie teilweise der PC-Markt, wo Sättigungstendenzen zu verzeichnen sind. Der wenig reife Entwicklungsstand der gesamten IT-Branche zieht folgende Konsequenzen für die Wettbewerbsverhältnisse nach sich:

?? Die Unternehmen sind gezwungen, Produkt- aber auch Prozessinnovationen vorzunehmen, um ihre Marktanteile zu halten.

?? Grosse Verschiebungen in den Marktanteilen treten auf und werden aller Voraussicht nach auch in Zukunft möglich sein.

Als hervorragendes Beispiel des genannten Zwangs zu Prozessinnovationen dient die Hinwendung zu einem direkten Vertriebsmodell<sup>33</sup>, auf welchem der Erfolg von Dell basiert. Die wichtigsten Konkurrenten von Dell (darunter auch HP und Compaq) haben den Aufbau eines direkten Vertriebsmodells angekündigt beziehungsweise bereits damit begonnen. Der Aufbau eines derartigen Vertriebssystems ist mit erheblichem Kapitalaufwand verbunden.

80. Die hohen Wachstumsraten im IT-Markt wirken senkend auf die Marktzutrittsschranken und erhöhen damit die potenzielle Konkurrenz. Der Markteintritt ist möglich, ohne aktuellen Konkurrenten ihren Umsatz streitig zu machen.

81. Standardisierungen und die damit verbundene Kompatibilität zwischen Geräten verschiedener Hersteller sind in der IT-Branche relativ weit verbreitet.

82. Neben einigen historischen Gründen haben sich Standardisierungen vor allem infolge der Bedürfnisse der Kunden nach Kompatibilität der Geräte durchgesetzt. Das Bedürfnis der PC- und Serverhersteller nach einer Auslagerung gewisser Produktionsprozesse an wenige Hersteller hat die Standardisierung ebenfalls gefördert.

<sup>32</sup> Vgl. EU Case No Comp/M.2609 - HP/Compaq, Rz. 32 f., 38 f.

<sup>33</sup> Mit dem direkten Vertrieb ist der Verkauf der Produkte vom Hersteller, ohne Zwischenhändler, an den Käufer gemeint. Dieses Vertriebsmodell reduziert typischerweise die Lagerbestände und damit die Kosten für den Hersteller.

83. Weit verbreitet sind zurzeit die Standards von Intel bei den Mikroprozessoren und von Microsoft bei den Betriebssystemen. Microsoft und Intel haben ein grosses Interesse daran, dass ihre Standards auf der nachgelagerten Stufe, welcher HP und Compaq angehören, zur Anwendung kommen.

84. Mit der verbreiteten Anwendung der erwähnten Standards wird ein gewichtiger Teil der Forschungsinvestitionen von den Herstellern von zum Beispiel PC und Servern auf die vorgelagerte Stufe (Intel, Microsoft) übertragen. Der Marktzutritt ist für Hersteller demnach verhältnismässig einfach, solange sie die branchenüblichen Standards für ihre Produkte verwenden. Gemäss Angaben der beteiligten Unternehmen bestehen Geräte wie ein PC oder ein Entry-Level Server unterschiedlicher Hersteller zum Grossteil aus identischen Komponenten.

85. Das Vorhandensein offener Schnittstellen zwischen den Geräten, und damit das Ausmass der potenziellen Konkurrenz im IT-Markt, hängt stark von der Verbreitung und der Akzeptanz branchenweiter Standards ab. Abklärungen des Sekretariats haben keine Tendenzen aufgezeigt, wonach die Verbreitung derartiger Standards rückläufig wäre. Die befragten Unternehmen erwarten eher eine gegenteilige Entwicklung.

#### **b. Grössen- und Verbundvorteile**

86. In allen Bereichen der IT-Branche ist das Nebeneinander von global tätigen Grossunternehmen wie HP, Compaq, IBM oder Dell mit kleineren eher lokal tätigen Unternehmen charakteristisch. Besonders ausgeprägt ist diese Struktur im PC-Bereich und bei den IT-Services.

87. Nachfolgend sind die Vor- und Nachteile von global tätigen Grossunternehmen in der IT-Branche aufgelistet.

---

Vorteile	Nachteile
Realisierung sehr grosser Projekte für international tätige Konzerne möglich	Träge Struktur und hoher Administrationsaufwand
One-Stop-Shopping für den Kunden (der Kunde hat für sämtliche IT-Probleme nur einen Ansprechpartner)	Kunden wollen Abhängigkeit von einem Grossanbieter vermeiden
Grosse Servicepalette und weltweiter Support	Wenig länderspezifische Produkte
Interoperabilität aufgrund Verwendung der gleichen Technologien (Standardisierung)	Wenig Nischenprodukte
Bekanntheitsgrad der Marke (Reputation)	

Es sind zurzeit keine überragenden Grössen- und/oder Verbundvorteile im IT-Markt zu beobachten, welche als gewichtige Marktzutrittschranken wirken können. Der Marktzutritt dürfte aber vor allem bei grösseren und komplexeren Produkten deutlich schwieriger ausfallen als bei "Commodities" für den durchschnittlichen Benutzer.

### c. Branding

88. Markennamen (Brands) spielen in der Informationstechnologie für den Endanwender eine untergeordnete Rolle, da viele IT-Produkte als Commodities gelten. Entsprechend ist die Markentreue eher gering.

89. Dabei ist zu beachten, dass die Reputation eines Anbieters im geschäftlichen Umfeld, im Vergleich zum privaten Umfeld, eine höhere Bedeutung aufweist.

### d. Zwischenergebnis

90. Aufgrund der in diesem Abschnitt erwähnten Gründe: Wachstumsmarkt, Standardisierung, wenig ausgeprägte Grössen- und Verbundvorteile und Branding ist die potenzielle Konkurrenz zurzeit im IT-Markt beachtlich. Dies belegen vor allem die Schwankungen der Marktanteile sowie erfolgreiche Marktzutritte in den letzten Jahren.

#### IV. ERGEBNIS

91. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärken könnte. Die Voraussetzungen für eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3	<b>3. France Antilles - L'Express Communication Holding SA</b>
-------	--

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

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

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

*Communication selon l'article 16 alinéa 1 OCCE du 18 mars 2002*

##### A. En fait

1. Le 22 février 2002, la Commission de la concurrence a reçu une notification annonçant que l'entreprise France Antilles projetait d'acquiescer la totalité du capital-actions de L'Express Communication Holding SA.

2. France Antilles (ci-après: FA) est une société française, propriété des membres de la famille Hersant, dont le siège est à Paris. Elle est active principalement dans l'édition de journaux dans divers segments de marché qui se divisent entre la presse quotidienne, la presse hebdomadaire et la presse hebdomadaire gratuite. En particulier, elle édite divers quotidiens régionaux dans le nord et l'est de la France ainsi que dans les départements d'Outremer.

En Suisse, elle a acquis récemment la société Etablissements éd. Cherix et Filanosa SA à Nyon (ci-après: ECF), qui publie le quotidien régional d'analyse La Côte, dont le tirage varie entre 14'150 et 56'500 exemplaires dans son édition tous-ménages du jeudi. La Côte est distribué essentiellement dans les districts de Nyon, Rolle, Aubonne et Morges, dont il traite l'actualité. La filiale des ECF Filano Edition des Loisirs SA publie quant à elle le magazine bimestriel Le Nautisme romand ainsi que, sept fois par an, le Magazine de la Côte.

On notera encore que la famille Hersant contrôle également la majorité du capital et des droits de votes de la société holding Socpresse, qui contrôle différents journaux à vocation nationale en France, en particulier Le Figaro.

3. L'Express Communication Holding SA (ci-après: ECH) détient des participations dans les sociétés suivantes:

- ?? 62% de la Société Neuchâteloise de Presse SA (ci-après: SNP), dont la principale activité est l'édition et l'impression des quotidiens *L'Express* et *L'Impartial* dont la diffusion totale dans le canton de Neuchâtel est de 51'000 exemplaires en moyenne. Cette société est le résultat du rachat de la société éditrice de *L'Impartial* par celle de *L'Express* en 1999, opération qui avait obtenu l'aval de la Commission de la concurrence le 15 mars 1999 (DPC 1999/1, p. 133 ss.);
- ?? 97,41% dans les Imprimeries Centrales de Neuchâtel SA, société active dans l'impression de travaux de ville et de labour;
- ?? 97,14% de la société L'Express Services SA, active dans la gestion administrative d'un immeuble de rapport;
- ?? 41,67% des Editions de la Semaine Jurassienne, qui édite l'hebdomadaire gratuit *L'Arc Hebdo*, distribué dans la région de l'arc jurassien;
- ?? 50% de Sport Plus Sàrl, société active dans l'organisation de manifestations sportives.
4. Jusqu'alors, l'Express Communication Holding SA était contrôlée à 100% par MM. Fabien et Christian Wolfrath. Ceux-ci resteront associés aux activités de la SNP, en qualité d'éditeur et de directeur technique, pour un temps indéterminé [...].

## **B. En droit**

### **B.1 Concentration d'entreprises**

6. FA acquiert la totalité du capital-actions d'ECH. Elle en acquiert par là-même le contrôle total. Cette opération permet en outre à FA d'acquérir le contrôle de la société SNP, éditrice de *L'Express* et de *L'Impartial*. Il s'agit dès lors bien d'une prise de contrôle au sens de l'article 4 alinéa 3 LCart.

### **B.2 Obligation de notifier**

7. En vertu de l'article 9 alinéa 1 LCart, les opérations de concentration d'entreprises doivent être notifiées avant leur réalisation à la Commission de la concurrence lorsque, dans le dernier exercice précédant la concentration les entreprises participantes ont réalisé ensemble un chiffre d'affaires minimum de CHF 2 mia. ou un chiffre d'affaires en Suisse d'au moins CHF 500 mio. (let. a) et au moins deux des entreprises participantes ont réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires minimum de CHF 100 mio. (let. b). Pour les entreprises dont l'activité commerciale consiste, en totalité ou en partie, à produire ou distribuer des journaux ou périodiques, il sera tenu compte d'un montant équivalent à vingt fois le chiffre d'affaires effectivement réalisé dans ces domaines (art. 9 al. 2 LCart).

8. En l'espèce, FA réalise à elle seule la condition de l'article 9 alinéa 1 lettre a LCart, dans la mesure où son chiffre d'affaires, hors filiales

---

suisses, s'élève à CHF [...], montant qui, multiplié par 20, dépasse déjà la valeur-seuil de CHF 2 mia.

9. Par ailleurs, la condition cumulative de l'article 9 alinéa 1 lettre b est également remplie en l'espèce. En effet, ECH a réalisé en Suisse dans de domaine de la presse un chiffre d'affaires de CHF [...] et la SNP a réalisé pour sa part un chiffre d'affaires de CHF [...], montants qui, multipliés par 20 dépassent chacun la valeur-seuil de CHF 100 mio.

10. L'opération de concentration est dès lors soumise à l'obligation de notifier en application de l'article 9 alinéas 1 et 2 LCart.

### **B.3 Examen préalable**

#### **B.3.1 Marchés de référence**

##### **B.3.1.a Marchés des produits**

11. Selon l'article 11 alinéa 3 lettre a de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4), les marchés des produits comprennent tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés.

12. Suivant la pratique instituée dans la décision Gasser/Tschudi Druck (DPC 1997/2, p. 179), la Commission distingue traditionnellement, en ce qui concerne la presse écrite, entre le marché des lecteurs et le marché des annonces. Il n'y a pas lieu de s'en écarter ici.

##### **1° Marché des lecteurs**

13. L'Express et l'Impartial sont les deux seuls quotidiens régionaux d'analyse couvrant l'ensemble du canton de Neuchâtel. Leur contenu est sensiblement identique hormis les informations locales spécifiques à la région de la ville de Neuchâtel (L'Express) et des Montagnes Neuchâteloises, La Chaux-de-Fonds (L'Impartial) (DPC 1999/1, p. 137, ch. 23).

14. Les quotidiens romands tels que Le Temps, Le Matin, 24 Heures, La Liberté ou La Tribune de Genève couvrent, outre l'actualité nationale et internationale, l'actualité romande, y compris neuchâteloise, mais dans une mesure moindre que les deux quotidiens neuchâtelois. Ils ne couvrent en revanche pas l'actualité régionale et locale neuchâteloise et ne constituent par conséquent qu'un substitut partiel à L'Express et L'Impartial (DPC 1999/1, p. 137, ch. 27).

15. Les publications suisses de FA, soit le quotidien La Côte, de par son contenu informatif, axé sur les événements relatifs aux districts de Nyon, Rolle, Aubonne et Morges, ne constitue pas une alternative à L'Express et L'Impartial, pas plus que les revues Nautisme romand et Magazine de la Côte, de par leur contenu et leur rythme de parution.

16. Les titres français de FA ne sont pas implantés en Suisse, dans la mesure où ils traitent essentiellement de l'actualité régionale fran-

çaise, ne constituent des substituts à L'Express et L'Impartial. Par ailleurs, Socpresse, en particulier Le Figaro, avec un taux de pénétration très faible en Suisse (en moyenne 1'350 exemplaires quotidiens distribués sur l'ensemble du territoire suisse) et dans la mesure où son contenu est essentiellement axé sur les informations nationales françaises et internationales, ne constitue pas une alternative à L'Express et L'Impartial.

17. A côté de ces deux quotidiens, divers journaux d'annonces gratuits sont présents dans le canton de Neuchâtel. Ils ne peuvent néanmoins être considérés comme substituts aux deux principaux quotidiens, dans la mesure où ils ne disposent que d'une partie rédactionnelle très limitée (DPC 1999/1, p. 137, ch. 24).

18. En ce qui concerne le marché des lecteurs, la pratique de la Commission de la concurrence tend à considérer les médias électroniques (radio, télévision, Internet) comme des compléments et non comme des substituts (cf. notamment DPC 1998/1, p. 40; 1999/1, p. 137, ch. 25).

19. Le marché de référence doit donc être défini comme celui des journaux d'analyse paraissant plusieurs fois par semaine et offrant une information essentiellement régionale et locale.

## **2° Marché des annonces**

20. Selon la pratique de la Commission de la concurrence, il y a lieu de distinguer entre le marché des annonces à caractère local et le marché des annonces à caractère national (DPC 1997/2, p. 190; 1998/1, p. 48; 1999/1, p. 135, ch. 15 ss.).

21. L'Express et L'Impartial contiennent en majorité des annonces régionales et locales. La part des annonces nationales reste faible, de l'ordre de 10%. Publicitas est actuellement régisseur total et exclusif de L'Express et L'Impartial, jusqu'en 2004, respectivement 2006, ainsi que des annonces nationales de La Côte.

22. Contrairement au marché des lecteurs, il existe pour les annonces à caractère local un certain nombre de substituts (imparfaits) à la presse écrite locale. On peut évoquer les journaux régionaux, les radios et télévisions locales, la publicité directe par affichage ou distribution de tous-ménages, les feuilles d'annonces ou Internet, qui tend à prendre de l'importance.

23. Le marché de référence peut donc être défini comme celui de la mise à disposition d'espaces destinés aux annonces publicitaires locales, régionales essentiellement mais également dans une moindre mesure nationales.

### **B.3.1.b Marché géographique**

24. Selon l'article 11 alinéa 3 lettre b OCCE, le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de

---



l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché des produits.

### **1° Marché des lecteurs**

25. En ce qui concerne le marché des lecteurs, L'Express et L'Impartial sont distribués sur le territoire du canton de Neuchâtel. Traditionnellement, l'Express est largement diffusé dans la région de la ville de Neuchâtel alors que l'Impartial est diffusé dans les montagnes neuchâtelaises, avec pour pôle La Chaux-de-Fonds. Le marché de référence peut donc être limité au canton de Neuchâtel.

### **2° Marché des annonces**

26. Le marché des annonces est limité à la zone de distribution du vecteur dont il est question. En l'espèce, on peut donc limiter le marché de référence au canton de Neuchâtel.

## **B.3.2 Position future des entreprises participantes sur les marchés affectés**

### **1° Marché des lecteurs**

27. Vu le caractère régional des titres d'ECH et de FA, l'opération de concentration ne conduit à aucune addition de part de marché sur le marché des lecteurs. En effet, le cercle des lecteurs des quotidiens du groupe FA, en Suisse comme à l'étranger, ne recoupe pas celui des quotidiens à vocation régionale d'ECH, leur contenu, hormis les quelques pages d'actualité nationale (s'agissant de La Côte, L'Express et L'Impartial) et internationale, étant sensiblement différents, à tel point que ces diverses publications ne peuvent être considérées comme des substituts.

28. L'Express et L'Impartial sont les seuls quotidiens de leur type distribués dans le canton de Neuchâtel. Cette situation de monopole a été relevée lors de l'examen de l'opération de concentration ayant mené à leur rapprochement en 1999; cependant, la Commission de la concurrence avait alors déclaré que cette situation ne serait pas renforcée par l'opération de concentration envisagée à l'époque (DPC 1999/1, p. 141 ss., ch. 50 ss.).

29. L'opération envisagée maintenant ne changera rien à cette situation, dans la mesure où FA n'est pas encore présent sur le marché de référence par l'une ou l'autre de ses publications et ne fait que remplacer les propriétaires actuels. La nationalité de l'acquéreur n'est pas prise en considération par la Commission de la concurrence. Le seul critère déterminant pour sa décision est celui de savoir si l'opération envisagée aboutit à des indices selon lesquels une position dominante sur le marché est créée ou renforcée.

30. La position des quotidiens romands à vocation supra-régionale du groupe Edipresse, comme Le Temps, 24 Heures ou Le Matin, considérés

---

comme substituts partiels aux publications de ECH, sera inchangée suite à la reprise de ECH par FA.

31. Les publications de Socpresse ne sont que peu implantées en Suisse et ne sont pas des substituts à L'Express et L'Impartial. Il ne peut dès lors y avoir création ou renforcement d'une position dominante sur ce segment de marché par le biais de l'opération envisagée.

32. En conclusion, l'opération de concentration projetée ne renforce pas la position dont bénéficient déjà L'Express et L'Impartial dans leurs zones de distribution sur le marché des lecteurs.

## **2° Marché des annonces**

33. Un annonceur local peut choisir d'insérer une annonce dans un autre média que L'Express ou L'Impartial pour atteindre un public local (DPC 2000/3, p. 424). Néanmoins, FA n'ayant pour l'instant aucune activité sur le marché neuchâtelois des annonces locales, régionales et nationales, il ne peut y avoir addition de parts de marché.

34. Le seul point de contact envisageable est celui des annonces nationales paraissant à la fois dans La Côte, L'Express et L'Impartial. Cette part est néanmoins insignifiante si bien qu'elle peut être négligée en l'espèce. En outre, les journaux régionaux (Journal du Jura, Le Quotidien Jurassien, La Liberté, par exemple) ainsi que les journaux romands (Le Temps, 24 Heures, Le Matin), sont autant d'alternatives à la disposition des annonceurs qui souhaitent donner un écho plus large à leurs annonces. On notera encore que des collaborations entre divers quotidiens régionaux (Le Quotidien Jurassien, Le Journal du Jura, Le Nouvelliste et La Liberté) et Publicitas permettent aux annonceurs de faire passer leurs annonces dans plusieurs quotidiens régionaux, élargissant ainsi leur champ de diffusion (formules Romandie Combi et 4x4 plus).

35. Par ailleurs, de nombreux journaux d'annonces sont disponibles dans la région de Neuchâtel et de l'arc jurassien, qui constituent une alternative pour les annonceurs désireux d'atteindre le lectorat de L'Express et L'Impartial.

36. Dès lors, l'opération de concentration projetée n'est pas à même de créer ni de renforcer une position dominante sur ce marché.

## **B.4. Conclusion**

37. Au vu de ce qui précède, l'examen préalable n'a fait apparaître aucun indice selon lequel la concentration créera ou renforcera une position dominante. Au contraire, l'entrée sur le marché de la presse romande d'un nouvel acteur est favorable au développement de la concurrence dans ce secteur.

38. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration au sens de l'article 10 LCart.

---

## C. Publication

39. Le secrétariat propose de publier intégralement le rapport comme prise de position de la Commission de la concurrence, après élimination des données confidentielles.

B 2.3	<b>4. Norsk Hydro ASA/VAW Aluminium AG</b>
-------	--

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

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

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

*Communication selon l'article 16 alinéa 1 OCCE du 4 mars 2002*

### I Opération de concentration envisagée

1. Le 11 février 2002, la Commission de la concurrence (ci-après: Comco) a reçu une notification annonçant que Norsk Hydro ASA (ci-après: Norsk Hydro), par l'intermédiaire de sa filiale Hydro Aluminium Holding Deutschland Sàrl (ci-après: HAHDG), prévoyait d'acquérir la totalité du capital-actions de la société Vaw aluminium AG (ci-après: VAW), détenue à 100% par E.ON AG (ci-après: E.ON).

2. Norsk Hydro est une société anonyme de droit norvégien, ayant son siège à Oslo. Elle est active dans trois secteurs industriels majeurs, à savoir l'énergie (pétrole et gaz), l'aluminium (production, extrusion et produits laminés) et l'agriculture (engrais et produits chimiques).

3. VAW, filiale de l'entreprise allemande E.ON basée à Düsseldorf, est une entreprise de droit allemand, spécialisée dans le secteur de l'aluminium. Elle produit de l'alumine, de l'aluminium primaire et secondaire, des produits laminés et extrudés. Elle fournit également l'industrie automobile en blocs-moteurs et culasses en aluminium et les entreprises en emballages flexibles.

4. L'opération de concentration fait suite à l'annonce de E.ON de se séparer de sa filiale VAW, les activités de cette dernière n'étant plus au cœur des activités de E.ON. Norsk Hydro est alors entrée en négociation avec celle-ci dès lors que les activités de VAW dans le domaine des produits laminés (Flat rolled product) pourraient compléter et diversifier celles de Norsk Hydro dans le domaine de l'aluminium.

5. Le but visé par l'opération est de consolider à l'échelle mondiale la place de Norsk Hydro dans l'industrie de l'aluminium et de renforcer sa capacité concurrentielle face à ses deux grands concurrents: les sociétés Alcoa et Alcan.

6. Le projet de concentration a été notifié à la Commission européenne le 4 février 2002 et a été accepté par cette dernière le 4 mars 2002.

## **II Obligation de notifier**

7. Les entreprises participantes ont réalisé ensemble un chiffre d'affaire en Suisse de CHF [...] en 2000. Le chiffre d'affaire individuel de Norsk Hydro est de CHF [...] et celui de VAW de CHF [...]. Ces chiffres dépassent les seuils prévus à l'article 9 alinéa 1 lettre a de la loi sur les cartels (ci-après: LCart).

8. Une opération par laquelle une entreprise acquière, notamment par prise de participation au capital, le contrôle direct ou indirect d'une entreprise jusque-là indépendante est considérée comme une concentration d'entreprises au sens de l'article 4 alinéa 3 lettre a LCart.

9. Compte tenu de ce qui précède, il s'agit d'une opération de concentration soumise à l'obligation de notifier au sens de l'article 9 alinéa 1 LCart.

## **III Examen**

### **1 Marché de référence**

10. L'article 11 alinéa 3 de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (ci-après: OCCE) indique que les marchés de référence doivent être délimités dans leur dimension matérielle (marché des produits) et géographique (marché géographique).

11. Tous les marchés des produits touchés par la présente concentration ne sont pas définis ci-dessous. En effet, seul le marché des produits commercialisés en Suisse est analysé.

#### **1.1 Marché des produits**

12. Les marchés concernés par la présente concentration font partie de l'industrie de l'aluminium. L'aluminium n'existe pas à l'état pur dans la nature mais se présente sous forme d'oxydes. La source la plus rentable de l'aluminium est la bauxite. Ce minerai est facile à extraire mais sa transformation en aluminium est complexe. Elle comprend deux phases: un procédé chimique permet de dégager l'alumine (oxyde d'aluminium) de la bauxite, suivi d'un procédé électrolytique permettant de transformer l'alumine en aluminium. La grande partie de l'alumine est utilisée pour produire de l'aluminium (smelter grade alumina) et le reste est transformé pour l'industrie chimique (chemical grade alumina).

13. Le métal est ensuite coulé en lingots de formes, de grandeurs et de compositions diverses adaptés à de nombreux usages. Les lingots sont en suite transformés en tôle ou en profilés destinés à différentes industries.

14. On peut distinguer plusieurs marchés relevant en Suisse:

---

?? **Alumine:** Il s'agit d'oxyde d'aluminium extrait de la bauxite (cf. chiffre 11). Elle est transformée en aluminium primaire par un procédé électrolytique. Ce marché peut être subdivisé en deux, à savoir celui de l'alumine pour l'industrie chimique (chemical grade alumina) et celui spécifique à l'industrie de l'aluminium (smelter grade alumina), produits qui se distinguent notamment par leur champ d'application et leur constitution spécifique (cf: case No CO-MO/M.1693 Alcoa/Reynolds).

?? **Aluminium primaire:** Il est obtenu directement à partir de l'alumine par électrolyse. Cette dernière opération permet de séparer l'oxygène de l'aluminium, processus demandant une quantité importante d'électricité. L'aluminium en fusion peut atteindre différents degrés de pureté et être mélangé ou non à d'autres produits pour obtenir l'alliage voulu (cf. Case. No COMP/M:2404 Elkem/SAPA).

15. A partir de l'aluminium primaire, plusieurs types de produits peuvent être constitués, qui forment chacun des marchés relevant:

?? **Produits profilés (extrusions):** Ces produits (25% de l'aluminium primaire) sont usinés à partir d'aluminium primaire pressé dans une matrice pour lui donner la forme voulue. On distingue deux marchés des produits d'aluminium profilé: les profilés en alliage tendre (soft alloy extrusion) et ceux en alliage dur (hard alloy extrusion) (cf. case NO M.675 Alcoa/Alumix). Ces deux types de produits se différencient principalement par leur résistance permettant différents types d'applications. Les profils tendres sont utilisés par exemple dans la construction et les profilés en alliage dur dans l'industrie aéronautique et de la défense. De plus, du point de vue de l'offre, la substituabilité n'est pas parfaite. En effet, la production de profilés en alliage dur, contrairement aux alliages doux, exige des presses à haute puissance ainsi que des instruments permettant de tester les produits usinés.

?? **Produits laminés plats (ci-après: PLP):** Ces produits semis-finis peuvent varier en taille, forme et composition suivant la demande. Ils sont utilisés pour un grand nombre d'applications, telles que l'emballage (packing), la construction automobile ou l'industrie aéronautique. Une évolution de la jurisprudence européenne (cf: Case No COM/M.1663 Alcan/Alusuisse) a distingué parmi ces PLP, quatre marchés de produits, en raison d'une part du manque de substituabilité de l'offre et d'autre part, de leurs applications spécifiques. Il s'agit des "can body sheet", "food can sheet", plaques lithographiques et PLP standards.

Seul un de ces produits, à savoir le PLP standard, constitue un marché relevant en Suisse. Ce dernier ne pose pas de problèmes quant à la spécificité de son unité de production. Il peut donc être façonné par la grande majorité des laminoirs produisant des PLP.

---

?? **Feuilles d'aluminium:** Elles sont produites à partir de PLP standards dans des installations ad hoc. Ces produits sont caractérisés par leur finesse. L'épaisseur des feuilles d'aluminium varie habituellement entre 200 et 6 microns. C'est principalement l'industrie de l'emballage qui utilise ces produits.

16. Dans le domaine de l'emballage, on distingue le marché de produit pertinent suivant (DPC 1994/4 Alcan/Pechiney/Algroup, p. 604):

?? **Emballage souple:** Il est composé d'un éventail d'emballages utilisés dans le commerce de détail alimentaire ou non et fabriqué à partir de bandes fines de différents matériaux, tels que des films plastiques ou de celluloses et des feuilles d'aluminium. Ces dernières matières pouvant aussi être combinées.

17. Avant d'être coulé en lingots destinés à la transformation, l'aluminium en fusion subit un traitement qui en assure la pureté. On lui ajoute habituellement des métaux d'alliage qui le renforcent ou lui confèrent des propriétés particulières, entre autres le magnésium, qui constitue un marché relevant.

?? **Magnesium:** C'est un élément atomique que l'on trouve sous forme de minerai. Il est utilisé dans un grand nombre d'industries, en particulier dans celle de l'aluminium comme composant d'alliage.

## 1.2 Marché géographique

18. Les marchés géographiques sont définis pour chaque produit de la manière suivante:

?? **Alumine pour l'industrie chimique:** La spécificité de l'industrie chimique et plastique utilisant de l'alumine réside dans le fait que les livraisons ont lieu en temps continu (just-in-time) et en quantités peu importantes. Dans ces conditions, les coûts de transports ne permettent pas économiquement la livraison sur de très longues distances. Pour cette raison, le marché géographique pertinent se limite à l'Espace économique européen, y compris la Suisse (solution retenue par la Commission européenne, case No COMO/M.1693 Alcoa/Reynolds). La question de savoir si l'on peut définir le marché de manière plus étroite ou plus large peut rester ouverte dans la mesure où quelle que soit la délimitation retenue, la concentration envisagée ne posera pas de problèmes en Suisse.

?? **Aluminium primaire:** Au vu d'une part, de la localisation des sites de production de l'aluminium primaire qui sont pour la plupart situés dans les pays de l'est, en Australie et au Moyen Orient, et d'autre part, des régions d'importations principales que sont les USA, l'Europe et le Japon, le marché géographique pertinent est mondial (cf. DPC 1994/4 Alcan/Pechiney/Algroup, p. 604, Case No IV/M.1161 Alcoa/alumax).

---

?? **Produits profilés, produits laminés standards, feuilles d'aluminium et emballages souples:** Au vu des flux marchands entre Etats, des coûts de transports, le marché géographique pour ces différents produits est au moins égal à l'Espace économique européen, la Suisse étant incluse. La question de savoir si l'on peut définir le marché de manière plus étroite ou plus large peut rester ouverte dans la mesure où quelle que soit la délimitation retenue, la concentration envisagée ne posera pas de problème en Suisse (cf. DPC 1994/4 Alcan/Pechiney/Algroup, p. 604, case No M.675 Alcoa/Alumix, Case No COM/M.1663 Alcan/Alusuisse, case No M.1161 Alcoa/Alumax, case No M.1003 Alcoa/Inespal).

?? **Magnésium:** Au vu des flux marchands entre Etats, et notamment de la provenance des importations en Suisse (importations du Canada et de la Chine populaire), le marché géographique pertinent est mondial.

## 2. Analyse concurrentielle

19. Parmi les marchés des produits définis ci-dessus, aucun n'est affecté au sens de l'article 11 alinéa 1 lettre d OCCE. Il n'y a que les parts de marché des PLP standards et de l'aluminium primaire qui s'additionnent (cf. tableau 1 ci-dessous).

20. Par conséquent, étant donné que les parts de marché de la nouvelle entité sont peu élevées aussi bien sur le marché géographique pertinent que sur le marché suisse, la concentration ne risque pas de créer de problème concurrentiel.

21. De plus, cette concentration permettra à la nouvelle entreprise, d'une part, de proposer un portefeuille de produits plus complet à ses clients et, d'autre part, d'avoir un degré d'intégration verticale conséquent. Elle pourra ainsi rivaliser avec les plus importants acteurs de l'industrie de l'aluminium et ceci tant au niveau mondial qu'au niveau européen (cf. tableau 2 ci-dessus).

---

**Tableau 1: parts de marché suisses, européennes et mondiales des entreprises participantes (année 2000) pour les différents produits touchés par la concentration**

Produits	Norsk Hydro			VAW			Addition des parts de marchés		
	CH	UE	monde	CH	UE	monde	CH	UE	monde
<b>PLP standards</b>	[...]	[...]		[...]	[...]		[10%-20%]	[10%-20%]	
<b>Aluminium primaire</b>	[...]		[...]	[...]		[...]	[0%-10%]		[0%-10%]
<b>Aluminium CGA</b>				[...]	[...]		[0%-10%]	[10%-20%]	
<b>Profilés</b>	[...]	[...]			[...]		[10%-20%]	[10%-20%]	
<b>Feuilles d'aluminium</b>				[...]	[...]		[0%-10%]	[20%-30%]	
<b>Emballage flexible</b>				[...]	[...]		[0%-10%]	[0%-10%]	
<b>Magnésium</b>	[...]		[...]				[20%-30%]		[20%-30%]



**Tableau 2: parts de marché suisses des concurrents pour les produits touchés par la concentration où la part de la nouvelle entité est supérieure à 5% (année 2000)**

	PLP standard	Aluminium primaire	Profilés	Feuilles d'aluminium	Emballage flexible	Magnésium
<b>Norsk Hydro/VAW</b>	[10%-20%]	[0%-10%]	[10%-20%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[20%-30%]
<b>Alcan</b>	[30%-40%]	[70%-80%]	[0%-10%]	[30%-40%]	[10%-20%]	
<b>Alcoa</b>	[20%-30%]					
<b>Pechiney</b>	[10%-20%]	[0%-10%]		[20%-30%]		
<b>Alu Menziken</b>			[0%-10%]			
<b>Aluminium Laufen</b>			[0%-10%]			
<b>Comital SpA</b>				[10%-20%]		
<b>Clondalkin</b>					[10%-20%]	
<b>Allubilletts</b>		[0%-10%]				
<b>République de Chine</b>						[70%-80%]
<b>Dead sea Magnesium</b>						[0%-10%]
<b>Danisco</b>					[10%-20%]	

#### IV. Conclusion

22. Compte tenu de ce qui précède, l'opération de concentration envisagée n'est pas en mesure de créer ou renforcer une position dominante de Norsk Hydro ASA/VAW Aluminium AG sur les marchés concernés.

23. Sur la base de ces considérations, le secrétariat de la Commission de la concurrence est d'avis que les conditions pour l'ouverture d'un examen approfondi au sens de l'article 10 LCart ne sont pas remplies.

B 2.3	<b>5. Usinor/Arbed/Aceralia</b>
-------	---------------------------------

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

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

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

*Communication selon l'article 16 alinéa 1 OCCE du 13 février 2002*

## **I Opération de concentration envisagée**

1. Le 15 janvier 2002, la Commission de la concurrence (ci-après: Comco) a reçu une notification annonçant que les entreprises Usinor, Aceralia et Arbed prévoyaient de réunir l'ensemble de leurs forces industrielles, commerciales et humaines au sein d'une nouvelle entité juridique unique, appelée Arcelor, basée au Luxembourg.

2. La société française Usinor est l'une des plus importantes entreprises sidérurgiques européennes. Elle fabrique, transforme et distribue des produits sidérurgiques, notamment des aciers plats au carbone, de l'acier inoxydable et d'autres produits en acier allié.

3. Arbed est une société anonyme de droit luxembourgeois, ayant son siège à Luxembourg. Elle est également un gros producteur sidérurgique européen. Ses activités principales concernent la production et la distribution de produits sidérurgiques, le négoce de ferraille et la distribution de certaines matières premières destinées à l'industrie sidérurgique (ferro-alliages et métal non ferreux). Arbed est également active dans le secteur de l'ingénierie.

4. Aceralia, contrôlée par Arbed depuis 1997, est une société anonyme de droit espagnol ayant son siège à Madrid. Elle fabrique et distribue des produits sidérurgiques plats, longs et en acier transformé. Elle fabrique également certaines catégories de petits tubes soudés au carbone, des produits destinés au bâtiment et exerce des activités de transformation.

5. La nouvelle entreprise Arcelor sera une société anonyme de droit luxembourgeois. Le but visé par l'opération est de constituer le premier groupe mondial de sidérurgie, de créer une valeur de référence dans l'industrie de l'acier, de mettre en oeuvre un projet industriel autour de quatre secteurs d'activité: acier plat au carbone, acier long au carbone, acier inoxydable et distribution, transformation, trading, et enfin de bénéficier de nombreuses synergies permettant une réduction sensible de coûts.

6. Le 21 novembre 2001, la Commission européenne a donné son accord à la concentration.

## **II Obligation de notifier**

7. Les entreprises participantes ont réalisé ensemble un chiffre d'affaire en Suisse de CHF [...] mio. en 2000. Le chiffre d'affaire individuel d'Usinor est de CHF [...] mio. et celui d'Arbed/Aceralia de CHF [...] mio. Ces chiffres dépassent les seuils prévus à l'article 9 alinéa 1 lettre a de la Loi sur les cartels (ci-après: LCart).

8. Une fusion de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes les unes des autres est considérée comme une concentration d'entreprise au sens de l'article 4 alinéa 3 lettre a LCart.

9. Compte tenu de ce qui précède, il s'agit d'une opération de concentration soumise à l'obligation de notifier au sens de l'article 9 alinéa 1 LCart.

## **III Examen**

### **1 Marché pertinent**

10. L'article 11 alinéa 3 de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (ci-après: OCCE) indique que les marchés de référence doivent être délimités dans leur dimension matérielle (marché des produits) et géographique (marché géographique).

#### **1.1 Marché des produits**

11. Les marchés concernés par la présente concentration sont celui de la production d'une part et celui de la distribution de l'acier d'autre part.

##### **1.1.1 Production**

12. L'acier liquide est élaboré à partir du minerai (filrière fonte) ou à partir de ferrailles (filrière électrique). Il est ensuite solidifié par moulage pour obtenir les ébauches des formes finales. Ces ébauches sont ensuite transformées en produits finis par laminage, dont certains subissent un traitement thermique.

13. En Suisse, les entreprises commercialisent les produits suivants: acier plat au carbone laminé à froid, acier plat au carbone laminé à chaud, acier au carbone à revêtement métallique, acier au carbone à revêtement organique, tôles quarto, tôles étamées, petits tubes soudés, poutrelles, acier inoxydable laminé à froid, acier inoxydable laminé à chaud. Ces produits ne sont pas substituables en raison notamment de leur procédé de fabrication ou de leur composition chimique différents. Ainsi, chaque produit forme un marché distinct comme démontré ci-dessous (cf. Thyssen/Krupp in DPC 1997/3; Case No IV/1268 - Usinor/Cockerill Sambre; Case No IV/1243 - Krupp/Hoesch/Thyssen; Case No COMP/ECSC.1342 Outokumpu/Avesta Sheffield; Case No IV/M.239 - Avesta/British Steel/NCC/AGA/Axel Johnson; Case No IV/M.484 - Krupp/Thyssen/Riva/Flack T Tadin/AST).

---

14. L'acier au carbone constitue un marché distinct de l'acier inoxydable et hautement allié. Cette distinction s'appuie sur les caractéristiques chimiques des produits, sur la différence de prix, la plus ou moins haute résistance à l'abrasion et à la température. Ces caractéristiques déterminent leur champ d'application et donc leur substituabilité. Par ailleurs, les produits composés d'acier au carbone sont fabriqués dans des unités de production spécifiques qui ne peuvent pas produire des aciers hautement alliés.

15. L'acier plat constitue un marché distinct de l'acier long. Ces deux produits ne sont pas substituables dans la mesure où ils sont destinés à des usages différents. De plus, leur fabrication nécessite des procédés et des unités de production différents (les trains de laminoir ne sont pratiquement jamais reconvertis).

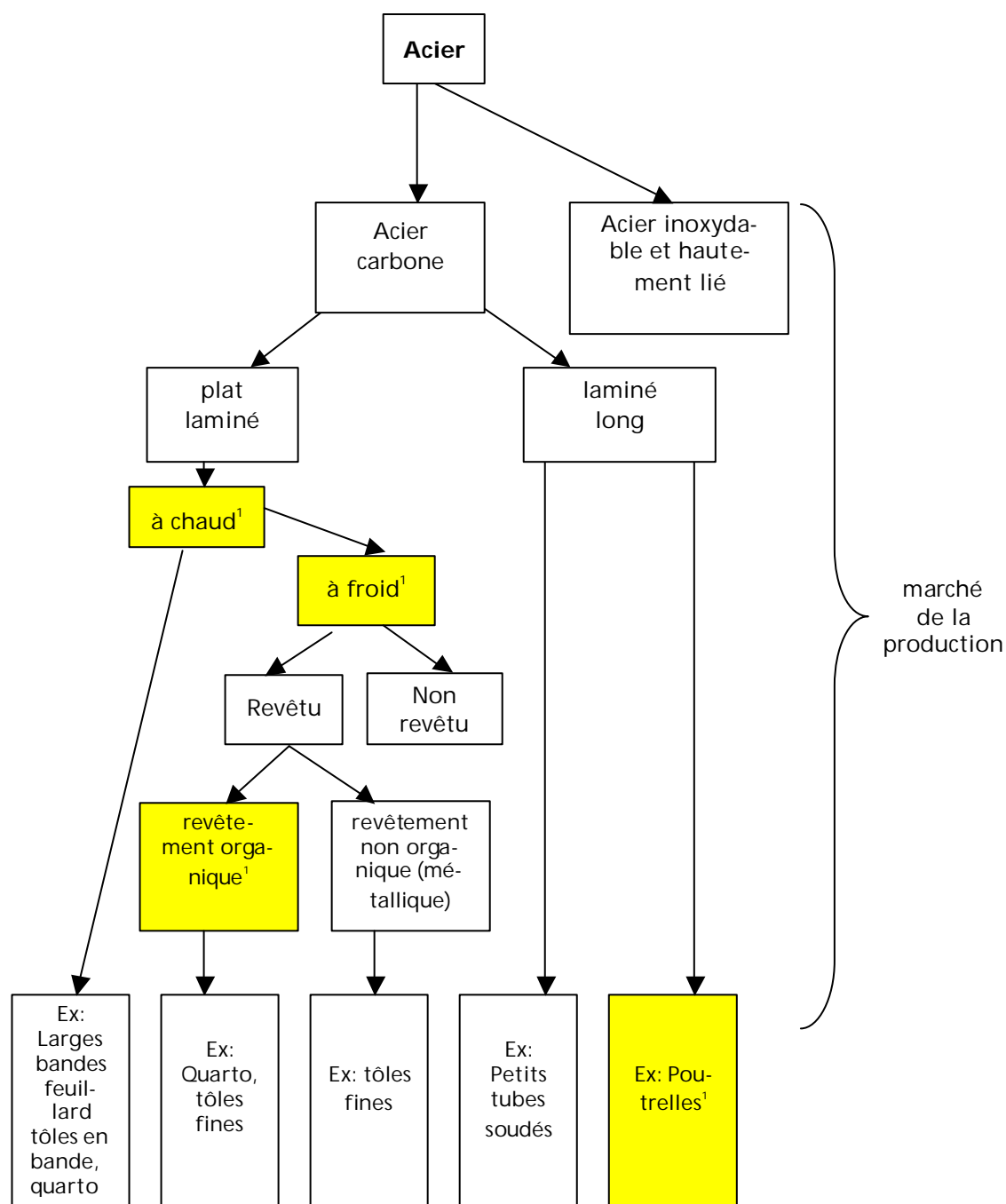
16. L'acier plat laminé à chaud constitue un marché distinct de l'acier plat laminé à froid. Une grande partie des produits en acier au carbone laminés à chaud sont destinés à être, dans une deuxième étape, laminés à froid. Cette dernière opération permet de réduire l'épaisseur des tôles ainsi que de traiter leur surface. Une telle opération augmente la valeur ajoutée du produit. Par conséquent, à ce stade de la production, ces deux produits ne sont plus substituables.

17. L'acier plat laminé à froid revêtu constitue un marché distinct de l'acier plat laminé à froid non revêtu. Les deux produits susmentionnés se différencient essentiellement par leur résistance à l'oxydation. Il est à signaler que l'acier revêtu est en concurrence directe avec certains produits en aluminium. La question de savoir si le marché pertinent s'étend à l'aluminium peut rester ouverte dans la mesure où quelle que soit la solution retenue, la concentration ne pose pas de problème dans ce marché.

18. Parmi les produits revêtus, ceux qui possèdent un revêtement organique constituent un marché distinct de ceux qui possèdent un revêtement métallique. Ces deux marchés se distinguent entre autre par leurs caractéristiques différentes relatives à la résistance, à l'abrasion et à l'oxydation.

19. Par ailleurs, les produits définis ci-dessus sont transformés à leur tour en différents produits. Par exemple, les produits en acier plats peuvent être transformés en plaques de bobines, en tôle de feuillard, de quarto etc. Quant à l'acier long, il peut être proposé sous forme de poutrelle, de barre, de rail, de fils etc. (cf. schéma ci-dessous).

---



### Légende

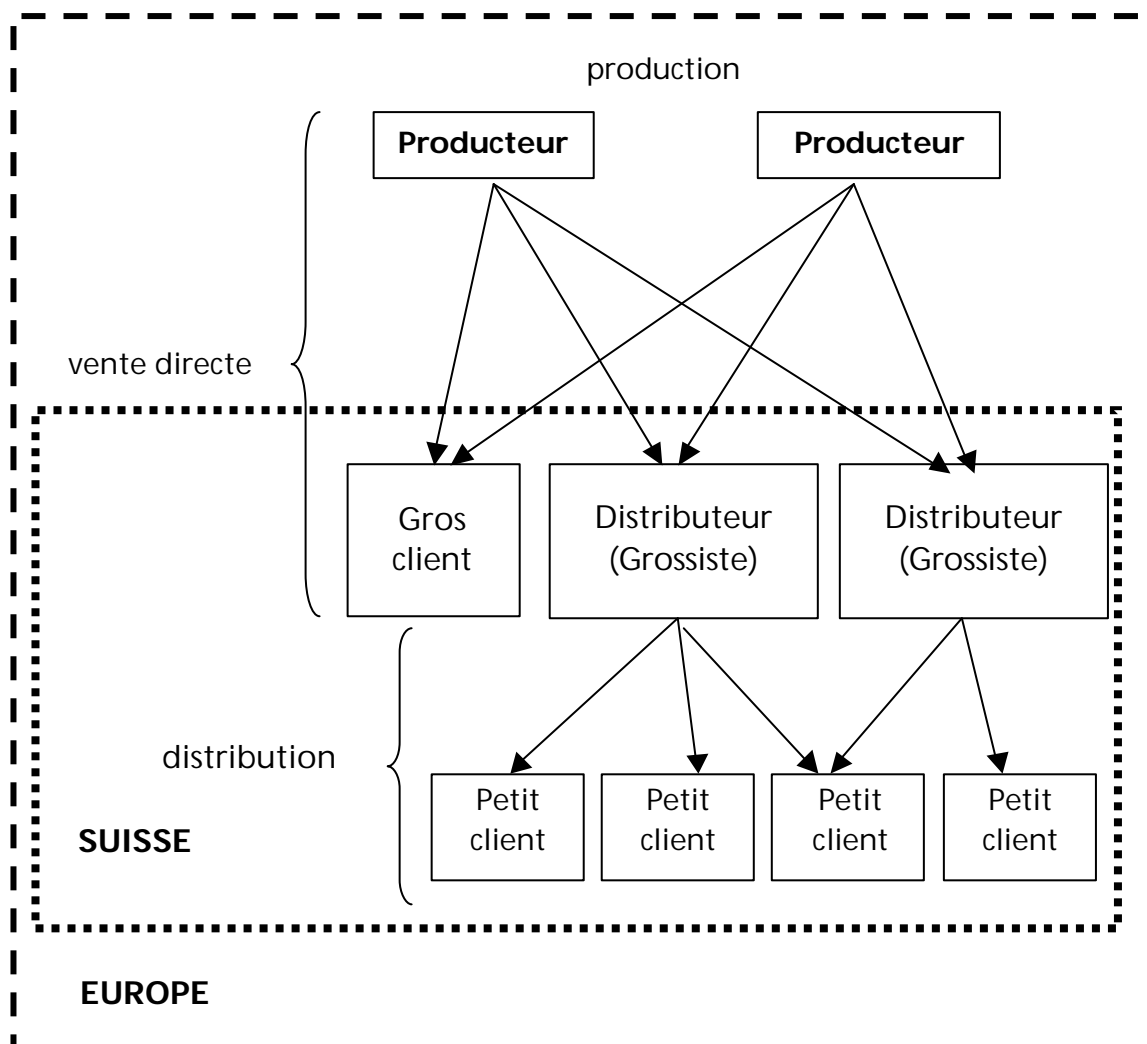
<sup>1</sup> marché affecté en Suisse

## 1.1.2 Distribution

20. La distribution des produits sidérurgiques constitue un marché distinct de ceux de la production et de la vente directe (cf. schéma ci-dessous). La distribution se distingue de la vente directe (du producteur) notamment par les quantités vendues, la diversité des clients et les délais de livraison.

21. Les distributeurs (grossistes) stockent, découpent et livrent l'acier pour des clients qui n'ont besoin que de volumes réduits dans des dé-

lais courts (3-4 jours). Par contre, les producteurs vendent directement l'acier aux clients qui achètent de grandes quantités, et ceci, dans des délais plus longs (1 à 3 mois).



## 1.2 Marché géographique

### 1.2.1 Production

22. D'après les réponses données par les distributeurs indépendants suisses (centres de négoce, centres de service acier et centres d'oxy-coupage), la marchandise est livrée depuis les quatre coins de l'Europe. Les coûts de transport sont négligeables par rapport au prix total (7%-8%), pour autant que la livraison se fasse depuis l'Europe. Ainsi, n'importe quel producteur européen est en mesure de fournir ces distributeurs. En conséquence, le marché géographique pour chaque produit est (au moins) européen. Cette solution a d'ailleurs été retenue par la Commission européenne.

### 1.2.2 Distribution

23. L'activité des distributeurs d'acier se limite normalement au territoire national (cf. également Case No IV/CECA 1207 Klöckner/Arus). En

effet, sur les grandes distances, la concurrence entre négociants est fortement restreinte par les coûts de transport (au vu du volume de vente). Par ailleurs, les activités transfrontalières étant l'exception, la Suisse peut être considérée comme une bonne définition du marché géographique pertinent.

## 2. Analyse concurrentielle

### 2.1 Production

24. Parmi les produits énoncés au chiffre 12, seuls quatre sont des marchés affectés au sens de l'article 11 alinéa 1 lettre d OCCE (cf. tableau 1 ci-dessous). Il s'agit de:

- a) l'acier plat au carbone laminé à froid (cf. ch. 25 ss.)
- b) l'acier plat au carbone laminé à chaud (cf. ch. 27 ss.)
- c) l'acier à revêtement organique (cf. ch. 30 ss.)
- d) la poutrelle (cf. ch. 32 ss.)

**Tableau 1: parts de marché en % d'acier vendu par les entreprises participantes (année 2000)**

Produits	acier plat au carbone laminé à froid		acier plat au carbone laminé à chaud		acier à revêtement organique		poutrelle	
	CH	UE+CH	CH	UE+CH	CH	UE+CH	CH	UE+CH
Usinor	?...?	?...?	?...?	?...?	?...?	?...?	?...?	?...?
Arbed/ Aceralia	?...?	?...?	?...?	?...?	?...?	?...?	?...?	?...?
<b>Arcelor</b>	?20%- 30%?	?30%- 40%?	?20%- 30%?	?20%- 30%?	?20%- 30%?	?30%- 40%?	?30%- 40%?	?30%- 40%?

**Tableau 2: parts de marché en % d'acier vendu des principaux concurrents (année 2000) après l'opération de concentration**

Produits	acier plat au carbone laminé à froid		acier plat au carbone laminé à chaud		acier à revêtement organique		poutrelle	
	CH	UE+CH	CH	UE+CH	CH	UE+CH	CH	UE+CH
<b>Arcelor</b>	20%-30%	30%-40%	20%-30%	20%-30%	20%-30%	30%-40%	30%-40%	30%-40%
Corus	10%-20%	10%-20%	20%-30%	10%-20%	30%-40%	20%-30%		10%-20%
TKS	1%-10%	10%-20%	10%-20%	10%-20%	20%-30%	10%-20%		
Riva	1%-10%	10%-20%		1%-10%				
Voest	1%-10%		1%-10%	1%-10%				
Dueferco	1%-10%							
SSAB						1%-10%		
Saarstahl							1%-10%	1%-10%
Ferdofin							10%-20%	1%-10%
Salzgitter							10%-20%	10%-20%
Katowice							1%-10%	
Preussag			1%-10%		1%-10%			

### 2.1.1 Acier plat au carbone laminé à froid

25. D'après les informations recueillies par le secrétariat, l'hypothèse d'une création de position dominante sur le marché de l'acier plat au carbone laminé à froid peut être écartée pour les raisons suivantes (cf. décision de la Commission européenne du 21 novembre 2001 en l'affaire IV/ECSC.1351 Usinor/Arbed/Aceralia):



- a) [...];
- b) Le marché de l'acier au carbone laminé à froid est caractérisé par un excédent de capacité de production (capacité de production de la branche en 1999: [ $>50\%$ ]). D'après les données européennes, on ne s'attend pas à ce que cet excédent de capacité soit absorbé par une augmentation de la demande. En effet, le volume des ventes n'a pas énormément augmenté ces trois dernières années (moins de [ $<10\%$ ] entre 1997 et 2000). Par ailleurs, la capacité excédentaire de production des concurrents est supérieure à celle d'Arcelor. Ainsi, cela leur donne une marge de manœuvre pour réagir à une augmentation éventuelle des prix d'Arcelor (effet disciplinaire sur Arcelor);
- c) Les importations dans l'Union européenne ont augmenté ces dernières années pour atteindre [ $10\%-20\%$ ] des ventes totales en 2000. Ces importations proviennent d'Europe de l'Est essentiellement et démontrent que les coûts de transport ne sont pas assez importants pour faire obstacle à des concurrents hors Union Européenne (cf. ch. 21);
- d) Le paramètre du prix joue un rôle déterminant pour l'acheteur. Comme l'acier plat au carbone laminé à froid est un produit homogène, ce dernier achètera, à qualité égale, le produit le meilleur marché (cf. Thyssen/Krupp au DPC 1997/3).

26. En conclusion, malgré la part de marché élevée d'Arcelor, le volume d'importation ainsi que la capacité excédentaire de l'industrie vont discipliner le comportement d'Arcelor sur ce marché (cf. également décision de la Commission européenne précitée; ch. 25).

### **2.1.2 Acier plat au carbone laminé à chaud**

27. La nouvelle entité Arcelor détiendra en Europe une part de marché plus importante que celle de ces principaux concurrents en termes de production et de ventes (cf. tableau 2 ci-dessus). Cependant, d'après les informations recueillies par le secrétariat, l'hypothèse d'une création de position dominante sur le marché de l'acier plat au carbone laminé à chaud peut être écartée pour les raisons suivantes (cf. également décision de la Commission européenne précitée; ch. 25):

- a) La concurrence actuelle est forte. Tous les grands producteurs européens sont présents sur ce marché, notamment Corus, Thyssen Krupp (TKS), Riva, et Voest-Alpine. Leurs parts de marché sont suffisamment élevées pour discipliner le comportement d'Arcelor;
- b) Le marché est caractérisé par un degré élevé d'importation en provenance des pays de l'Europe de l'Est démontrant ainsi que des pays hors Union Européenne peuvent produire et vendre à qualité égale et que le marché est pénétrable. Ces éléments démontrent une augmentation de la concurrence déjà forte en Europe;
- c) Le paramètre du prix joue un rôle déterminant pour l'acheteur. Comme l'acier plat au carbone laminé à chaud est un produit homo-
-

gène, le client achètera, à qualité égale, le produit le meilleur marché (Cf. Thyssen/Krupp in DPC 1997/3).

28. Par conséquent, Arcelor ne sera pas en mesure d'augmenter unilatéralement les prix de l'acier laminé à chaud sans perdre des parts de marché. Par ailleurs, ceci est confirmé par les réponses des distributeurs et gros clients. Ces derniers s'approvisionnent d'acier auprès de plusieurs producteurs (diminution des risques de livraison, indépendance, comparaison des prix), et une hausse de prix de la part d'Arcelor les ferait changer de fournisseur.

29. Ainsi, au vu de ce qui précède, il n'existe pas d'indice de création ou de renforcement d'une position dominante sur le marché de l'acier plat laminé à chaud (cf. décision de la Commission européenne précitée; ch. 25).

### **2.1.3 Acier au carbone à revêtement organique**

30. La nouvelle entité Arcelor détiendra également une part de marché importante sur ce marché. Cependant, une grande part de la production est réutilisée au sein de l'entreprise, ce qui diminue fortement la part de marché de l'acier effectivement vendue à des tiers. Néanmoins, la concentration ne posera pas de problème sur ce marché pour les raisons suivantes (cf. également décision de la Commission européenne précitée; ch. 25):

a) La concurrence actuelle est forte. Tous les grands producteurs européens sont présents sur ce marché, notamment, Thyssen Krupp (TKS), SSAB et Corus qui détient une part de marché encore plus importante;

b) Il existe de nombreux offreurs qui possèdent la connaissance et les machines pour la production d'objets (en acier ou en aluminium) à revêtement organique. Ainsi, la nouvelle entité devra faire face à un très grand nombre d'entreprises indépendantes spécialisées exclusivement dans le revêtement;

c) La demande très concentrée (essentiellement les producteurs d'appareils ménagers) dispose d'un pouvoir de négociation suffisamment fort pour discipliner le comportement de ces fournisseurs;

d) Le marché est caractérisé par une très forte croissance (environ [30%-50%] durant ces trois dernières années) qui s'explique par le déplacement de la production de l'acier plat au carbone laminé à froid standard vers celle de l'acier au carbone à revêtement organique.

31. Ainsi, au vu de ce qui précède, il n'existe pas d'indice de création ou de renforcement d'une position dominante sur le marché de l'acier au carbone à revêtement organique (cf. également décision de la Commission européenne précitée; ch. 25).

---

### 2.1.4 Poutrelles

32. Arbed/Aceralia dispose d'une part importante sur le marché des poutrelles (cf. tableau 2 ci-dessus). Cependant, il n'y aura pas de création ou de renforcement de position dominante sur ce marché pour les raisons suivantes:

- a) Usinor n'est pas active dans ce domaine. Il n'y aura donc pas d'addition de parts de marché;
- b) Les acheteurs de poutrelles font partie d'un autre cercle de clients que les acheteurs des autres produits examinés ci-dessus. La possibilité de bundling (vente couplée) est ainsi inexistante;
- c) La poutrelle peut être en concurrence directe avec le béton qui peut présenter des caractéristiques mécaniques similaires dans la construction et les bâtiments à étages.

33. Ainsi, la concentration ne créera ni ne renforcera une position dominante d'Arcelor sur le marché de la poutrelle.

## 2.2 Distribution

34. La distribution de l'acier joue un rôle très important dans la politique commerciale globale des gros producteurs d'acier, qui disposent tous, dans un grand nombre de pays, de leurs propres réseaux de distribution intégrés. Dès lors, il s'agit d'examiner si la position d'Arcelor et son intégration verticale lui permettraient unilatéralement de déterminer les prix et de contrôler la distribution de l'acier. La concentration ne posera pas de problèmes pour les raisons suivantes:

- a) En Suisse, il n'existe pas de distributeur intégré pour la vente de l'acier au carbone. Les ventes se font soit directement par le producteur (vente directe), soit par l'intermédiaire de distributeurs indépendants (distribution proprement dite; cf. ch.19). Par conséquent, cette fusion n'implique pas une concentration du secteur de la distribution;
- b) Les distributeurs peuvent vendre de l'acier provenant de tous producteurs européens. Ainsi, ils offrent aussi à leur clientèle des produits des concurrents d'Arcelor.

35. Ainsi, au vu de ce qui précède, la concentration ne risque pas de créer ou renforcer une position dominante d'Arcelor sur le marché de la distribution d'acier au carbone.

## IV. Conclusion

36. Compte tenu de ce qui précède, l'opération de concentration envisagée n'est dès lors pas en mesure de créer ou renforcer une position dominante d'Arcelor sur le marché de la production et de la distribution d'acier.

---

37. Sur la base de ces considérations, le secrétariat de la Commission de la concurrence est d'avis que les conditions pour l'ouverture d'un examen approfondi au sens de l'article 10 LCart ne sont pas remplies.

B 2.3	<b>6. NZZ - LZ Medien Holding</b>
-------	-----------------------------------

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

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

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

*Mitteilung nach Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 27. Mai 2002*

### **1. Zusammenschlussvorhaben**

1. Am 1. Mai 2002 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des oben genannten Zusammenschlussvorhabens eingegangen.

2. Die AG für die Neue Zürcher Zeitung (AGNZZ) beabsichtigt, über 40% des Aktienkapitals der LZ Medien Holding (LZMH) zu übernehmen.

3. Vorgehen: Zurzeit hält die LZMH 51% des Aktienkapitals an der Neuen Luzerner Zeitung AG (NLZ), 49% werden von der Ringier AG (Ringier) gehalten. Die AGNZZ kauft nun von letzterer 43,25%, die restlichen 5,75% werden von der LZMH übernommen und später durch Kapitalherabsetzung vernichtet. Als nächstes bringt nun die AGNZZ ihre erworbenen Aktien an der NLZ als Sacheinlage in die LZMH ein, welche so nun 100% an der NLZ halten wird. Im Tausch dafür erhält die AGNZZ die durch eine Kapitalerhöhung neu ausgegebenen Aktien der LZMH, welche einem Drittel des neuen Aktienkapitals entsprechen. In einem zweiten Schritt erwirbt die AGNZZ weitere Aktienpakete an der LZMH und wird so schliesslich über 40% an dieser halten. Die AGNZZ strebt mittelfristig eine Aktienmehrheit an.

4. Durch diese starke Beteiligung an der LZMH und damit auch an der NLZ beabsichtigt die AGNZZ, ihre Regionalzeitungsstrategie weiter zu verfolgen. In der Vereinbarung zwischen der LZMH und der AGNZZ sind diese übereingekommen, dass die publizistische Unabhängigkeit der Neuen Luzerner Zeitung und deren Kantonalausgaben gewahrt bleibt. Zwecks weiterer Stärkung der NLZ als Regionalzeitung sollen mittelfristig lediglich Synergien in verlegerischer Hinsicht genutzt werden.

5. Die AGNZZ als Holdinggesellschaft der NZZ-Gruppe setzt sich aus folgenden Gesellschaften zusammen:

- *Neue Zürcher Zeitung AG*: Gibt die Neue Zürcher Zeitung (NZZ) und die NZZ am Sonntag heraus, produziert Fernsehsendungen, hat verschiedene Internetprodukte, verlegt Bücher und druckt weitere Zeitungen. Sie hat Mehrheitsbeteiligungen an NZZ (Deutschland) AG und an der Benteli Verlags AG.
  - *Freie Presse Holding AG*: Hält Beteiligungen an den folgenden Gesellschaften und an anderen Medienunternehmen:
    - Der Bund Verlag AG: Gibt die Zeitung Der Bund heraus und hat eine Mehrheitsbeteiligung an der Radig AG.
    - St. Galler Tagblatt AG: Gibt das St. Galler Tagblatt heraus und hält Beteiligungen an Medien- und grafischen Unternehmen, mit Mehrheitsbeteiligungen an Verlags AG, Prisma Medien-service AG, Tele Ostschweiz AG, A. Hug & Co AG, Smash Verlag AG, Neuer Anzeiger Sulgen AG.
  - *Buchs Medien AG*: Gibt die Zeitung Werdenberger Obertoggenburger heraus, produziert Zeitschriften, Mehrfarbendrucksachen und Bücher. Sie hat eine Mehrheitsbeteiligung an Regioprint AG.
  - *Zollikofer AG*: Produziert Zeitschriften, Werbeprospekte, Geschäftsberichte, Broschüren und Kataloge, Finanzdrucksachen, Kalender und Packmittel.
  - *NZZ Fretz AG*: Gleiche Tätigkeit wie die Zollikofer AG.
6. LZ Medien Holding ist eine schweizerische Beteiligungsgesellschaft und hält Beteiligungen an Medien- und grafischen Unternehmen. Tochtergesellschaften sind:
- *Neue Luzerner Zeitung AG*: Gibt die Neue Luzerner Zeitung mit Kantonalausgaben heraus.
  - *LZ Multicolor AG*: Hält und bewirtschaftet Beteiligungen insbesondere im Grafik-, Verlags- und Druckereisektor. Sie besitzt 100% der Aktien an:
    - Multicolor Print AG: Führt einen grafischen Betrieb
    - Multicolor Technik AG: Betreibt Druckzentren
    - Maihof Verlag AG: Bezweckt den Betrieb und die Beteiligung an Verlags- und grafischen Unternehmen
  - *LZ Management AG*: Erbringt die zentralen Dienstleistungen und Management-Funktionen für die der LZMH angeschlossenen Gesellschaften.
  - *Profi Press Fachverlag AG*: Die Profi Press Fachverlag AG ist Herausgeberin von Fachpublikationen, insbesondere von Fachzeitschriften und Fachbüchern.
  - *Kündig Druck AG*: Inaktive Gesellschaft
-

## 2. Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss

7. Gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Kartellgesetzes (KG) gilt als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen. Die AGNZZ wird nach den oben beschriebenen Transaktionen über 40% am Aktienkapital der LZMH halten. Dies ist eigentlich nur eine starke Minderheitsbeteiligung. Die Aktionärsverhältnisse werden nach den oben beschriebenen Vorgängen - gleiche Verhältnisse wie zuvor vorausgesetzt - folgendermassen aussehen:

- AGNZZ: über 40%
- Gross-Aktionäre: rund 26%
- Klein-Aktionäre (ca. 1'800): rund 34%

8. Der Umstand, dass die übrigen knapp 60% der Aktien zu mehr als der Hälfte in einem breiten Publikum gestreut sind, führt dazu, dass die AGNZZ die (faktische) Kontrolle im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG über die LZMH ausübt. Im Übrigen hat die AGNZZ angekündigt, eine Aktienmehrheit durch den Kauf weiterer Aktienpakete erlangen zu wollen.

9. Die beteiligten Unternehmen erreichen die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absatz 1 KG. Der Zusammenschluss ist somit meldepflichtig.

## 3. Die relevanten Märkte

10. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Dienstleistungen, welche von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; VKU).

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

12. Die beteiligten Unternehmensgruppen sind beide im Verlegen von Tageszeitungen tätig. Zusätzlich finden sich auch jeweils Tochtergesellschaften, welche neben dem Zeitungsdruck im Akzidenzdruck tätig sind. Gemäss ständiger Praxis der Wettbewerbskommission bei Fusionen im Medienbereich (s. z.B. Berner Oberland Medien, RPW 2000/3, S. 422 ff.) werden die folgenden Märkte unterschieden: Werbe-, Leser- und Druckereimärkte.

### 3.1 Nationaler Werbemarkt

#### a. Sachlich relevanter Markt

13. Der sachlich relevante Markt für nationale Werbung umfasst die Werbetätigkeit von Unternehmen, die gleichzeitig im gesamten

---

Sprachgebiet der Schweiz oder zumindest in den einzelnen Sprachregionen werben (vgl. Publicitas-Gasser-Tschudi Druck, RPW 1997/2, S. 190 f.).

14. Ein Unternehmen, das mit einer Kampagne national werben will, tut dies in der Regel im Rahmen eines so genannten "Mediamixes" über verschiedene Werbeträger. Die Wahl dieser Werbeträger hängt von verschiedenen Faktoren ab, wie zum Beispiel von der Art der Werbung, dem Zielpublikum, der Reichweite oder den Kosten.

15. Charakteristisch für nationale Werbekampagnen ist es, dass ein gewisser Prozentsatz der Bevölkerung erreicht werden soll. Dabei wird in der Regel vor allem Wert darauf gelegt, die städtischen und kaufkräftigeren Regionen zu erreichen. Diese Werbewirkungen lassen sich zum Beispiel durch die Belegung grosser Tages- oder Wochenzeitungen wie Tages Anzeiger, NZZ, Blick, Sonntagszeitung, Weltwoche etc. erreichen. Diese stellen somit in einem bestimmten Umfang Substitute zu Regionalzeitungen dar. Für nationale Werbung sind oft Inseratkombinationen entscheidend (sog. Zeitungspools). Je nach gewünschten geografischen Schwerpunkten, Zielpublikum und Streudichte werden von den Nachfragern von Werbekampagnen andere Pools belegt. Für die Beteiligung der beteiligten Unternehmen an Inseratkombinationen vergleiche Randziffer 34.

16. Ob weitere Werbeträger zu berücksichtigen sind, kann im vorliegenden Fall offen bleiben. Ausgegangen wird daher von einem sachlichen Markt, der den Raum für nationale Anzeigen in Zeitungen umfasst.

### **b. Räumlich relevanter Markt**

17. Der räumlich relevante Markt ist auf das Gebiet der Schweiz abzugrenzen. Nationale Werbeauftraggeber wollen durch Zeitungswerbung in der Regel eine möglichst grosse Reichweite erzielen. Die Sprachgrenzen können dabei für die verschiedenen Kampagnen einen gewissen Einfluss haben, wodurch es sich unter Umständen rechtfertigen lässt, den relevanten Markt in räumlicher Hinsicht auf das Gebiet der Deutschschweiz einzuschränken. Da aber selbst eine enge Markt- abgrenzung nicht zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt, kann die Abgrenzung letztlich offen bleiben.

18. Im vorliegenden Zusammenhang wird als Arbeitshypothese von einem Markt für nationale Anzeigen in Zeitungen im Gebiet der Deutschschweiz ausgegangen.

## **3.2 Regionaler Werbemarkt**

### **a. Räumlich relevanter Markt**

19. Nachfrager nach Werberaum für regionale Werbung sind meist in der Region ansässige Unternehmen aus allen Wirtschaftsbereichen und

---

auch Privatpersonen. Mit solcher Werbung soll die Bevölkerung in einer bestimmten Region angesprochen werden. Es handelt sich dabei vornehmlich um Rubrikanzeigen wie Immobilien-, Stellen-, Auto- und Kleininserate. Die regional Werbepreibenden fragen Werberaum in jenen Medien nach, welche im gewünschten Gebiet eine möglichst hohe Reichweite und geringe Streuverluste aufweisen.

20. Auch beim regionalen Werbemarkt wird von einem sachlich relevanten Markt für Werbung in Printmedien ausgegangen. Dabei sind in begrenztem Umfang auch andere Werbeträger, wie Lokalfernsehen, Lokalradio, Direkt- und Plakatwerbung zu berücksichtigen (vgl. RPW 2000/3, S. 424, Rz. 46). Eine Alternative zu den Tageszeitungen stellen insbesondere die Gratisanzeiger dar.

21. Auch im regionalen Bereich können Inseratkombinationen mit mehreren Zeitungen eine Rolle spielen. Für die Kooperationen der beteiligten Zeitungen vergleiche Randziffer 34.

#### **b. Räumlich relevanter Markt**

22. Ein Werbeauftraggeber wird den Werberaum nur in jenen Tageszeitungen nachfragen, die in der Region oder sogar am Ort erscheinen. Der räumliche Markt umfasst daher jeweils das Verbreitungsgebiet der vom Zusammenschluss betroffenen Printmedien: NLZ und ihre Kantonalausgaben (Neue Urner Zeitung, Neue Schwyzer Zeitung, Neue Obwaldner Zeitung, Neue Nidwaldner Zeitung, Neue Zuger Zeitung, Obwaldner Wochenblatt, Zugerbieter), Der Bund, St. Galler Tagblatt, Werdenberger Obertoggenburger, Neuer Anzeiger Sulgen, NZZ.

### **3.3 Lesermarkt**

#### **a. Sachlich relevanter Markt**

23. Der typische Zeitungsleser fragt in der Regel sowohl internationale und nationale als auch regionale und lokale Nachrichten nach, somit also den gesamten Zeitungsinhalt.

24. Gratiszeitungen und regionale Anzeiger vermögen dieses Bedürfnis in der Regel nur begrenzt zu befriedigen. Regionale Anzeiger verfügen meist nur über einen sehr beschränkten redaktionellen Teil, erscheinen meist nicht täglich und enthalten eher Informationen zum lokalen Geschehen. Gratiszeitungen sind üblicherweise Pendlerzeitungen, welche nur das Wichtigste in Kürze vermitteln. Sie werden daher in der Regel nur ergänzend zu Tageszeitungen nachgefragt und können nicht als Substitute betrachtet werden.

25. Auch elektronische Medien, wie Radio und Fernsehen, stellen keine Substitute für Tageszeitungen dar. Die verschiedenen Medien ergänzen sich, konkurrenzieren sich jedoch wenig (vgl. Publicitas-Gasser-Tschudi Druck, RPW 1997/2, S. 184, Rz. 43).

---



26. Sonntags- und Wochenzeitungen können ebenfalls nicht als Substitute für Tageszeitungen betrachtet werden. Sonntagszeitungen erscheinen an einem Tag, an dem Tageszeitungen nicht verfügbar sind, und sind somit ergänzend. Wochenzeitungen sind in der Regel themenspezifisch, berichten mehrheitlich über überregionales Geschehen und vermögen einen Leser nicht hinreichend mit aktuellen Informationen zu versorgen.

27. Es ist daher - wie bereits in verschiedenen Fällen (zuletzt Mittel-land Zeitung, RPW 2001/3, S. 546, Rz. 37) - von einem sachlich relevanten Markt für Tageszeitungen auszugehen, welche sowohl über regionale und lokale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten.

#### **b. Räumlich relevanter Markt**

28. Der typische Leser interessiert sich für das kulturelle, politische und wirtschaftliche Geschehen in seinem näheren Umfeld. Der räumliche Markt umfasst hier wie schon beim Markt für regionale Werbung die Verbreitungsgebiete der beteiligten Zeitungen.

### **3.4 Druckereimarkt**

#### **a. Sachlich relevanter Markt**

29. Der Druckereimarkt lässt sich unterteilen in die Bereiche Zeitungs- und Akzidenzdruck (Zeitschriften, Werbedrucksachen, Bücher etc.). Es handelt sich dabei um zwei unterschiedliche drucktechnische Verfahren, welche aus der Sicht der Marktgegenseite, der Druckaufträge erteilenden Unternehmen, nicht substituierbar sind (Berner Oberland Medien, RPW 2000/3, S. 424, Rz. 49).

#### **b. Räumlich relevanter Markt**

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

31. Im Markt für Zeitungsdruck ist es heute technisch ohne weiteres und ohne Zeitverzug möglich, die Daten vom Standort der Zeitungsredaktion in die Druckerei zu übermitteln. Der Standort der Zeitungsdruckerei muss somit nicht mehr mit dem Standort der Zeitungsredaktion übereinstimmen. Bei Tageszeitungen ist es aus Zeitgründen notwendig, dass die Druckerei nicht allzu weit vom Hauptverbreitungsgebiet der Zeitung entfernt liegt. Trotzdem ist auch hier ein überregionaler Markt abzugrenzen (auch schon Berner Oberland Medien, RPW 2000/3, S. 425, Rz. 53).

---

## 4. Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

### 4.1 Nationaler Werbemarkt

32. Die Marktanteile am Gesamtvolumen Werbedruck Zeitungen präsentieren sich nach Angaben der beteiligten Unternehmen wie folgt:

<b>Zeitung:</b>	<b>NZZ</b>	<b>St. Galler Tagblatt</b>	<b>Bund</b>	<b>NLZ</b>	<b>kumuliert</b>
Anteil am Zeitungsmarkt:	5,1%	1,9%	1,4%	4,1%	12,5%

33. Ein Markt gilt dann als betroffen im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU, wenn der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt. Die kumulierten Marktanteile der beteiligten Unternehmen liegen unter 20% und somit unter der genannten Schwelle, welche den Markt zu einem betroffenen macht. Eine nähere Prüfung erübrigt sich.

34. Die Neue Luzerner Zeitung ist an folgenden Anzeigekombinationen beteiligt: Swisspool I, Swisspool II, Neue Luzerner Zeitung/Anzeiger Affoltern, Neue Luzerner Zeitung/Urner Wochenblatt, Neue Luzerner Zeitung/Pool 1, Neue Luzerner Zeitung/Zentralschweiz, Neue Luzerner Zeitung/Zentralschweiz/Einsiedler Anzeiger. Die NZZ ist an keinen nennenswerten Anzeigekombinationen mit anderen Zeitungen beteiligt, mit Ausnahme einer Zusammenarbeit im Bereich Stellenanzeigen und Executive Search mit dem Bund, Le Temps und der Schweizerischen Handelszeitung.

35. Hinsichtlich der Beteiligung der NLZ an Swisspool 1 ist mit dem Zusammenschluss keine Änderung beabsichtigt. Und selbst wenn die NZZ die NLZ und das St. Galler Tagblatt aus dem Swisspool I herausziehen und mit diesen und dem Bund einen eigenen Pool gründen würde, entstünde dadurch wegen der starken Konkurrenz insbesondere des Tages Anzeigers und der Berner Zeitung keine marktbeherrschende Stellung. Überdies ist ein solches Vorgehen wirtschaftlich eher unwahrscheinlich, da die NZZ eine andere Zielgruppe bedient als die NLZ.

36. Im nationalen Werbemarkt bestehen deshalb keine Anhaltspunkte, wonach durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde.

### 4.2 Regionaler Werbemarkt

37. Vorab kann festgestellt werden, dass sich die Verbreitungsgebiete und daher die regionalen Werbemärkte von Bund, St. Galler Tagblatt, Werdenberger Obertoggenburger, Neuer Anzeiger Sulgen und NLZ

(und ihrer Kantonal Ausgaben) geografisch nicht berühren und deshalb zwischen diesen Zeitungen keine Markt-Beeinflussung stattfindet.

38. Was die NZZ betrifft, so kann festgehalten werden, dass diese aufgrund des zu hohen Streuverlustes auf dem regionalen beziehungsweise lokalen Werbemarkt kein Substitut für Unternehmen darstellt, welche regional oder gar lokal beschränkt werben wollen. Im Übrigen existieren in allen Gebieten Alternativen in Form von anderen Tageszeitungen und vor allem Anzeigern. Dazu kommen Lokalradios, Direktwerbung und in beschränkter Masse auch das Internet, welche einen gewissen disziplinierenden Einfluss haben.

39. Die regionalen/lokalen Inseratkombinationen der NLZ und ihrer Kantonal Ausgaben bleiben auch nach dem Zusammenschluss unverändert bestehen.

40. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass durch den Zusammenschluss im Markt für regionale Werbung in den verschiedenen Verbreitungsgebieten der betroffenen Zeitungen keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

### **4.3 Lesermarkt**

41. Die NLZ mit Kantonal Ausgaben, Der Bund, das St. Galler Tagblatt, der Werdenberger Obertoggenburger und der Neue Anzeiger Sulgen haben je verschiedene Verbreitungsgebiete und sind in den Regionen der anderen Zeitungen jeweils nur marginal oder überhaupt nicht vertreten. Es ergeben sich somit zwischen diesen keine Marktanteilsadditionen.

42. Die NZZ ist klar eine überregionale oder sogar nationale Zeitung mit einem gewissen Schwerpunkt in Zürich. Die NLZ und ihre Kantonal Ausgaben bieten neben einem relativ ausführlichen nationalen und internationalen Teil vor allem auch Informationen über das lokale und regionale Geschehen. Die NZZ offeriert keine solch spezifisch regionalen Informationen. Eine Zeitung wie die NZZ stellt deshalb kein vollständiges Substitut zu Zeitungen wie der NLZ und ihrer Kantonal Ausgaben dar, sondern ist auf einem benachbarten Markt positioniert (s. schon Le Temps, RPW 1998/1, S. 46, Rz. 33).

43. Doch selbst wenn die oben genannten Zeitungen im vorliegenden Fall austauschbar wären, führte der Zusammenschluss nicht zu einer marktbeherrschenden Stellung. Die Marktanteile der NZZ betragen in den betroffenen Gebieten nämlich lediglich zwischen zwei und vier Prozent (im Kanton Zug: 7,91%), weshalb sich nur geringe Marktanteilsadditionen ergeben.

44. Durch die Beteiligung der NZZ an LZ Medien Holding wird sich an den Konzepten und der Verbreitung der betreffenden Zeitungen nichts ändern. Die AGNZZ beabsichtigt auch nicht, die Neue Zürcher Zeitung in der Zentralschweiz als Kopfblatt zu führen.

---

45. Im Grunde wird lediglich eine starke Minderheitsbeteiligung (49%) von einem anderen grossen Verlagshaus (Ringier) an der NLZ durch die NZZ Gruppe ersetzt. Neben Ringier existiert mit der Tamedia noch ein weiteres grosses Verlagshaus, welches allenfalls als potenzielle Konkurrenz zu betrachten wäre.

46. Im Lesermarkt bestehen deshalb keine Anhaltspunkte, wonach der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

#### **4.4 Druckereimarkt**

47. Die NZZ, Der Bund, Das St. Galler Tagblatt und die NLZ zeichnen heute für ihre Zeitungsproduktion je selbst verantwortlich und werden dies auch künftig tun. Laut Angabe der Gesuchsteller wird insbesondere die NLZ gemäss langfristigen Produktionsverträgen auch weiterhin bei der Ringier Print Adligenswil AG in Druck gegeben. Es gibt so also zumindest kurzfristig keine Marktanteilsveränderungen im Deutschschweizer Zeitungsmarkt.

48. Laut geschätzten eigenen Angaben erreichen die in der NZZ-Gruppe und der LZMH vertretenen Druckerei-Unternehmen im Akzidenzdruck einen ungefähren Marktanteil von knapp fünf Prozent. Dieser Markt ist demnach nicht betroffen im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU. Ausserdem herrscht in diesem überregional abgegrenzten Markt ein starker Wettbewerb.

49. Aus den genannten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, wonach der Zusammenschluss im Druckereimarkt eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

### **8. Ergebnis**

50. Zusammenfassend ergeben sich keine Anhaltspunkte, wonach das Zusammenschlussvorhaben in den beschriebenen Märkten eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung gemäss Artikel 10 KG sind daher nicht erfüllt.

---

B 2.3	<b>7. NOK/Watt</b>
-------	--------------------

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

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

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

*Mitteilung nach Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 3. Mai 2002*

## **A Sachverhalt**

1. Am 3. Mai 2002 hat die Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über das folgende Zusammenschlussvorhaben erhalten.
2. Die Nordostschweizerischen Kraftwerke, Baden (NOK), und E.ON Energie AG (E.ON) haben im Aktienkaufvertrag vom 19./25. April 2002 die Übertragung der von E.ON gehaltenen Anteile an der Watt AG, Dietikon (Watt), auf die NOK vereinbart. Als Folge davon wird NOK neu 80% an Watt halten.
3. Gegenwärtig halten NOK 55,5%, E.ON 24,5% und Credit Suisse Group (CS) 20% an Watt. Dabei üben NOK und E.ON aufgrund vertraglicher Vereinbarungen die gemeinsame Kontrolle über Watt aus (vgl. RPW 2001/4, S. 713 f., Ziff. 10, und RPW 1997/4, S. 562, Ziff. 23).
4. Die NOK werden zu 100% von der Axpo Holding gehalten. Neben den NOK besteht als Tochtergesellschaft der Axpo Holding die Handels- und Verkaufsgesellschaft Axpo. Die Axpo-Gruppe ist in den Bereichen Stromproduktion, -übertragung und -verteilung sowie im Stromhandel und bei Ingenieurdienstleistungen tätig. Die Axpo Holding befindet sich in Besitz der Kantone Zürich, Aargau, Schaffhausen, Glarus und Zug sowie der AEW Energie AG, des Elektrizitätswerks des Kantons Thurgau, der Elektrizitätswerke des Kantons Zürich und St. Gallisch-Appenzellischen Kraftwerke AG.
5. Watt ist eine reine Holdinggesellschaft, welche Mehrheitsbeteiligungen an der Elektrizitätsgesellschaft Laufenburg AG (EGL), den Centralschweizerischen Kraftwerken (CKW), den Kraftübertragungswerken Rheinfelden AG (KWR) und an der Aktiengesellschaft Kraftwerk Laufenburg (KWL) hält. EGL wiederum hält 21,25% des Aktienkapitals an Rätia Energie AG (Rätia) und kontrolliert diese gemeinsam mit dem Kanton Graubünden und der Aare Tessin AG (Atel) (vgl. RPW 2000/2, S. 235 ff.).
6. E.ON ist die Führungsgesellschaft des E.ON-Konzerns für die Bereiche Strom, Wasser und Gas. Daneben ist der E.ON-Konzern unter anderem in den Bereichen Öl, Chemie und Telekommunikation tätig. Der E.ON-Konzern bezeichnet sich selbst als eines der grössten privaten Energiedienstleistungsunternehmen und die grösste Spezialitätenchemiegruppe der Welt. E.ON besitzt eine 20%-Beteiligung an der

BKW Energie AG (BKW) und delegiert zwei Mitglieder in den 16 Mitglieder umfassenden BKW-Verwaltungsrat und ein Mitglied in den sieben Mitglieder umfassenden BKW-Verwaltungsratsausschuss.

7. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist in der EU ebenfalls meldepflichtig.

## **B Erwägungen**

### **B.1 Geltungsbereich**

8. 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).

#### **B.1.1 Unternehmen**

9. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit - sei es als Anbieter oder Nachfrager - als Produzenten von Gütern oder Dienstleistungen auftreten. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

#### **B.1.2 Unternehmenszusammenschluss**

10. Als Unternehmenszusammenschluss gilt unter anderem jeder Vorgang, durch den ein Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen erhält (vgl. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

11. Aufgrund vertraglicher Vereinbarungen entsenden bisher NOK und E.ON je vier Mitglieder in den Verwaltungsrat, sowie CS ein Mitglied. Weiter ist vereinbart, dass der Verwaltungsrat in folgenden Angelegenheiten mit einer qualifizierten Mehrheit von 80% entscheidet:

?? Genehmigung der Einnahmen- und Ausgabenbudgets

?? Genehmigung aller Massnahmen, die über den üblichen Geschäftsgang oder den bisherigen Geschäftsgegenstand hinausgehen

?? Personalentscheidungen, insbesondere Besetzung der Organe und Geschäftsführungen der Tochtergesellschaften der Watt sowie Leitungsfunktionen

?? Erwerb und Veräusserung von Beteiligungen der Watt-Gruppe

?? Gewinnverwendung und Feststellung des Jahresabschlusses der Watt

?? Ausübung des Stimmrechts in den General- und Hauptversammlungen der Tochtergesellschaften der Watt

12. [...]

13. Aufgrund dieser vertraglichen Vereinbarungen üben NOK und E.ON bisher die gemeinsame Kontrolle über Watt aus. Den NOK ist es

---

ohne Zustimmung von E.ON nicht möglich, Entscheidungen über in Ziffer 11 genannte Angelegenheiten zu fällen.

14. Nach Umsetzung des vorliegenden Vorhabens werden die NOK 80% an Watt halten und ohne Zustimmung des verbleibenden Minderheitsaktionärs CS die oben beschriebenen Entscheidungen treffen können. Demnach üben die NOK künftig die alleinige Kontrolle über die Watt-Gruppe aus.

15. Beim vorliegenden Vorhaben handelt es sich demnach um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG.

## **B.2 Vorbehaltene Vorschriften**

16. In den zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

## **B.3 Meldepflicht**

17. Weltweit erzielten NOK, Axpo und Axpo-Holding im Geschäftsjahr 2000/2001 einen Umsatz von CHF 1'996,5 Mio. Die Watt-Gruppe (EGL, KWR, KWL, CKW, Watt Deutschland) erzielte im Geschäftsjahr 2000/2001 weltweit einen Umsatz von CHF 2'478,3 Mio.

18. In der Schweiz erzielten NOK, Axpo und Axpo-Holding im Geschäftsjahr 2000/2001 einen Umsatz von CHF 1'610,4 Mio. Die Watt-Gruppe (EGL, KWL, KWR, CKW) erzielte in der Schweiz im Geschäftsjahr 2000/2001 einen Umsatz von CHF 829,15 Mio.

19. Die Umsatzschwellen gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG sind demnach erreicht.

## **B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens**

20. Vorab ist anzumerken, dass die Wettbewerbskommission in früheren vorläufigen Prüfungen den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über Watt durch die Bayernwerk AG, die Energie Baden-Württemberg AG und die NOK (RPW 1997/4, S. 558) sowie den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über Watt durch E.ON und NOK (RPW 2001/4, S. 72 ff.) zu beurteilen hatte. Dabei ist sie jeweils zum Schluss gekommen, dass keine Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bestehen und daher auf die Einleitung einer Prüfung zu verzichten ist.

21. Durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben kommt es zu keiner Addition von Marktanteilen, da die NOK, welche künftig die alleinige Kontrolle über Watt ausüben würden, bereits heute zusammen mit E.ON die gemeinsame Kontrolle über Watt ausüben. Allerdings wird sich durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben voraussichtlich das Geschäftsgebaren von Watt verändern. E.ON hatte als in der Schweiz nicht aktives Unternehmen (ausser indirekt über das

---

Engagement bei der BKW) andere Interessen als die in der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft etablierten NOK. Aufgrund dieser unterschiedlichen Interessenlagen ergab sich eine Geschäftspolitik der Watt, welche sich von derjenigen der NOK in gewissen Aspekten unterschied. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang, dass es die Watt-Gruppe war, welche unter anderem die Durchleitungsverweigerung der Freiburger Elektrizitätswerke bei der Wettbewerbskommission als Missbrauch im Sinne von Artikel 7 KG anzeigte (vgl. RPW 2001/2, S. 255 ff.).

#### **B.4.1 Relevante Märkte**

22. 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).

23. Betreffend des hier zu beurteilenden Zusammenschlussvorhabens ist von folgenden sachlichen Märkten auszugehen (s. RPW 2000/2, S. 235 ff., Ziff. 32 ff.; RPW 2001/4, S. 708 f., Ziff. 11-19):

?? Stromerzeugung

?? Stromübertragung

?? Stromverteilung

?? Stromversorgung

?? Stromhandel

24. Die Frage, ob in diesen sachlichen Märkten weitergehende Unterteilungen (etwa nach Art der Stromproduktion oder nach Kundengruppen) geboten sind, kann für den vorliegenden Fall offen bleiben.

25. 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).

26. Bezüglich den Markt für Stromerzeugung wird für das hier zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben von einer nationalen respektive regionalen Ausdehnung ausgegangen (RPW 2000/2, S. 235 ff., Ziff. 35).

27. Der Markt für Stromübertragung ist räumlich einzelfallspezifisch abzugrenzen. Betreffend das hier zu beurteilende Vorhaben ist insbesondere der Markt für die Übertragung von Elektrizität zwischen Deutschland und der Schweiz von Bedeutung (s. auch RPW 1997/4, S. 558 ff., Ziff. 57 und Ziff. 66).

28. Die räumlichen Dimensionen der Märkte für Stromverteilung und Stromversorgung bestimmen sich momentan durch die geografische Ausdehnung der entsprechenden Verteilnetze (RPW 2001/2, S. 241, Ziff. 39).

---



29. Der Markt für Stromhandel wird für das hier zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben national abgegrenzt.

#### **B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

##### **B.4.2.a Stromerzeugung**

30. Durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben erlangt NOK die alleinige Kontrolle über zusätzliche 11%-13% (11,2% im Geschäftsjahr 2000/2001) der gesamtschweizerischen Strom-Nettoproduktion.

31. Die gesamtschweizerische Nettoproduktion (in KWh) verteilt sich danach wie folgt auf die bedeutendsten Unternehmen:

Axpo-Gruppe mit Watt	Rätia	Atel	BKW	Swisspower	EOS
34,5%-38%	3,5%	10%-13%	10%-13%	mind. 12%-13%	6%-7%

Axpo-Gruppe: Inkl. an der Axpo beteiligte Kantonsweke (insbesondere AEW Energie AG)

Rätia: Gemeinsam durch Atel, EGL und den Kanton Graubünden kontrolliert

Swisspower: Verbund mit u.a. EWZ, IWB, EWB, Städtische Werke Schaffhausen, Wasserwerke Zug

32. Die Wettbewerbskommission hat in ihrer Stellungnahme vom 4. Dezember 1997 festgestellt, dass der Anstieg des Anteils an der gesamtschweizerisch produzierten Elektrizität von 23,4% auf 37,3% als Folge der gemeinsamen Kontrolle über Watt durch die Bayernwerk AG, die Energie Baden-Württemberg AG und NOK keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt (RPW 1997/4, S. 569, Ziff. 61). Es sind keine Veränderungen der Marktbedingungen oder -verhältnisse ersichtlich, welche zu einer abweichenden Beurteilung führen könnten.

33. Hieraus ergibt sich, dass mit dem Zusammenschlussvorhaben im Bereich Stromerzeugung bei einer nationalen Marktabgrenzung keine beherrschende Stellung geschaffen oder verstärkt wird. Ebenfalls keine beherrschende Stellung würde bei einer regionalen Marktabgrenzung begründet oder verstärkt (vgl. RPW 1997/4, S. 569, Ziff. 60).

##### **B.4.2.b Stromübertragung**

34. Auf dem Markt für Stromübertragung zwischen der Schweiz und Deutschland verfügt NOK nach dem Zusammenschluss über einen Anteil von 87,5%. Bisher entfielen 56,8% auf die Watt-Gruppe (EGL) und 30,7% auf die Axpo-Gruppe.

35. Die Wettbewerbskommission hat in ihrer Stellungnahme vom 4. Dezember 1997 festgestellt, dass die Addition von Durchleitungskapazitäten auf 89% auf diesem Markt als Folge der gemeinsamen Kontrol-

le über Watt durch die Bayernwerk AG, die Energie Baden-Württemberg AG und NOK keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt (RPW 1997/4, S. 570 f., Ziff. 66-73). Es sind keine Veränderungen der Marktverhältnisse oder -bedingungen ersichtlich, welche zu einer abweichenden Beurteilung führen könnten.

36. Demzufolge begründet oder verstärkt das vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ebenfalls keine beherrschende Stellung.

#### **B.4.2.c Stromverteilung**

37. Im Bereich der Stromverteilung sind NOK beziehungsweise die mit NOK finanziell verbundenen Unternehmen in anderen räumlichen Märkten tätig als die betreffenden Unternehmen der Watt (CKW). Entsprechend kommt es zu keinen Marktanteilsadditionen.

38. Potenzielle Konkurrenz ist unter anderem aufgrund der restriktiven Bewilligungspraxis für den Bau von Stromverteilnetzen kaum möglich (vgl. RPW 2001/2, S. 275 f., Ziff. 121 f.).

39. Einzig im Grenzgebiet zwischen dem Verteilnetz der CKW und demjenigen der AEW Energie AG wäre es denkbar, dass CKW mittels Investitionen als Konkurrent zur Axpo-Gruppe auftreten könnte. Der Wegfall dieser Möglichkeit allein ist jedoch nicht geeignet, eine mögliche beherrschende Stellung zu begründen oder zu verstärken, insbesondere da diese Möglichkeit bis anhin keine ernsthafte Rolle gespielt haben dürfte.

#### **B.4.2.d Stromversorgung**

40. Betreffend Stromversorgung sind die an der Axpo beteiligten Kantonswerke und die CKW in den räumlichen Märkten ihrer jeweiligen Verteilnetze in der heutigen Situation als marktbeherrschend anzusehen.

41. Da die Unternehmen der Axpo-Gruppe in anderen räumlichen Märkten tätig sind als die CKW, kommt es zu keinen Marktanteilsadditionen. Die Situation bezüglich aktueller Konkurrenz wird daher durch das Zusammenschlussvorhaben nicht verändert.

42. Es stellt sich die Frage, ob das Zusammenschlussvorhaben den potenziellen Wettbewerb massgeblich beeinträchtigt. Dies ist im Hinblick auf die künftige Entwicklung der Stromversorgungsmärkte von Bedeutung, insbesondere bezüglich eines Inkrafttretens des Elektrizitätsmarktgesetzes (EMG). Würde durch das Zusammenschlussvorhaben die potenzielle Konkurrenz entscheidend geschwächt, würde hierdurch das Erreichen der Zielsetzung des EMG bereits vor dessen möglichen Inkrafttreten verunmöglicht.

43. Als potenzielle Konkurrenten sind insbesondere diejenigen Unternehmen zu betrachten, welche bereits heute in der Stromversorgung in der Schweiz tätig sind.

---

44. Durch das Zusammenschlussvorhaben erlangen die NOK die alleinige Kontrolle über Unternehmen, welche 12%-13% (13,4% im Geschäftsjahr 2000/2001) der gesamtschweizerischen Stromversorgung abdecken.

45. Die gesamtschweizerische Stromversorgung würde sich nach dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben wie folgt auf die bedeutendsten Unternehmen verteilen:

Axpo-Gruppe mit Watt	Rätia	Atel	BKW	Swisspower	EOS
38%-41%	9,5%	7%	12%	mind. 12%-13%	8,5%-10%

Axpo-Gruppe: Inkl. Stromversorgung der an der Axpo beteiligten Kantonswerke  
 EOS: Inkl. deren Aktionäre wie EEF, ENSA, Romande Energie u.a.

46. Zu beachten ist, dass BKW mit dem Minderheitsaktionär E.ON ein starkes deutsches Elektrizitätsunternehmen im Rücken hat und Atel über Motor Columbus finanziell mit der Electricité de France, dem Marktleader in Frankreich, verbunden ist.

47. Aufgrund dessen ergibt sich, dass durch das Zusammenschlussvorhaben der potenzielle Wettbewerb nicht in einem solchen Umfang geschwächt wird, dass eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

#### **B.4.2.e Stromhandel**

48. Im Stromhandel sind sowohl EGL wie auch die Axpo-Gruppe tätig. Ungeachtet der exakten Marktanteile begründet oder verstärkt das Zusammenschlussvorhaben in diesem Markt jedoch keine beherrschende Stellung, da insbesondere mit Atel und BKW genügend aktuelle Konkurrenz besteht und Eintrittsschranken in diesen Markt tendenziell gering sein dürften.

#### **B.5 Kollektive Marktbeherrschung**

49. Wie eingangs erwähnt (siehe Rz. 21), führte Watt bisher teilweise eine von der Axpo verschiedene Geschäftspolitik. Durch die alleinige Kontrolle durch die Axpo wird dies voraussichtlich wegfallen. Es stellt sich die Frage, ob hierdurch in den Bereichen Stromproduktion und -versorgung möglicherweise eine kollektive Marktbeherrschung begründet wird beziehungsweise in einem geöffneten Markt eine kollektive Beherrschung zur Folge haben könnte.

50. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission sind zur Beurteilung einer kollektiven Marktbeherrschung unter anderem folgende Krite-

rien heranzuziehen (RPW 1998/2, S. 244, Ziff. 138 ff., RPW 1998/3, S. 401, Ziff. 39, mit weiteren Verweisen):

?? Erheblichkeit der Marktanteile

?? Symmetrie

?? Verflechtungen

?? Marktzutrittschranken

?? Substitutionswettbewerb

?? Marktphase und Gütereigenschaften

51. Bei Elektrizität handelt es sich ohne Zweifel um ein homogenes Gut, obwohl zurzeit gewisse Bestrebungen zu erkennen sind, Produktdifferenzierungen vorzunehmen ("Ökostrom"). Weiter charakterisiert sich der Markt durch eine tendenziell hohe Transparenz. Diese würde nach Inkrafttreten des EMG noch verstärkt, da die zugehörige Verordnung die Unternehmen verpflichtet, für die Vorbereitung und die Durchführung von Massnahmen zur Verhinderung und Beseitigung von Versorgungsengpässen zusammenzuarbeiten (Art. 13 Abs. 1). Markttransparenz und Gütereigenschaft sind einer kollektiven Marktbeherrschung daher tendenziell förderlich.

52. Weiter ist zu beachten, dass Verflechtungen zwischen den Unternehmen bestehen, insbesondere sind bei grossen Produktionsanlagen üblicherweise mehrere Unternehmen beteiligt. Dies ist kollusivem Verhalten ebenfalls förderlich.

53. Ausser bezüglich Wärmeerzeugung lässt sich Elektrizität funktional in der Praxis kaum ersetzen. Im Übrigen ist das Ersetzen üblicherweise mit hohen "Switching Costs" verbunden. Substitutionswettbewerb durch Waren oder Dienstleistungen, welche aus der Sicht der Nachfrager zwar nicht marktgleichwertig mit denen des betroffenen Marktes sind, sie aber doch in eingeschränktem Umfang oder unter bestimmten Bedingungen (funktional) ersetzen können (RPW 1998/3, S. 404, Ziff. 45), ist daher kaum zu erwarten.

54. Ein Marktzutritt in den Bereich Elektrizität ist üblicherweise - ausser für reine Wiederverkäufer oder Händler - mit hohen irreversiblen Kosten verbunden. Zutritte sind daher nur von bestehenden ausländischen Elektrizitätsunternehmen zu erwarten, welche jedoch teilweise bereits mit inländischen Unternehmen verbunden sind (BKW - E.ON und Atel - EdF).

55. Trotz dieser Umstände ist das Entstehen oder Verstärken einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zu verneinen. Dies ergibt sich aus den nachfolgenden Gründen.

56. Gegen eine kollektive Marktbeherrschung spricht die weiterhin hohe Zahl der Unternehmen (5), welche über ernstzunehmende

Marktvolumen verfügen. So hat die EU erst einmal auf eine kollektive Marktbeherrschung durch drei Unternehmen erkannt (Airtours/First Choice, IV/M.1524 von 1999) und noch nie durch eine grössere Zahl von Unternehmen.

57. Weiter sind die Marktanteile dieser fünf Unternehmen bei einer gesamtschweizerischen Betrachtung (siehe Rz. 31 und 45) unterschiedlich. Die diesbezügliche Symmetrie der Unternehmen ist daher eher gering.

58. Weiter ist entscheidend, inwieweit durch das vorliegende Vorhaben eine kollektive Marktbeherrschung entsteht oder verstärkt wird. Dabei ist zu beachten, dass sich durch das vorliegende Vorhaben E.ON bei Watt zurückzieht. Hierdurch verschwindet die Verflechtung, welche aus der gleichzeitigen Beteiligung von E.ON bei BKW und Watt herrührte.

59. Die Begründung oder Verstärkung einer kollektiven Marktbeherrschung durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist daher zu verneinen. Bei einem weiteren Konzentrationsprozess wäre die Frage einer kollektiven Marktbeherrschung aufgrund der in Randziffern 51-54 genannten Umständen jedoch genau zu prüfen.

#### **IV. Ergebnis**

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

B 2.3	<b>8. Ernst &amp; Young/Arthur Andersen</b>
-------	---

*Vorzeitiger Vollzug; Art. 32 Abs. 2 KG*

*Réalisation provisoire; art 32 al. 2 LCart*

*Realizzazione provvisoria; art. 32 cpv. 2 LCart*

*Entscheid der Wettbewerbskommission vom 28. Mai 2002*

*Zwischenverfügung vom 28. Mai 2002 in Sachen Ernst & Young/Arthur Andersen betreffend Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung, eventuell um Bewilligung des vorzeitigen Vollzugs*

#### **A. SACHVERHALT**

1. Mit Schreiben vom 13. Mai 2002 hat Ernst & Young Schweiz AG (EY CH) das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen ihr und Arthur Andersen Schweiz AG (AA CH) informiert. EY CH hat am 15. Mai 2002 einen

Entwurf betreffend Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung, eventuell um Bewilligung des vorzeitigen Vollzugs, eingereicht. Anschliessend hat am 16. Mai 2002 ein Treffen zwischen AA CH EY CH und dem Sekretariat stattgefunden, um einerseits die Meldung vorzubereiten und andererseits den Antragsentwurf zu besprechen.

2. Mit Schreiben vom 22. Mai 2002 haben die Parteien ein Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung, eventuell um Bewilligung des vorzeitigen Vollzugs eingereicht. Sie beantragen:

*Es sei festzustellen,*

*1.1 dass die 100%-ige Tochtergesellschaft der Arthur Andersen AG<sup>1</sup>, die Andersen AG, gemäss dem schweizerischen Kartellgesetz berechtigt ist, ab sofort Mitglied von Ernst & Young International Ltd. zu werden;*

*1.2 dass die Muttergesellschaft der Andersen AG, die Arthur Andersen AG, gemäss dem schweizerischen Kartellgesetz berechtigt ist, ab sofort verbundenes Mitglied ("affiliate member") von Ernst & Young International Ltd. zu werden und sich entsprechend in ihren internen und externen Verlautbarungen und Schriftstücken zum Beispiel als "verbundenes Mitglied des Netzwerks von Ernst & Young International" ("affiliate member of the Ernst & Young International network") zu bezeichnen.*

*Eventualiter beantrage sie:*

*2.1 Es sei der 100%-igen Tochtergesellschaft der Arthur Andersen AG, der Andersen AG, in Anwendung von Artikel 32 Absatz 2 KG die Bewilligung zu erteilen, ab sofort Mitglied von Ernst & Young International Ltd. zu werden;*

*2.2 Es sei der Muttergesellschaft der Andersen AG, der Arthur Andersen AG, in Anwendung von Artikel 32 Absatz 2 KG die Bewilligung zu erteilen, ab sofort verbundenes Mitglied ("affiliate member") von Ernst & Young International Ltd. zu werden und sich entsprechend in ihren internen und externen Verlautbarungen und Schriftstücken zum Beispiel als "verbundenes Mitglied des Netzwerks von Ernst & Young International" ("affiliate member of the Ernst & Young International network") zu bezeichnen.*

---

<sup>1</sup> Die Andersen CH ist eine 100% Tochtergesellschaft der AA CH, welche im Frühling 2001 gegründet wurde. Gemäss Antrag vom 22. Mai 2002 soll Andersen CH Mitglied von Ernst & Young Int. Ltd. werden. AA CH würde somit zum verbundenen Mitglied der Ernst & Young Int. Ltd. Gemäss Angaben der Parteien sind die Rechte und Pflichten des verbundenen Mitglieds gleich wie die des Mitgliedes. Es ist somit nicht nötig, die beiden Gesellschaften zu unterscheiden. Wir werden deshalb in der Folge dieses Entscheides immer von AA CH reden.

3. Am 28. Mai 2002 haben die Parteien, alle vertreten durch EY CH, die Meldung des Zusammenschlussvorhabens eingereicht. Wie der Meldung zu entnehmen ist, haben sich EY CH und AA CH entschlossen, ihre Aktivitäten in den Bereichen Wirtschaftsprüfung, Rechts- und Steuerberatung sowie Corporate Finance zusammenzulegen. Nicht Bestandteil der vorgesehenen Transaktion ist der zu AA CH gehörende Bereich Business Consulting, für welchen AA CH eine gesonderte Lösung anstrebt. Voraussichtlich ebenfalls nicht Bestandteil der vorgesehenen Transaktion ist die Niederlassung Lugano von AA CH.

4. Die definitive Struktur des Zusammenschlusses ist noch nicht bis ins Letzte festgelegt und verhandelt. Die Parteien haben jedoch am 16. April 2002 ein Memorandum of Understanding unterzeichnet, welches die Grundlagen des Zusammenschlussvorhabens festhält.

5. Ernst & Young International Ltd. (EYI), mit Sitz auf den Cayman Islands, war bis Ende 2001 das Bindeglied zwischen den einzelnen EY Ländergesellschaften. 2001 wurde Ernst & Young Global Limited (EYG), mit Sitz in Grossbritannien, gegründet. Die bei EYG angeschlossenen Ländergesellschaften erzielen rund [...] % des weltweiten Umsatzes des Ernst & Young Netzwerks. EYG ist somit das wichtigste und bestimmende Mitglied der EYI. Gemäss Antrag vom 22. Mai 2002 soll AA CH Mitglied von EYI (nicht von EYG) werden.

6. EY CH ist Teil des weltweiten Netzes von EYG und hat sich in den vergangenen Jahrzehnten zu einem umfassenden Anbieter von Wirtschaftsprüfungs- und Wirtschaftsberatungsdienstleistungen entwickelt. Ihre Geschäftsbereiche umfassen Revisionsdienstleistungen, Steuer- und Rechtsberatung, Corporate Finance sowie Allgemeine Wirtschaftsberatung.

7. AA CH ist in den Bereichen Steuer- und Unternehmensberatung, Wirtschaftsprüfung, Corporate Finance sowie durch die Anwaltskanzlei "Netzle Sauber Gadiant Rechtsanwälte" (Andersen Legal) in der Rechtsberatung tätig. Sie ist Mitglied von Andersen Worldwide S.C. (AA Worldwide).

8. Die Parteien machen geltend, dass sich Arthur Andersen LL.P (USA) als Folge des Zusammenbruchs von Enron massiven Problemen und Risiken ausgesetzt sieht. Dies hat zu schweren Reputationsverlusten und zur Auflösung des internationalen Netzwerks von Arthur Andersen geführt. Die nationalen Ländergesellschaften von Arthur Andersen müssen nun in kürzester Zeit einen Partner finden, welcher über ein internationales Netzwerk verfügt, um ihre internationalen Mandate beibehalten zu können. Die Parteien stützen sich des Weiteren auf zwei Entscheide der Europäischen Kommission vom 25. April und 7. Mai 2002, die ähnliche Anträge auf vorzeitigen Vollzug von EY Frankreich und EY Deutschland bewilligt hat.

---

## **B. ERWÄGUNGEN**

### **B.1 Anwendbarkeit der Vorschriften über Unternehmenszusammenschlüsse**

#### **B.1.1 Unternehmenszusammenschluss**

9. Die Transaktionsstruktur ist derzeit noch nicht definitiv bestimmt. Im Vordergrund steht die Variante einer geordneten Liquidation mit (limitiertem) Aktiven-Kauf, über welchen in den Grundzügen eine Einigung erzielt worden ist. EY CH ist es wichtig, nur ausgewählte Aktiva und Verträge, aber grundsätzlich keinerlei Verpflichtungen von AA CH und den mit dieser direkt oder indirekt verbundenen Gesellschaften zu übernehmen. Den Mitarbeitern von AA CH sollen neue Arbeitsverträge bei EY CH angeboten werden. Die Kundenmandate von AA CH sollen grundsätzlich von AA CH zu Ende geführt werden. Im Einverständnis mit AA CH wird EY CH die Kunden einzeln kontaktieren und versuchen, sie für einen Wechsel zu EY CH zu gewinnen. Eine Fusion sollte auf jeden Fall ausgeschlossen sein.

10. Die Struktur der Transaktion kann im Moment noch offen gelassen werden, denn es würde in jedem Fall entweder ein Kontrollerwerb im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG in Verbindung mit Artikel 1 VKU oder eine Fusion im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe a KG stattfinden, [...].

#### **B.1.2 Meldepflicht**

11. Im Jahre 2001 betrug der Umsatz von EY CH gemäss Aussagen der Parteien zirka CHF 395,2 Mio. und derjenige von AA CH (ohne Business Consulting) zirka CHF 130.5 Mio. Damit sind die Schwellenwerte für die Meldepflicht gemäss Artikel 9 KG erreicht. Der Zusammenschluss ist somit meldepflichtig.

### **B.2 Sanierungsfusion**

12. Die Revision von international tätigen Grossunternehmen setzt ein internationales Netzwerk von Schwestergesellschaften oder Allianzen, eine hohe Reputation und eine starke nationale Präsenz voraus (RPW 1998/2, S. 218, Rz. 31). Als Folge des Zusammenbruchs von Enron ist Arthur Andersen LL.P. (AA USA), die wichtigste Länderorganisation von AA Worldwide, mit zivil- und strafrechtlichen Konsequenzen konfrontiert, welche den Fortbestand von AA USA grundsätzlich in Frage stellen und die Reputation von Andersen im Allgemeinen beeinträchtigt haben.

13. Um die internationalen Mandate weiterhin betreuen zu können, sind die meisten Ländergesellschaften von Andersen dabei, sich neu zu orientieren und einen Zusammenschluss mit einer der übrigen "Big Five" Gesellschaften anzustreben. Dies hat zu einem Auseinanderbrechen des internationalen Netzwerks von AA Worldwide geführt.

---



14. Der Zusammenbruch des Netzwerks von AA Worldwide hat für AA CH nach Aussage der Parteien die folgenden Konsequenzen:

?? Ohne internationales Netzwerk kann AA CH keine grossen, internationalen Kunden mehr betreuen. Es besteht die Gefahr, dass AA CH viele seiner Mandate anlässlich der in nächster Zeit stattfindenden Generalversammlungen verliert. Bereits hat AA CH gemäss Angaben der Parteien wichtige Mandate verloren, die mehr als [...]% des Honorarumsatzes ausmachen. Im Bereich der Steuer- und Rechtsberatung beträgt der Umsatzschwund nach Angaben der Parteien [...]%.

?? Ohne internationales Netzwerk und ohne klare Zukunftsvision kann AA CH keine neuen Kundenbeziehungen aufbauen.

?? Aufgrund der Situation von AA CH besteht die Gefahr, dass es zu einer Abwanderung von Mitarbeitern und Know-how kommt, was wiederum zu Mandatsverlusten führen würde.

15. Aufgrund der Bedeutung des internationalen Netzwerks für die Betreuung von Grossunternehmen teilt die Wettbewerbskommission die Ansicht der Parteien, dass ein Überleben von AA CH als selbstständige Organisation ohne internationales Netzwerk ausgeschlossen ist. Die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Sanierungsfusion sind somit weitgehend gegeben.

16. Aus diesem Grund ist es für AA CH - bis zur Bewilligung des Zusammenschlussvorhabens durch die Wettbewerbskommission - dringend, Mitglied von EYI zu werden und somit über ein internationales Netzwerk verfügen zu können. Einerseits wird AA CH somit vermeiden können, wichtige internationale Mandate zu verlieren. Andererseits verfolgt diese Massnahme das Ziel, sowohl dem Publikum wie auch den Angestellten wieder vertrauen in die Gesellschaft zu geben. Sollte das Vorhaben nicht vorzeitig bewilligt werden, riskiert AA CH den Verlust von zahlreichen Mandaten und qualifizierten Mitarbeitern, was den definitiven Zusammenschluss verunmöglichen würde. Kann AA CH nicht Mitglied von EYI werden, ist zu befürchten, dass das Unternehmen mindestens teilweise liquidiert werden muss.

### **B.3 Feststellungsverfügung**

17. Nach Artikel 25 Absatz 2 VwVG besteht ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist, was insbesondere voraussetzt, dass das mit dem Gesuch um Feststellungsverfügung verfolgte Interesse nicht durch Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt werden kann (vgl. RHI-NOW/KOLLER/KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, S. 228 f.; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 76 f.).

---

18. Wie bereits in Paragraf B.2 dargelegt wurde, hat AA CH ein akutes Interesse, Mitglied von EYI zu werden. Gemäss Artikel 32 Absatz 2 KG ist es dem an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen untersagt, den Zusammenschluss innerhalb eines Monats seit der Meldung bei der Wettbewerbskommission zu vollziehen. Falls die Unternehmen diese Pflicht nicht einhalten, setzen sie sich einem Sanktionsverfahren im Sinne von Artikel 51 KG aus. In dieser Hinsicht haben die Parteien zweifellos ein Interesse an der Feststellung, dass es sich bei der vorgesehenen Transaktion nicht um eine Vollzugshandlung handelt. Auf den Antrag auf Feststellung kann somit eingetreten werden.

19. Was unter Vollzugshandlung zu verstehen ist, wurde in der Praxis und in der Lehre noch wenig präzisiert. Gemäss DUCREY (PATRIK DUCREY, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Art. 32 Rz. 23) bewirkt das Vollzugsverbot nicht, dass die beteiligten Unternehmen keine Handlungen unternehmen dürften, welche den Vollzug vorbereiten. Vom Vollzugsverbot ist lediglich die letzte Vollzugshandlung erfasst beziehungsweise jene Handlung, die den Zusammenschluss definitiv vollzieht (Handelsregistereintrag, Bezahlung der erworbenen Anteile etc.). Die Hinderung anderer, im Zusammenhang mit dem Vollzug stehender Handlungen, wie zum Beispiel die Zustimmung der GV zu einem Fusionsvertrag, ist nicht nötig, weil mit solchen Handlungen die Marktstrukturen noch nicht definitiv verändert werden.

20. Die Parteien vertreten die Meinung, es handle sich im vorliegenden Fall nicht um den eigentlichen Vollzug sondern lediglich um eine Vorbereitungshandlung, welche den späteren Vollzug erst ermöglichen soll. Sie erklären weiter, es würde mit der zur Diskussion stehenden Mitgliedschaft von AA CH bei EYI keine irreversiblen Tatsachen geschaffen, da die Mitgliedschaft im Falle eines Scheiterns des Zusammenschlussvorhabens hinfällig würde und keine weiteren Wirkungen mehr entfalten würde. Dieser Auffassung kann nicht ohne weiteres gefolgt werden.

21. Die Mitgliedschaft und insbesondere die Bezeichnung von AA CH als "*verbundenes Mitglied des Netzwerks von Ernst & Young International*" wird gegen aussen eindeutig den Eindruck erwecken, dass die EY CH die AA CH bereits übernommen hat. Die Parteien erklären auch selber, dass AA CH keine weiteren Klienten akquirieren könne, solange noch keine klare Zukunft für die eigene Gesellschaft besteht. Somit anerkennen sie selber, dass mit der Mitgliedschaft gegen aussen der Eindruck erweckt werden soll, der Vollzug sei bereits sicher. Weiter ergibt sich aus den im Antrag beschriebenen Rechten und Pflichten der Mitglieder von EYI, dass die Mitgliedschaft folgendes umfasst:

[...]

Ist eine Firma insofern bereit, ihre Identität zu Gunsten der anderen Firma zu ändern, kann nicht mehr von blossen Vorbereitungshandlungen

---

gen gesprochen werden. Vielmehr werden mit solchen Handlungen die Marktstrukturen bereits geändert.

22. Es ist deshalb festzustellen, dass es sich um eine Vollzugshandlung handelt, welche dem Vollzugsverbot im Sinne von Artikel 32 KG unterstellt ist. Im Folgenden wird zu prüfen sein, ob im vorliegenden Fall der Vollzug vorzeitig bewilligt werden kann.

## **B.4 Bewilligung des vorzeitigen Vollzugs**

### **B.4.1 Antrag auf vorzeitigen Vollzug**

23. Gemäss Artikel 32 Absatz 2 kann die Wettbewerbskommission auf Antrag der Parteien den Zusammenschluss aus wichtigen Gründen vorzeitig bewilligen. Die Botschaft erwähnt in diesem Zusammenhang beispielhaft Sanierungsfusionen und Zusammenschlussvorhaben in Verbindung mit einem öffentlichen Übernahmeangebot (Botschaft zum Kartellgesetz vom 23. November, BBl 1995 I 468 f, Separatdruck S. 141, ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 643). Grundsätzlich liegt ein wichtiger Grund dann vor, wenn der Erfolg des Zusammenschlusses durch das einmonatige Vollzugsverbot in Frage gestellt ist oder wenn den beteiligten Unternehmen oder Dritten schwerer Schaden droht (analog zu EU-FKVO 7 Abs. 4). Gleichzeitig dürfen aber keine allzu grossen wettbewerbsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die betroffenen Märkte bestehen, weil sonst der vollzogene Zusammenschluss mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit in einem Verfahren gemäss Artikel 37 korrigiert werden müsste. Deshalb sind vorerst die Märkte abzugrenzen sowie die Stellung der beteiligten Unternehmen abzuschätzen.

### **B.4.2 Relevante Märkte**

#### **B.4.2.a Sachlich relevante Märkte**

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

25. In ihrem Entscheid betreffend den Zusammenschluss Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand ("PWC-Entscheid", RPW 1998/2, S. 214 ff.) hat die Wettbewerbskommission im Bereich der Wirtschaftsprüfung und -beratung verschiedene Märkte abgegrenzt. Es handelt sich dabei um die folgenden Märkte (RPW 1998/2, S. 224 f.):

?? Markt für die Revision (Wirtschaftsprüfung) von KMUs

?? Markt für die Revision von Grossunternehmen ohne Banken und Versicherungen

?? Markt für die Revision von Versicherungen

?? Markt für die Revision von Banken

---

?? Steuer- und Rechtsberatung

?? Corporate Finance

?? Treuhand

26. Die Parteien erklären sich mit dieser Marktabgrenzung grundsätzlich einverstanden. Es sind keine wesentlichen Veränderungen ersichtlich, welche eine andere Marktabgrenzung erfordern würden.

27. In den Märkten für die Revision von KMUs, Steuer- und Rechtsberatung, Corporate Finance und Treuhand sind die Marktanteile der Parteien nicht bedeutend und liegen deutlich unter 20%. Deshalb werden im Folgenden nur die Märkte für die Revision von Grossunternehmen, Banken und Versicherungen näher analysiert.

#### **B.4.2.b Räumlich relevante Märkte**

28. 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).

29. Im PWC-Entscheid ist die Wettbewerbskommission bei der Revision von Grossunternehmen, Banken und Versicherungen von nationalen Märkten ausgegangen. Die Parteien erklären sich mit dieser Marktabgrenzung grundsätzlich einverstanden, auch wenn die Nachfrage ihrer Ansicht nach teilweise eine internationale Dimension aufweist.

#### **B.4.3 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

##### **B.4.3.a Markt für die Revision von Grossunternehmen (ohne Banken und Versicherungen)**

##### **Aktuelle Konkurrenz**

30. Zurzeit sind auf dem Markt für die Revision von Grossunternehmen (Umsatz > CHF 500 Mio., ohne Banken und Versicherungen) fünf grosse Unternehmen tätig ("Big Five"). Es handelt sich dabei um PricewaterhouseCoopers AG (PWC), KPMG, EY CH, AA CH und Deloitte & Touche AG (D&T). Nach dem geplanten Zusammenschluss wären auf dem Markt somit nur noch vier statt fünf Unternehmen tätig.

31. Für die Ermittlung der Marktanteile von Revisionsgesellschaften gibt es verschiedene Berechnungsmethoden. So können die Marktanteile auf dem Honorarumsatz, der Anzahl Mandate oder dem Gesamtumsatz der revidierten Unternehmen beruhen. Im PWC-Entscheid ging die Wettbewerbskommission von der Berechnung nach Anzahl Mandaten aus (RPW 1998/2, S. 228, Rz. 67). Diese Berechnungsmethode wird auch der folgenden Analyse zu Grunde gelegt. Die Berechnung der Marktanteile auf der Basis von Honorarumsätzen führt jedoch gemäss den dem Sekretariat zur Verfügung stehenden Informationen nicht zu wesentlichen Veränderungen.

---

32. Tabelle 1 gibt einen Überblick über die Marktanteile vor und nach dem Zusammenschluss auf Basis der Anzahl Mandate.

**Tabelle 1: Marktanteile auf dem Markt für die Revision von Grossunternehmen (ohne Banken und Versicherungen) im Jahr 2001, Anzahl Mandate**

	Vor dem Zusammenschluss	Nach dem Zusammenschluss
PWC	30%-40%*	30%-40%
KPMG	10%-20%	10%-20%
EY CH	10%-20%	20%-30%
AA CH	1%-10%	-
D&T	1%-10%	1%-10%
Andere <sup>1)</sup>	10%-20%	10%-20%

\* Gerundete Summe der exakten Einzelwerte

<sup>1)</sup> Inklusive 13 Mandate, für welche die Revisionsstelle nicht eruierbar war (entsprechen 5,9% Marktanteil)

33. Aus der Tabelle geht hervor, dass EY CH durch den Zusammenschluss hinter PWC zum zweitgrössten Anbieter avanciert. Bei der Berechnung der Marktanteile nach dem geplanten Zusammenschluss wurde unterstellt, dass sämtliche Mandate von AA CH an EY CH übergehen. Es ist jedoch unwahrscheinlich, dass sämtliche Mandate von AA CH von EY CH übernommen werden können. So hat AA CH bereits wichtige Mandate im Umfang von zirka [...] % des Honorarumsatzes verloren. Der kombinierte Marktanteil der Zusammenschlussparteien dürfte somit tiefer ausfallen als angegeben.

34. Aus dem oben Gesagten geht hervor, dass die Begründung einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung von EY CH ausgeschlossen werden kann. Die Reduktion von fünf auf vier Marktteilnehmer legt jedoch nahe zu prüfen, ob der geplante Zusammenschluss zur Begründung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung führen könnte. Auf diesen Punkt wird in Abschnitt B.4.4 näher eingegangen. In den folgenden Abschnitten wird zunächst auf die potenzielle Konkurrenz und die Stellung der Marktgegenseite eingegangen.

### **Potenzielle Konkurrenz**

35. Der Aufbau eines weltweiten Netzes von Revisionsstellen, ähnlich denjenigen der Big Five, würde ausserordentlich hohe Kosten verursachen, was Markteintritte erschweren dürfte. Zudem ist der Ruf und die

Glaubwürdigkeit für die Akquisition von Mandaten von grosser Bedeutung. In den Markt eintretende Unternehmen haben diesbezüglich einen entscheidenden Nachteil. Schliesslich wechseln die Unternehmen ihre Revisionsstelle aufgrund von "switching costs" nur zögerlich. Aus diesen Gründen erachtete die Wettbewerbskommission im PWC-Entscheid Markteintritte als unwahrscheinlich (RPW 1998/2, S. 232, Rz. 80).

36. Die Zusammenschlussparteien teilen die Auffassung der Wettbewerbskommission nicht, dass Markteintritte praktisch auszuschliessen sind. Sie sind der Ansicht, dass so genannte "Second tier"-Gesellschaften (wie z.B. BDO Visura) durchaus in der Lage seien, in die Marktsegmente der verbleibenden Big Four einzudringen. Seit dem PWC-Entscheid ist es jedoch nicht zu wesentlichen Marktzutritten gekommen.

### **Stellung der Marktgegenseite**

37. Die Marktgegenseite der Revisionsunternehmen sind Grossunternehmen mit einem Umsatz von mehr als CHF 500 Mio. Gemäss der Publikation "Top 2001: die grössten Unternehmen der Schweiz" der Handelszeitung existierten im Jahr 2001 rund 220 Unternehmen mit einem Umsatz von mehr als CHF 500 Mio.

38. Wegen der Grösse der revidierten Unternehmen und aufgrund der Tatsache, dass die Kosten der Revisionsleistung einen geringen Teil der Gesamtkosten der revidierten Unternehmen ausmachen, kam die Wettbewerbskommission im PWC-Entscheid zum Schluss, dass die Grossunternehmen in der Lage sind, um des Wettbewerbs Willen eine gewisse Marktstrukturpflege zu betreiben (RPW 1998/2, S. 232, Rz. 83).

39. Zudem verfügen die Grossunternehmen gegenüber den Revisionsunternehmen über ein gewisses Drohpotenzial, da die meisten Unternehmen ihre Revisionsstelle mit zusätzlichen Aufträgen im Bereich der Steuerberatung, Informatikberatung, Mergers & Acquisitions etc. betraut haben. Dem ist beizufügen, dass es sich um einen Ausschreibungsmarkt handelt. Die Wettbewerbskommission kam deshalb im PWC-Entscheid zum Schluss, dass die Möglichkeit der Marktstrukturpflege und das latente Drohpotenzial eine disziplinierende Wirkung auf die Revisionsunternehmen hat (RPW 1998/2, S. 233, Rz. 86).

40. Es ist davon auszugehen, dass diese Beurteilung auch heute noch ihre Gültigkeit hat.

### **B.4.3.b Markt für die Revision von Banken**

#### **Aktuelle Konkurrenz**

41. Die Revision von Banken setzt eine Bewilligung der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) voraus. Zehn Revisionsgesellschaften verfügen über eine entsprechende Bewilligung. Es handelt sich um PWC, KPMG (KPMG Fides Peat und KPMG Klynveld Peat Marwick

---

Goerdeler SA), EY CH, AA CH, D&T, Bankrevisions- und Treuhand AG, BDO Sofirom, Inspektorat des Schweizerischen Verbandes der Raiffeisenkassen (Raiffeisen) und OFOR Revision Bancaire SA (OFOR, Tochtergesellschaft von PWC). Die folgende Tabelle gibt einen Überblick über die Marktanteile der verschiedenen Anbieter.

**Tabelle 2: Marktanteile auf dem Markt für die Revision von Banken im Jahr 2001, Anzahl Mandate**

	Vor dem Zusammenschluss	Nach dem Zusammenschluss
PWC (inkl. OFOR)	40%-50%*	40%-50%
KPMG	10%-20%	10%-20%
EY CH	20%-30%	30%-40%
AA CH	1%-10%	-
D&T	1%-10%	1%-10%
Andere <sup>1)</sup>	1%-10%	1%-10%

\* Gerundete Summe der exakten Einzelwerte

<sup>1)</sup> Bankrevisions- und Treuhand AG, BDO Sofirom und Raiffeisen

42. Auch auf diesem Markt verblieben nach dem Zusammenschluss nur noch vier statt fünf Wettbewerber. Mit PWC und EY CH entstehen zwei starke Anbieter, welche einen Marktanteil von [70-80]% auf sich vereinigen.

### **Potenzielle Konkurrenz**

43. Die Ausführungen betreffend die potenzielle Konkurrenz auf dem Markt für die Revision von Grossunternehmen (siehe Rz. 35 f.) gelten auch hier. Erschwerend kommt jedoch dazu, dass die Revision von Banken, wie bereits erwähnt, eine Bewilligung der EBK erfordert. Die Wettbewerbskommission kam im PWC-Entscheid deshalb zum Schluss, dass die potenzielle Konkurrenz praktisch inexistent ist (RPW 1998/2, S. 236, Rz. 99). Zu erwähnen ist jedoch, dass mit BDO Sofirom ein vormals aus dem Markt ausgeschiedenes Unternehmen (BfB Sofirom) wieder in den Markt eingetreten ist.

### **Stellung der Marktgegenseite**

44. Vergleiche Randziffern 37 ff.

### B.4.3.c Markt für die Revision von Versicherungen

#### Aktuelle Konkurrenz

45. Die Marktanteile im Bereich der Revision von Versicherungen sind in Tabelle 3 zusammengefasst.

**Tabelle 3: Marktanteile auf dem Markt für die Revision von Versicherungen im Jahr 2001, Anzahl Mandate**

	Vor dem Zusammenschluss	Nach dem Zusammenschluss
PWC (inkl. OFOR)	30%-40%*	30%-40%
KPMG	20%-30%	20%-30%
EY CH	10%-20%	10%-20%
AA CH	1%-10%	-
D&T	1%-10%	1%-10%
Andere	10%-20%	10%-20%

\* Gerundete Summe der exakten Einzelwerte

46. Wie in der Tabelle ersichtlich ist, ist AA CH ein relativ unbedeutender Anbieter auf diesem Markt. Es ergeben sich somit keine wesentlichen Veränderungen der Marktstruktur. Auch nach dem Zusammenschluss verbleiben drei grössere Anbieter, wobei die Zusammenschlusspartner einen kombinierten Marktanteil von weniger als 20% aufweisen.

47. Auf die potenzielle Konkurrenz und die Stellung der Marktgegenseite wird aus diesem Grund nicht näher eingegangen. Die Ausführungen zum Markt für die Revision von Grossunternehmen sind jedoch analog auf diesen Markt übertragbar (siehe Rz. 35 f.).

#### **B.4.4 Kollektive Marktbeherrschung**

48. Wie oben ausgeführt worden ist, wären im Markt für die Revision von Grossunternehmen sowie im Markt für die Revision von Banken nach dem Zusammenschluss je nur noch drei grössere und ein kleinerer Anbieter präsent, wobei die drei grösseren Wettbewerber einen Marktanteil von 80% und mehr auf sich vereinigen. Aufgrund der hohen Marktkonzentration ist die Entstehung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung nicht auszuschliessen.

49. Die Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung würde voraussetzen, dass eine solche zum gegebenen Zeitpunkt bereits existiert. Obwohl die Beurteilung einer allfälligen kollektiv



marktbeherrschenden Stellung weiterer Abklärungen bedarf, so scheint es aufgrund der Wettbewerbsintensität jedoch kaum wahrscheinlich, dass eine solche existiert. Bereits im PWC-Entscheid hat die Wettbewerbskommission auf den harten Konkurrenzkampf hingewiesen und die Entstehung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung ausgeschlossen.

50. Des Weiteren stellt sich die Frage, ob mit der Reduktion von fünf auf vier Anbieter eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründet wird. Auch diese Frage kann zum aktuellen Zeitpunkt nicht abschliessend beurteilt werden und bedarf weiterer Abklärungen. Wie die Wettbewerbskommission jedoch bereits im PWC-Entscheid festgehalten hat, ist die Reduktion der Anzahl Marktteilnehmer "von sechs auf fünf oder von vier auf drei weder ein notwendiger, noch ein hinreichender Grund" für die Entstehung eines kollusiven Oligopols (RPW 1998/2, S. 244, Rz. 138).

51. Gegen die Entstehung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung könnten unter anderem der hohe Grad an Produktdifferenzierung und damit die geringe Markttransparenz, die Tatsache, dass es sich um einen Ausschreibungsmarkt<sup>2</sup> handelt, sowie der hohe Grad an Koordination, der für die Aufrechterhaltung einer Kollusion notwendig wäre, sprechen. Faktoren, welche eine Kollusion begünstigen könnten, sind insbesondere die hohe Marktkonzentration und die geringe potenzielle Konkurrenz. Eine definitive Beurteilung dieser Faktoren bedarf jedoch weiterer Abklärungen.

#### **B.4.5 "Failing Company Defence"**

52. Die Parteien machen geltend, dass, selbst wenn nach dem Zusammenschluss eine (kollektiv) marktbeherrschende Stellung bestehen würde (was die Parteien bestreiten), ein Kausalzusammenhang zwischen der angeblichen Marktbeherrschung und dem Zusammenschlussvorhaben aufgrund des Vorliegens einer Sanierungsfusion bestritten werden müsste.

53. Sind bei einem Zusammenschluss die Eingriffsvoraussetzungen gemäss Artikel 10 Absatz 2 KG erfüllt, kann ausnahmsweise der Rechtfertigungsgrund der Sanierungsfusion angerufen werden. Die wirtschaftlichen Schwierigkeiten eines oder mehrerer der beteiligten Unternehmen könne bei der materiellen Beurteilung eine wesentliche Rolle spielen, wenn der geplante Zusammenschluss nicht als die eigentliche Ursache für die Änderung der Marktstruktur anzusehen ist

---

<sup>2</sup> Vgl. ULRICH IMMENGA, Fusionskontrolle auf Ausschreibungsmärkten, in: Wirtschaft und Wettbewerb 9/1998, S. 809 ff.

(fehlender Kausalzusammenhang) (PATRIK DUCREY, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Basler Kommentar zum Schweizerischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 297). Die Wettbewerbskommission hat in ihrer Praxis in zwei Fällen auf den von ausländischen Wettbewerbsbehörden entwickelten Sanierungseinwand ("failing company defence") abgestellt und beide Zusammenschlüsse trotz "möglicher Beseitigung wirksamen Wettbewerbs" zugelassen (Le Temps, RPW 1998/1, S. 40 ff.; Batre AG/Recymet SA, RPW 1999/1, S. 173 ff.). Sie hat in diesen beiden Entscheiden Kriterien entwickelt, unter welchen sie einen Zusammenschluss nicht als eigentliche Ursache für die Verschlechterung der Marktstruktur erachtet. Dies ist dann der Fall, wenn die folgenden drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- ?? Eine Zusammenschlusspartei würde ohne Unterstützung vom Markt verschwinden.
- ?? In diesem Fall würde das andere am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen die meisten oder sämtliche Marktanteile des verschwundenen Unternehmens absorbieren.
- ?? Es gibt keine für den Wettbewerb weniger schädliche Lösung als das Zusammenschlussvorhaben.

54. Im vorliegenden Fall teilt die Wettbewerbskommission die Einschätzung der Parteien, dass AA CH ohne internationales Netzwerk nicht weiterbestehen kann, womit die erste Voraussetzung in diesem Fall wohl gegeben ist.

55. Anders als bei den oben erwähnten Fällen sind hier noch mehr als zwei Unternehmen auf dem Markt tätig. Im vorliegenden Fall ist es denkbar, dass die Marktanteile von AA CH nach dem Ausscheiden an Konkurrenten von EY CH übergehen könnten. Die zweite Voraussetzung für einen fehlenden Kausalzusammenhang kann also nicht analog zum Le Temps-Entscheid angewendet werden. Es stellt sich jedoch die Frage, ob bei einer Nichtbewilligung des Zusammenschlusses die Marktstruktur für den Wettbewerb ungünstiger ausfallen würde im Vergleich zu derjenigen Marktstruktur, die sich nach dem geplanten Zusammenschluss ergeben würde.

56. Zu prüfen ist deshalb, an wen die von AA CH gehaltenen Mandate im Fall des Ausscheidens von AA CH übergehen würden. Dafür fallen letztlich nur PWC, KPMG, EY CH und D&T in Betracht. An welchen dieser vier Anbieter welcher Anteil der Mandate übergehen würde, ist eine hypothetische Frage. Man kann jedoch davon ausgehen, dass PWC als Marktführer sicher in der Lage wäre, einen bedeutenden Anteil der Mandate an sich zu ziehen. Die Auswirkungen auf den Wettbewerb dürften in diesem Fall nicht einfach zu bestimmen sein und bedürfen weiterer Abklärungen. Indes dürften sie kaum besser sein als das vorliegende Zusammenschlussvorhaben.

---

57. Würde nach dem Ausscheiden von AA CH vom Markt ein bedeutender Teil der Mandate an KPMG übergehen, dürfte sich die Marktstruktur ähnlich gestalten wie nach dem geplanten Zusammenschlussvorhaben, da KPMG und EY CH über eine vergleichbare Marktstellung verfügen. Eine Verbesserung der Marktstruktur wäre lediglich zu erreichen, falls ein Grossteil der Mandate an D&T übergehen würde. Die Wahrscheinlichkeit eines solchen Szenarios bedarf weiterer Abklärungen.

58. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass ein Ausscheiden von AA CH aus dem Markt mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht zu einer Verbesserung der Marktstruktur im Vergleich zu derjenigen Marktstruktur führen würde, die sich aufgrund des Zusammenschlussvorhabens ergäbe.

#### **B.4.6 Vorzeitiger Vollzug**

59. Wie bereits in Randziffer 23 erwähnt, sieht die Botschaft insbesondere die Sanierungsfusion als wichtigen Grund für einen vorzeitigen Vollzug vor. Nach Aussage der Parteien ist ein Weiterbestehen von AA CH als unabhängige Organisation ausgeschlossen. Die Wettbewerbskommission teilt diese Auffassung.

60. Aufgrund der in Randziffern 12 ff. erwähnten Tatsachen wäre der Erfolg des Zusammenschlusses durch den Aufschub des Vollzugs in Frage gestellt. Die Mitgliedschaft bei EYI und insbesondere die Bezeichnung von AA CH als "verbundenes Mitglied von EYI" könnte diese schädlichen Folgen vorläufig, bis zur Bewilligung des Zusammenschlusses durch die Wettbewerbskommission, aufheben oder zumindest vermindern. Aufgrund der zur Verfügung stehenden Informationen kann die Begründung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nicht apriori ausgeschlossen werden. Doch selbst wenn eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde, ist es in Anbetracht der besonderen Umstände wahrscheinlich, dass die "failing company defence" im vorliegenden Fall Gültigkeit hätte.

61. Des Weiteren ist auch relevant, dass die Parteien zurzeit nur einen partiellen Vollzug beantragen. Der definitive Vollzug, zum Beispiel der Kauf der Aktiven von AA CH durch EY CH, wird weiterhin erst nach Zustimmung der Wettbewerbskommission vollzogen. Im Falle einer Untersagung des Zusammenschlussvorhabens würde die Mitgliedschaft mit EYI hinfällig. Die technische "Entflechtung" des Mitgliedervertrags würde somit unproblematisch sein. Aus diesen Gründen und in Anbetracht der aussergewöhnlich dringenden Situation, in der sich AA CH befindet, ist festzustellen, dass wichtige Gründe im Sinne von Artikel 32 Absatz 2 KG bestehen und dass der vorzeitige Vollzug bewilligt werden kann. Zu diesem Schluss ist auch die europäische Kommission in ihren Entscheiden vom 25. April und 7. Mai 2002 gekom-

men, dies obwohl die Anträge der Parteien weiter gingen als im vorliegenden Fall.

62. Gemäss Artikel 16 Absatz 2 VKU kann die Bewilligung des vorzeitigen Vollzugs mit Bedingungen oder Auflagen verbunden werden, um komplizierte "Entflechtungen" zu vermeiden. Wie bereits oben erwähnt, wird im Falle der Nichtbewilligung des Zusammenschlusses eine Rückkehr zum vorherigen Stand unproblematisch sein. Es rechtfertigt sich somit nicht, eine Auflage oder Bedingung zu sprechen.

### **C. KOSTEN**

63. Gemäss Artikel 2 KG-Gebührenverordnung haben die Gesuchstellerinnen die Verfahrenskosten zu tragen. Gemäss Artikel 4 Absätze 1 und 2 KG-Gebührenverordnung bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand; es gilt ein Stundenansatz von CHF 130.--. Es sind keine Gründe für eine Erhöhung oder Verminderung dieser Gebühr (Art. 4 Abs. 3 KG-Gebührenverordnung) ersichtlich. Für die im Zusammenhang mit dem Gesuch vom 22. Mai 2002 aufgewendete Zeit von [...] Stunden gilt daher ein Ansatz von CHF [...]. Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF [...]. Hinzu kommen Auslagen (Art. 5 KG-Gebührenverordnung) in der Höhe von CHF [...]. Die Kosten sind von den Parteien je zur Hälfte zu tragen.

### **D. DISPOSITIV**

1. Es wird festgestellt, dass es sich beim geplanten Vorhaben (die 100%-ige Tochtergesellschaft der Arthur Andersen AG, die Andersen AG wird ab sofort Mitglied von Ernst & Young International Ltd. und die Muttergesellschaft der Andersen AG, die Arthur Andersen AG, wird ab sofort verbundenes Mitglied ["affiliate member"] von Ernst & Young International Ltd. und bezeichnet sich entsprechend in ihren internen und externen Verlautbarungen und Schriftstücken sinngemäss als "verbundenes Mitglied des Netzwerks von Ernst & Young International" ["affiliate member of the Ernst & Young International network"]) um eine Vollzugshandlung im Sinne von Artikel 32 Absatz 2 KG handelt.

2. Der Vollzug des geplanten Vorhabens wird gemäss Artikel 32 Absatz 2 KG ausnahmsweise wie folgt vorzeitig zugelassen:

- Der 100%-igen Tochtergesellschaft der Arthur Andersen AG, der Andersen AG, wird die Bewilligung erteilt, ab sofort Mitglied von Ernst & Young International Ltd. zu werden;
  - Der Muttergesellschaft der Andersen AG, der Arthur Andersen AG, wird die Bewilligung erteilt, ab sofort verbundenes Mitglied ("affiliate member") von Ernst & Young International Ltd. zu werden und sich entsprechend in ihren internen und externen Verlautbarungen und Schriftstücken sinngemäss als "verbundenes Mitglied des Netzwerks von Ernst & Young International" ("affili-
-

ate member of the Ernst & Young International network") zu bezeichnen.

3. [Verfahrenskosten]
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]

B 2	<b>6. Empfehlungen Recommandations Raccomandazioni</b>
B 2.6	<b>1. Financement de l'OIC</b>

*Empfehlungen; Art. 45 Abs. 2 KG*

*Recommandations; art. 45 al. 2 LCart*

*Raccomandazioni; art. 46 cpv. 2 LCart*

*Recommandation de la Commission de la concurrence du 1<sup>er</sup> octobre 2001 selon l'article 45 de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence aux cantons ayant adhéré à l'Organisme intercantonal de certification (OIC) et à l'OIC du 1er octobre 2001 concernant le financement de l'OIC*

## **I. ETAT DE FAIT**

1. L'objet de la présente recommandation est le financement de l'organisme intercantonal de certification (ci-après: OIC). L'OIC est assimilable à une société simple au sens des articles 530 et suivants du code des obligations (Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse, RS 220), dont les associés sont les cantons signataires de la convention instituant l'OIC. La société, dont le siège est à Lausanne, relève du droit public (art. 2 de la convention concernant la création et l'exploitation d'une OIC; ci-après: la convention). Cet organisme regroupe les cantons de Berne, Fribourg, Vaud, Neuchâtel, Valais, Genève, Jura et Tessin.

2. L'OIC déploie ses activités essentiellement dans les domaines de (a) l'établissement de cahiers des charges pour les produits AOC (appellation d'origine contrôlée)/IGP (indication géographique protégée) (voir l'Ordonnance du 28 mai 1997 concernant la protection des appellations d'origine et des indications géographiques des produits agricoles et des produits agricoles transformés, RS 910.12) et (b) de la certification alimentaire.

a) L'activité d'établissement de cahiers des charges pour les produits agricoles AOC/IGP consiste notamment en la définition du produit, de

la zone de production, des matières premières et de la transformation de ces dernières. L'établissement d'un cahier des charges est un long processus de rassemblement des producteurs potentiels, de discussion entre ceux-ci et de la consultation des milieux concernés afin d'aboutir à la définition d'un cahier des charges précis (ce processus prend en général plusieurs années).

b) Le second domaine d'activité de l'OIC est la certification de produits agricoles ou alimentaires. L'OIC est en effet accrédité par l'office fédéral de la métrologie pour certifier des entreprises fabricant des produits agricoles ou alimentaires.

3. Il sied de préciser que les cantons fondateurs prennent à leur charge les 2/3 du budget de l'OIC en vertu de l'article 10 de la convention. En outre, la plupart des cantons fondateurs de l'OIC ont adopté des lois, des décrets ou des règlements d'exécution dans le domaine agricole au cours des années 1990.

4. Dans le domaine de la certification alimentaire, quatre entreprises privées sont actives (AB Cert, Orbe; bio.inspecta AG, Frick; IMO, Sulgen; Schweizerische Vereinigung für Qualitäts- und Management - Systeme SQS, Zollikofen), en sus de l'OIC.

5. Le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le secrétariat) a reçu le 13 juin 2000 une plainte dénonçant les subventions cantonales de l'OIC. Le 8 septembre 2000, le secrétariat a ouvert une enquête préalable au sens de l'article 26 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (RS 251, ci-après: LCart). Constatant l'existence de prescriptions réservées au sens de l'article 3 LCart, le secrétariat a clôturé le 9 juillet 2001 l'enquête préalable concernant l'OIC et a ouvert une procédure de recommandation selon l'article 45 LCart.

## **II. CONSIDERANTS**

### **II.1 Applicabilité**

6. La LCart s'applique notamment aux entreprises de droit public qui sont parties à des accords en matière de concurrence (art. 2 al. 1 LCart).

a) Par entreprise, on entend tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (DPC 2001/1, ch. 12, p. 60).

L'OIC, société de droit public instaurée par la convention, tombe ainsi dans le champ d'application de la LCart (cf. arrêt du Tribunal fédéral du 5 février 2001 "Schweizerische Meteorologische Anstalt", in: DPC 2001/1, ch. 3c, p. 217).

---

b) Par accord en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart).

L'article 10 de la convention prévoyant la prise en charge des 2/3 du budget de l'OIC par les cantons fondateurs constitue un accord au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart.

## **II.2 Distorsion de la concurrence**

7. L'activité d'établissement de cahiers des charges pour les produits agricoles est une tâche s'échelonnant sur une longue durée. Il est dès lors dans l'intérêt général que l'Etat favorise et subventionne de telles démarches, notamment à travers l'OIC, puisqu'elles n'auraient probablement pas lieu sans un soutien étatique.

8. Par contre, l'octroi de subventions à l'OIC pour son activité de certification des produits agricoles ou alimentaires crée une inégalité de traitement incompatible avec le postulat d'une concurrence efficace. Ce financement a pour conséquence une distorsion de la concurrence puisqu'il ne permet pas aux autres entreprises privées (ne bénéficiant d'aucune subvention) d'être compétitives sur certains marchés de la certification alimentaire. En outre, il n'y a aucune raison pour que l'Etat soit actif dans un domaine où le secteur privé remplit convenablement sa mission, ce d'autant plus si l'Etat intervient d'une manière qui génère une distorsion de la concurrence.

9. Pour éviter que de petits producteurs ne soient dissuadés de procéder à une certification en raison du coût élevé d'une telle procédure, l'Etat peut subventionner sous certaines conditions la certification par un paiement direct aux dits producteurs. Dans tous les cas, le producteur, en accord avec sa branche AOC, doit être libre de choisir son organisme de certification.

## **III. Recommandation**

10. Pour ces motifs, sur la base de l'article 45 alinéa 2 LCart, la Commission de la concurrence recommande aux cantons ayant adhéré à l'OIC, ainsi qu'à l'OIC:

a) que l'OIC poursuive ses activités concernant l'établissement de cahiers des charges (définition du produit, de la zone de production, des matières premières et de la transformation). Ces tâches pouvant faire l'objet de subventions de la part des cantons membres de l'OIC;

b) que l'OIC renonce à l'ensemble de son activité de certificateur pour tous les produits agricoles ou alimentaires, ou, si l'OIC devait poursuivre son activité de certificateur pour ces produits, que les cantons renoncent à toute subvention de cette activité, que ce soit par des

---

moyens financiers ou par la mise à disposition d'infrastructures ou de ressources en personnel.

B 2	<b>7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi</b>
B 2.7	<b>1. Vorentwurf für ein Advokaturgesetz im Kanton Basel-Stadt</b>

*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 4. Februar 2002*

### **1. Honorarordnung**

Für die Honorierung der Anwältinnen und Anwälte sind in Paragraf 15 des vorgelegten Entwurfes zwei Varianten vorgesehen.

Gemäss **Variante I** richtet sich die Honorierung nach einer entsprechenden Vereinbarung zwischen dem Anwalt und der vertretenen Partei. Für den Fall der Überschreitung des Rahmens der Honorarordnung ist ein Höchstbetrag zu fixieren oder in Prozenten des Honorars anzugeben, um wie viel das Honorar höher sein kann. Wurde keine Vereinbarung getroffen, kommt die Honorarordnung zur Anwendung.

Diese Variante ermöglicht eine Honorierung, die den Eigenheiten im Einzelfall gerecht wird, das heisst eine Honorierung, die sich nach dem Wert der Arbeit, der Komplexität der Materie sowie der Bedeutung des Auftrages für den Klienten, der mit dem Auftrag verbundenen Verantwortung und den finanziellen Verhältnissen des Mandanten bestimmen lässt. Gegen eine subsidiäre Anwendbarkeit einer Honorarordnung ist aus der Sicht der Wettbewerbskommission nichts einzuwenden, weshalb wir der Auffassung sind, dass die Variante I des uns vorgelegten Entwurfes kartellgesetzkonform ist.

Demgegenüber ermöglicht **Variante II** das Abweichen von der Honorarordnung nur zu Gunsten des Mandanten, bildet also einen Maximaltarif. Solche Höchstansätze haben wie auch Rahmentarife zur Folge, dass sich ein bestimmtes Honorarniveau einstellt, welches einerseits nicht überschritten wird, andererseits führen Maximaltarife erfahrungsgemäss zugleich zu einer Angleichung der Honorare am oberen Tariflimit. Die Honorare sind deshalb nicht Resultat wirksamen Wettbewerbs beziehungsweise einer nach sachlichen Kriterien individuell bemessenen Tarifgestaltung, sondern Ergebnis einer gesetzlich



statuierten Wettbewerbsbeschränkung, die gegen den Zweck des Kartellgesetzes verstösst. Sowohl Rahmen- als auch Maximaltarife sind deshalb aus kartellrechtlichen Erwägungen abzulehnen.

Daraus folgt, dass der **Variante I** von Paragraph 15 des regierungsrätlichen Entwurfes der Vorzug zu geben ist.

## **2. Berufsmässige Vertretung/Eintragung in das kantonale Register (§§ 4 und 31)**

Gestützt auf Paragraph 4 des Entwurfes ist zur berufsmässigen Vertretung vor den Gerichten des Kantons Basel-Stadt nur befugt, wer in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen ist. Eine der Voraussetzungen für die Registrierung ist die Einreichung einer Unabhängigkeitserklärung.

Das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; nachfolgend: BGFA), welches durch den eingangs erwähnten Entwurf für ein Advokaturgesetz auf kantonaler Ebene ausgeführt werden soll, sieht für die im Rahmen des Anwaltsmonopols tätigen Rechtsanwälte in Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe d das Unabhängigkeitserfordernis vor. Nach dem Wortlaut von Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe d können Anwälte, die sich registrieren lassen wollen, nur Angestellte von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind. In der Botschaft zum BGFA wird allerdings festgehalten, dass Unabhängigkeit im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu verstehen ist und nicht zwingend bedeutet, dass ein Angestelltenverhältnis der Unabhängigkeit entgegensteht (vgl. Ziff. 17 der Botschaft zum BGFA vom 28. April 1999 mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dürfen Anwältinnen und Anwälte Klientinnen und Klienten ihres Arbeitgebers vor Gericht vertreten, solange keine Interessenkollision zwischen der Klientschaft und dem Arbeitgeber möglich ist. Die Gefahr eines Interessenkonflikts wurde bisher einzig bei Angestellten von Rechtsschutzversicherungen als wahrscheinlich qualifiziert (vgl. BGE 123 I 193).

Die Wettbewerbskommission vertritt die Auffassung, dass der Zugang zu den Registern allen Anwälten offen stehen soll, welche die in Artikel 7 und 8 des BGFA festgelegten fachlichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllen. Die Registrierfähigkeit ist deshalb - im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung - grundsätzlich auch angestellten Anwälten zuzubilligen.

Die Wettbewerbskommission regt an, die Vorgaben für die Unabhängigkeitserklärung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auszurichten. Die generelle Fernhaltung von angestellten Anwälten würde zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Bereich der Rechtsdienstleistungen führen, ohne dass diese sachlich gerechtfertigt wäre.

---

Die Unabhängigkeit ist sachlich korrekt als Vermeidung von Interessenkonflikten zu verstehen. Der Anwalt hat die Interessen seines Klienten ohne Beeinflussung durch Drittinteressen zu vertreten. Unabhängigkeit kann nicht dadurch sichergestellt werden, dass ein Anwalt, der berufsmässig Klienten vor Gerichten des Kantons vertritt, höchstens von einem selbstständig erwerbenden Anwalt angestellt sein kann. Eine solche rein organisatorische Massnahme ist nicht geeignet, die Unabhängigkeit des Anwaltes im Einzelfall zu gewährleisten. Das Bestehen von Interessenkonflikten ist nicht abhängig von einem Angestelltenverhältnis im arbeitsrechtlichen Sinn, sondern ist bei jeder selbstständigen Tätigkeit ebenso möglich, namentlich im Falle von wiederkehrenden oder dauernden Mandaten, bei Verbandstätigkeit oder Verwaltungsratsmandaten oder anderweitigen Bindungen.

Das Unabhängigkeitserfordernis, verstanden als selbstständige Tätigkeit eines Anwaltes (oder beschränkt auf Anstellungen bei selbstständig tätigen Anwälten), verhindert mögliche Effizienzgewinne durch Anwälte, die aufgrund der Zusammenarbeit mit anderen Berufsgruppen über Spezialwissen verfügen, und ist deshalb abzulehnen.

### **3. Geltungsbereich der Berufsregeln (§ 18)**

Nach Auffassung der Wettbewerbskommission ist es nicht gerechtfertigt, denjenigen Anwälten, die nicht im Monopolbereich tätig sind, dieselben Regeln aufzuerlegen wie denjenigen, die in diesem Bereich tätig sind. Dagegen sprechen nach Ansicht der Wettbewerbskommission bereits Gründe der Durchsetzbarkeit.

Zudem bilden nach der vorgesehenen Konzeption des BGFA die Berufsregeln das Korrelat zum Monopolbereich. Nur die berufsmässige Vertretung von Klienten vor Gericht soll danach durch gewisse Berufsregeln wie namentlich die Unabhängigkeit geschützt werden. Dies ist sachlich richtig, weil im gerichtlichen Verfahren die unterliegende Partei durch ein entsprechendes Urteil aus einer anwaltlichen Leistung verpflichtet werden kann, die sie nicht selbst vereinbart hat.

Bei einer Anwendung der Berufsregeln auf die nicht registrierten Anwälte wäre jedenfalls zu konkretisieren, welche Berufsregeln im Einzelnen anwendbar sein sollen. Gerade das Erfordernis der Unabhängigkeit dürfte nicht auf die ausserhalb des Monopolbereichs tätigen Anwälte ausgedehnt werden, da dieses Erfordernis letztlich den Unterschied zwischen den zwei Kategorien begründet und nach heutigem Stand der Rechtsprechung zumindest den in Rechtsschutzversicherungen tätigen Anwälten verunmöglichen würde, Rechtsberatungen vorzunehmen. Die zwingende Überweisung jedes Beratungsmandates an einen im vom BGFA vorgesehenen Register eingetragenen Anwalt wäre in zahlreichen Fällen ineffizient.

Nach der Konzeption des BGFA ist der Bereich der Rechtsberatung im Gegensatz zur forensischen Tätigkeit nicht reguliert. Eine Regulierung

---

in diesem Bereich auf kantonaler Stufe ist nach Auffassung der Wettbewerbskommission abzulehnen. Im Bereich der Rechtsberatung besteht in jedem Fall für die Nachfrager von Rechtsberatungsdienstleistungen Wahlfreiheit in Bezug auf den Dienstleistungserbringer. Ein Klient, der sicherstellen will, dass ein von ihm beigezogener Anwalt den Berufsregeln unterworfen ist, wird sich an einen Anwalt wenden, der im Register erfasst ist.

#### 4. Zusammenfassend

regt die Wettbewerbskommission an:

- ?? Variante I von Paragraf 15 des regierungsrätlichen Entwurfes in das neue Advokaturgesetz aufzunehmen,
- ?? die Registrierfähigkeit der Anwälte nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorzusehen, das heisst, angestellte Anwälte mit Ausnahme der Angestellten einer Rechtsschutzversicherung zur Registrierung zuzulassen,
- ?? die Berufsregeln auf registrierte Anwälte zu beschränken.

B 2.7	<b>2. Vorentwurf für ein Anwaltsgesetz im Kanton Zürich</b>
-------	---

*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 17. Dezember 2001*

#### 1. Unabhängigkeit/Anwaltsmonopol (§ 3 und 4 Vorentwurf)

Das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; nachfolgend: BGFA), welches durch den eingangs erwähnten Vorentwurf für ein Anwaltsgesetz (nachfolgend: Vorentwurf) auf kantonaler Ebene ausgeführt werden soll, sieht für die im Rahmen des Anwaltsmonopols tätigen Rechtsanwälte in Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe d das Unabhängigkeitserfordernis vor. Der Monopolbereich ist im BGFA nicht festgelegt. Die Kompetenz zur Festlegung des Monopolbereichs liegt bei den Kantonen.

Betreffend Unabhängigkeit sieht das BGFA in Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe d vor, dass Anwälte, die sich registrieren lassen wollen, nur Angestellte von Personen sein können, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind. In der Botschaft zum BGFA wird demgegenüber festgehalten, dass Unabhängigkeit im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu verstehen ist und nicht zwingend bedeutet, dass ein Angestelltenverhältnis der Unabhängigkeit entgegensteht (vgl. Ziff. 17 der Botschaft zum BGFA vom 28. April 1999 mit Verweis

auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Insbesondere dürfen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Anwältinnen und Anwälte Klientinnen und Klienten ihres Arbeitgebers vor Gericht vertreten, solange keine Interessenkollision zwischen der Klientschaft und dem Arbeitgeber möglich ist. Die Gefahr eines Interessenkonflikts wurde bisher einzig bei Angestellten von Rechtsschutzversicherungen als wahrscheinlich qualifiziert (vgl. BGE 123 I 193).

Die Wettbewerbskommission vertritt die Auffassung, dass der Zugang zu den Registern allen Anwälten offen stehen soll, welche die in Artikel 7 und 8 des BGFA festgelegten fachlichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllen. Die Registrierfähigkeit ist deshalb - im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung - grundsätzlich auch angestellten Anwälten zuzubilligen. Die generelle Fernhaltung von angestellten Anwälten führt zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Bereich der Rechtsdienstleistungen, ohne dass diese sachlich gerechtfertigt wäre. Die Unabhängigkeit ist sachlich korrekt als Vermeidung von Interessenkonflikten zu verstehen. Der Anwalt hat die Interessen seines Klienten ohne Beeinflussung durch Drittinteressen zu vertreten. Dies soll nun mit dem Vorentwurf dadurch sichergestellt werden, dass ein Anwalt, der berufsmässig Klienten vor Gerichten des Kantons vertritt, höchstens von einem selbstständig erwerbenden Anwalt angestellt sein kann. Diese rein organisatorische Massnahme ist jedoch nicht geeignet, die Unabhängigkeit des Anwaltes im Einzelfall sicherzustellen. Das Bestehen von Interessenkonflikten ist nicht abhängig von einem Angestelltenverhältnis im arbeitsrechtlichen Sinn, sondern ist bei jeder selbstständigen Tätigkeit ebenso möglich, namentlich im Falle von wiederkehrenden oder dauernden Mandaten, bei Verbandstätigkeit oder Verwaltungsratsmandaten oder anderweitigen Bindungen.

Das Unabhängigkeitserfordernis, verstanden als selbstständige Tätigkeit eines Anwaltes (oder beschränkt auf Anstellungen bei selbstständig tätigen Anwälten), verhindert mögliche Effizienzgewinne durch Anwälte, die aufgrund der Zusammenarbeit mit anderen Berufsgruppen über Spezialwissen verfügen, und ist deshalb abzulehnen.

Betreffend den Umfang des Monopolbereichs befürwortet die Wettbewerbskommission, den Geltungsbereich des Anwaltsmonopols gegenüber der heute geltenden Regelung mit Sicherheit nicht auszuweiten, sondern auf das Minimum einzuschränken.

Im Falle einer Ausdehnung des Anwaltsmonopols auf Verfahren vor Verwaltungsgericht und/oder Sozialversicherungsgericht befürwortet die Wettbewerbskommission die Zulassung auch von Personen mit spezifischen Kenntnissen zur berufsmässigen Vertretung vor Gerichten.

---

## **2. Geltungsbereich der Berufsregeln (§ 12 Vorentwurf)**

Nach Auffassung der Wettbewerbskommission ist es nicht gerechtfertigt, denjenigen Anwälten, die nicht im Monopolbereich tätig sind, dieselben Regeln aufzuerlegen wie denjenigen, die in diesem Bereich tätig sind. Dagegen sprechen nach Ansicht der Wettbewerbskommission bereits Gründe der Durchsetzbarkeit.

Zudem bilden nach der vorgesehenen Konzeption des BGFA die Berufsregeln das Korrelat zum Monopolbereich. Nur die berufsmässige Vertretung von Klienten vor Gericht soll danach durch gewisse Berufsregeln wie namentlich die Unabhängigkeit geschützt werden. Dies ist sachlich richtig, weil im gerichtlichen Verfahren die unterliegende Partei aus einer anwaltlichen Leistung verpflichtet werden kann, die sie nicht selbst eingegangen ist.

Bei einer Anwendung der Berufsregeln auf die nicht registrierten Anwälte wäre jedenfalls zu konkretisieren, welche Berufsregeln im Einzelnen anwendbar sein sollen. Gerade das Erfordernis der Unabhängigkeit dürfte nicht auf die nicht im Monopolbereich tätigen Anwälte ausgedehnt werden, da dieses Erfordernis letztlich den Unterschied zwischen den zwei Kategorien begründet und nach heutigem Stand der Rechtsprechung zumindest den in Rechtsschutzversicherungen tätigen Anwälte verunmöglichen würde, Rechtsberatungen vorzunehmen. Die Überweisung jedes Beratungsmandates an einen im vom BGFA vorgesehenen Register eingetragenen Anwalt wäre in zahlreichen Fällen ineffizient.

Nach der Konzeption des BGFA ist der Bereich der Rechtsberatung im Gegensatz zur forensischen Tätigkeit nicht reguliert. Eine Regulierung in diesem Bereich auf kantonaler Stufe ist nach Auffassung der Wettbewerbskommission abzulehnen. Im Bereich der Rechtsberatung besteht in jedem Fall für die Nachfrager von Rechtsberatungsdienstleistungen Wahlfreiheit in Bezug auf den Dienstleistungserbringer. Ein Klient, der sicherstellen will, dass ein von ihm beigezogener Anwalt den Berufsregeln unterworfen ist, wird sich an einen Anwalt wenden, der im Register erfasst ist.

## **3. Erfordernis Lizenzpatent/Schenkpatent (§ 6 und 47 Vorentwurf)**

Bei der Frage, ob das Bestehen eines Lizenzpatentes eine Bedingung für den Erwerb des Anwaltspatentes darstellen soll, ist aus wettbewerbsrechtlichen Überlegungen entscheidend, dass es sich ausschliesslich um ein sachliches Kriterium handelt. Wird davon ausgegangen, dass nur das Lizenzpatent an einer Rechtsfakultät einer Universität Garant dafür ist, dass die für den Erwerb des zürcherischen Anwaltspatentes erforderlichen rechtlichen Kenntnisse bestehen, rechtfertigt es sich, das Lizenzpatent oder einen gleichwertigen Abschluss als Voraussetzung für den Erwerb des Patentbesitzes zu statuieren.

---

Aus den Erläuterungen zum Vorentwurf geht zu dieser Frage jedoch hervor, dass nach Ansicht des zürcherischen Gesetzgebers insbesondere Inhaber des Notariatspatentes in gewissen Fällen über genügende Rechtskenntnisse verfügen, um zur Anwaltsprüfung zugelassen zu werden. Der Vorentwurf sieht demgegenüber in Paragraf 6 vor, dass Bewerber (ohne Lizenziat) zur Anwaltsprüfung zugelassen werden können, sofern sie neben einer guten Allgemeinbildung über ein ausreichendes juristisches Studium verfügen. Aus dem vorliegenden Vorentwurf und Erläuterungen dazu kommt deshalb nicht klar zum Ausdruck, welches die möglichen Alternativen zum Lizenziat sind, die die Zulassung zur Anwaltsprüfung ermöglichen. Die Wettbewerbskommission regt an, die Voraussetzungen zur Zulassung zur Anwaltsprüfung nach Paragraf 6 des Vorentwurfes, namentlich das Erfordernis des "ausreichenden juristischen Studiums" explizit auszuformulieren (z.B. Anzahl und Art der besuchten Vorlesungen/schriftliche Arbeiten oder Dauer der Praxis im Bereich Rechtsberatung o.ä.).

Dieselben Überlegungen sind im Hinblick auf das Schenkpatent anzustellen. Falls die Vergangenheit gezeigt hat, dass Anwälte, die im Besitz eines Schenkpatentes sind, die fachlichen Voraussetzungen für die Ausübung des Anwaltsberufes erfüllen, ist gegen eine solche Erteilung eines Patents nichts einzuwenden. Auch hier empfiehlt sich allerdings eine klare Umschreibung der Voraussetzungen (Bildungsgang und "erfolgreiche Tätigkeit"), unter welchen ein solches Schenkpatent erteilt wird.

#### **4. Zusammenfassend**

regt die Wettbewerbskommission an:

- ?? den Monopolbereich auf das Minimum der gerichtlichen Verfahren zu beschränken,
  - ?? die Registrierfähigkeit der Anwälte nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorzusehen, das heisst, angestellte Anwälte mit Ausnahme der Angestellten einer Rechtsschutzversicherung zur Registrierung zuzulassen,
  - ?? die Berufsregeln nicht auf nicht registrierte Anwälte auszudehnen,
  - ?? die Frage nach der Zulassung zur Anwaltsprüfung ohne Lizenziat nach sachlichen Kriterien zu beantworten und die Kriterien einzeln zu nennen.
-

B 2.7	<b>3. Procédure de consultation: Révision de l'ordonnance sur la Poste</b>
-------	--

*Entwürfe von rechtssetzenden Erlassen; Art. 46 Abs. 2 KG*

*Projets d'actes normatifs; art. 46 al. 2 LCart*

*Disegni di atti normativi; art. 46 cpv. 2 LCart*

*Préavis de la Commission de la concurrence du 23 mai 2002*

### **1. Généralités - Besoins de révision**

La Poste doit assurer la distribution des journaux et périodiques dans le cadre du service non réservé (art. 4 Ordonnance sur la Poste, OPO). Elle doit en outre appliquer des tarifs préférentiels à la distribution de journaux et périodiques dans le cadre du soutien à la diversité de la presse (art. 15 Loi sur la Poste, LPO et 11 OPO). Les coûts non couverts résultant de ce soutien sont pris en charge par la Confédération, à hauteur de CHF 100 mio. par année. La révision proposée vise en premier lieu à réduire ces coûts d'environ CHF 20 mio. annuellement, tout en assurant un meilleur soutien à la presse régionale et locale.

Dans le cadre des prix préférentiels pour la distribution des journaux et périodiques, la Poste accorde actuellement des réductions supplémentaires sous la forme d'une prime de fidélité, dès lors que la distribution de plus de 50% des exemplaires d'un journal ou périodique lui sont confiés en propre ou à l'une de ses filiales.

En août 2000, la Commission de la concurrence a mené une étude qui a permis de mettre en lumière les distorsions à la concurrence engendrées par ce système de primes de fidélité.

Ces distorsions apparaissent essentiellement dans la distribution matinale de journaux et périodiques (service libre de la Poste). En effet, les entreprises privées actives dans la distribution matinale des quotidiens et périodiques se voient contraintes, pour être compétitives, non seulement d'offrir leurs services à des prix inférieurs à ceux de la Poste, mais également de prendre en compte le fait que, du fait de confier la distribution matinale à une entreprise privée indépendante de la Poste, les éditeurs perdent une partie du moins de la réduction de tarif dans la distribution normale de leurs quotidiens et périodiques découlant du système de prime de fidélité. Ce système introduit dès lors des barrières à l'entrée supplémentaires pour les entreprises privées sur le marché libre de la distribution matinale de journaux.

En conséquence, la Commission de la concurrence avait adressé une recommandation au Conseil fédéral. Elle proposait une modification de la loi sur la poste, abandonnant le système des aides indirectes à la presse en le remplaçant par un système d'aides directes, plus ciblées, afin de soutenir la diversité de la presse d'une manière plus transpa-

rente et d'éliminer des distorsions à la concurrence dans la distribution de journaux et périodiques (DPC 2000/3, p. 457 ss.).

## **2. Révision de l'OPO**

La révision envisagée ne modifie pas fondamentalement le système d'aide à la presse. Le système d'aide indirecte, fondé sur l'article 15 LPO, est maintenu alors que la Commission de la concurrence préconisait en août 2000 déjà de s'écarter de ce système et de mettre en place un soutien direct à la presse, nécessitant une révision de la loi.

La révision de l'ordonnance est, du point de vue de la Commission de la concurrence, dès lors insuffisante. Elle ne permet en particulier pas d'éliminer les distorsions à la concurrence mises en lumière dans la recommandation de la Commission de la concurrence.

Par ailleurs, en admettant que seule une révision de l'ordonnance était nécessaire, la révision proposée n'est pas assez ambitieuse. En effet, il aurait été possible, tout en restant dans le cadre légal de l'article 15 LPO, de mettre en place une régulation plus respectueuse de la concurrence (cf. arrêts du Tribunal fédéral du 12 juin 1998).

## **3. Primes de fidélité**

La révision envisagée ne tient que dans une moindre mesure compte de la recommandation de la Commission de la concurrence, s'agissant des primes de fidélité. Elle ne permet pas dès lors pas d'éliminer les distorsions de la concurrence, contrairement à ce qui est soutenu dans le rapport explicatif.

La révision ne fait pas disparaître le système des primes de fidélité. Elle ne fait qu'abandonner la règle selon laquelle le montant du rabais est calculé en fonction de la part du tirage transporté par la Poste et ses filiales. Cette modification ne permet pas de réduire la distorsion à la concurrence de manière satisfaisante, dans la mesure où les autres entreprises actives dans le domaine de la distribution de quotidiens et périodiques doivent toujours faire face à un concurrent qui, outre les rabais de quantité octroyés, dispose d'une garantie de l'Etat pour la couverture de ses frais.

En outre, même en maintenant le système des primes de fidélité, il aurait été possible, tout en restant dans le cadre de la loi (art. 15 LPO) d'aménager une réglementation plus souple, notamment une gradation plus fine des rabais liés au système de primes de fidélité (cf. arrêts du Tribunal fédéral du 12 juin 1998).

## **4. Risques de nouvelles distorsions de la concurrence**

Outre le fait que la révision envisagée ne résout pas les problèmes existants en relation avec les distorsions de concurrence, elle comporte le risque d'introduire de nouvelles discriminations, contraires aux principes de concurrence.

---



- En premier lieu, la révision fixe une limite à 300'000 exemplaires, au-delà de laquelle une publication ne peut plus bénéficier d'un soutien. Cette limite est largement arbitraire et ne peut être expliquée en dehors d'un souci de réaliser des économies et de réduire le montant des subventions indirectes à la presse d'environ CHF 20 mio. par année.

Le rapport explicatif justifie cette limite par le fait que "les journaux et périodiques tirés à un grand nombre d'exemplaires n'ont pas besoin de soutien", et que "les prix préférentiels ne revêtent généralement pas une grande importance économique pour ces produits". Ceci ne permet toutefois pas d'expliquer pourquoi ce seuil précis a été choisi. En particulier, on notera que tous les grands quotidiens suisses ont un tirage inférieur à cette limite (p. ex.: Tages Anzeiger 270'000 exemplaires).

- La révision introduit une distinction entre les journaux et périodiques en abonnement et les journaux et périodiques pouvant bénéficier d'une aide. Les journaux en abonnement font partie du service non réservé de la Poste. Ce service doit donc être fourni par la Poste dans le cadre du service postal universel, mais en concurrence avec d'autres entreprises. On ne voit pas de justification au fait que les journaux et périodiques en abonnement, quand bien même ils ne peuvent pas bénéficier d'une aide en raison des nouveaux critères de l'article 11 P-OPO, doivent toutefois faire partie du service universel de la Poste.

Le transport et la distribution des journaux et périodiques ne pouvant bénéficier d'aucune aide, qu'ils soient en abonnement ou non, devraient dès lors faire partie du service libre de la Poste.

- Dans la détermination du tirage déterminant pour pouvoir bénéficier d'une aide générale (art. 11 al. 1 P-OPO) ou spécifique à la presse régionale et locale (art. 11 al. 2 P-OPO), la révision introduit une inégalité de traitement entre les journaux fonctionnant selon le "Kopfblattsytem" et ceux fonctionnant avec des "Mantelverträge".

En effet, la révision prévoit que "les éditions régionales d'un produit de presse de seront pas prises en compte séparément. Les éditions régionales des pages de titre seront donc comprises dans le calcul du tirage global". En revanche, seront traités séparément les "éditeurs qui coopèrent dans plusieurs secteurs sous le couvert de contrats-cadre pour autant qu'ils soient indépendants du point de vue économique et rédactionnel".

Le rapport explicatif indique en outre que "les modèles de coopération qui se justifient économiquement, par exemple dans le domaine de la production, seront toujours possibles. Ceci risque de créer une régulation asymétrique, dans la mesure où, outre la Loi

sur les cartels, l'ordonnance sur la Poste définit quels types de coopérations entre éditeurs sont possibles, en tant qu'elles sont "justifiées économiquement".

- Enfin, il est à craindre que la Poste ne compense la perte de subventions dans ce domaine par le biais des produits réalisés dans le domaine en monopole, si les postes de travail devenant superflus dans le secteur de la distribution de journaux et périodiques ne peuvent être supprimés. Un tel subventionnement croisé pourrait s'avérer problématique de point de vue de la concurrence.

## **5. Remarques finales**

La Commission de la concurrence maintient que le système d'aides indirectes à la presse tel qu'il existe actuellement n'est pas judicieux. Il crée de nombreuses restrictions de concurrence dans les marchés annexes à celui qui doit être soutenu (distribution etc.). Ces restrictions pourraient être évitées en mettant sur pied un système d'aides directes à la presse, par le biais d'une subvention allouée directement aux éditeurs. Si une restriction à la concurrence doit être introduite dans la législation afin de garantir un intérêt public supérieur, il vaut mieux qu'elle agisse directement dans le domaine où elle est souhaitée. Toute solution intermédiaire, telle celle proposée par la révision de l'OPO n'est pas souhaitable.

Si les mesures proposées par la sous-commission Médias et démocratie de la Commission des institutions politiques du Conseil national, visant l'ensemble des médias et non seulement la presse écrite, nécessitent l'introduction d'une base constitutionnelle, on peut se poser la question de savoir sur quelle base repose la réglementation actuelle d'aide indirecte à la presse écrite. Il apparaît que pour un soutien indirect, une telle base n'est pas nécessaire. Un changement de système dans le cadre de la presse écrite devrait dès lors être déjà possible aujourd'hui.

---

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

B 3	<b>1. Rhône-Poulenc S.A., Merck &amp; Co. Inc.</b>
-----	--

*Décision sur recours du 7 mars 2002 en la cause Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc., contre la Commission de la concurrence, Effingerstrasse 27, 3003 Berne (décision du 21 décembre 1998) en matière de concentration d'entreprises (sanctions administratives)*

**Vu les faits suivants:**

A. Le 23 mai 1997, les entreprises Rhône-Poulenc S.A., et Merck & Co. Inc. ont conclu un accord portant sur le regroupement d'une partie de leurs activités (santé animale et génétique avicole) au sein d'une nouvelle entreprise commune du nom de Z, domiciliée à L. En 1996, Rhône-Poulenc S.A. avait réalisé en Suisse un chiffre d'affaires de CHF [...] mio., dont environ CHF [...] pour les secteurs concernés par le regroupement, alors que Merck & Co. Inc. avait obtenu respectivement des chiffres d'affaires de CHF [...] mio. et CHF [...] environ. Sur le plan mondial, le chiffre d'affaires de Rhône-Poulenc S.A. s'élevait à [...] mia. ECU ([...] mia. de FF) et celui de Merck & Co. Inc. atteignait [...] mia. ECU ([...] mia. de US\$).

Le 2 juillet 1997, la Commission européenne a déclaré que le regroupement en cause était compatible avec le marché commun. Les entreprises prénommées ont notifié l'opération Z au Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le Secrétariat) en date du 8 juillet 1997. Elles précisaient notamment qu'elles souhaitaient réaliser ladite opération au 1<sup>er</sup> août 1997.

Le Secrétariat a estimé que la notification était incomplète s'agissant notamment de la définition des marchés de produits en question et des indications ou des estimations sur les parts de marché suisse des entreprises participantes; il a demandé dans des courriers successifs des informations complémentaires aux prénommées. Le 5 août 1997, le Secrétariat a estimé que la notification était complète et a fixé au 1<sup>er</sup> août 1997 le point de départ du délai d'un mois pour l'ouverture de la procédure d'examen.

Le 1<sup>er</sup> août 1997, Rhône-Poulenc S.A. et Merck & Co. Inc. ont réalisé l'opération de concentration. Le 5 août 1997, elles ont déclaré vouloir s'assurer qu'aucune vente ne sera effectuée en Suisse durant ce mois d'août.

Dans sa prise de position du 18 août 1997, la Commission de la concurrence a conclu, à l'issue de l'examen préalable, que la concentration ne créait ni ne renforçait une position dominante sur les marchés des parasitocides et de la génétique avicole.

Le Secrétariat a informé Rhône-Poulenc S.A. et Merck & Co. Inc. le 1<sup>er</sup> octobre 1997 qu'une procédure de sanctions administratives avait été ouverte contre elles. Suite à la prise de position des entreprises pré-nommées le 16 octobre 1997 sur ladite procédure, la Commission de la concurrence leur a soumis son projet de décision, le 16 décembre 1997, dans lequel une sanction de CHF [...] a été fixée à la charge de chacune des sociétés. Ces dernières ont communiqué, en date du 22 janvier 1998, leurs observations au Secrétariat.

B. Par décision du 16 février 1998, notifiée le 24 mars 1998, la Commission de la concurrence a astreint les sociétés Rhône-Poulenc S.A. et Merck & Co. Inc. au paiement d'une somme de CHF [...] chacune pour avoir contrevenu à l'interdiction provisoire de réaliser l'opération de concentration pendant le délai d'un mois prévu par la législation applicable. S'agissant de la faute, elle se réfère aux travaux préparatoires desquels il ressort clairement, selon elle, que le législateur n'entendait pas faire intervenir cette notion dans l'appréciation du montant de la sanction.

Les sociétés Rhône-Poulenc S.A. et Merck & Co. Inc. ont recouru en date du 5 mai 1998 contre cette décision auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence (ci-après: la Commission de céans) en concluant principalement à son annulation et subsidiairement à la réduction des amendes infligées.

Par courrier du 15 octobre 1998, les recourantes ont attiré l'attention de la Commission de céans sur la nouvelle pratique de l'autorité intimée en matière de sanctions administratives. Selon cette nouvelle pratique, l'importance des entreprises s'apprécie en regard de leur chiffre d'affaires annuel réalisé en Suisse. Elles soutiennent qu'il s'agit d'un revirement important affectant leur cause, la décision attaquée s'étant fondée sur le chiffre d'affaires international.

Le 21 décembre 1998, la Commission de la concurrence a décidé, en modification du chiffre 1 de sa décision du 16 février 1998, de réduire les amendes fixées à respectivement CHF [...] pour Rhône-Poulenc S.A. et CHF [...] pour Merck & Co. Inc.

C. Par écritures du 28 janvier 1999, Rhône-Poulenc S.A. et Merck & Co. Inc. (ci-après: les recourantes) ont estimé qu'il est douteux que la Commission de la concurrence ait été habilitée à rendre une nouvelle décision. Elles soutiennent que les amendements apportés par la décision du 21 décembre 1998 n'ont pas dépourvu le recours de son objet car les conclusions de leur mémoire tendent à l'annulation pure et simple de la décision du 16 février 1998 et des sanctions imposées. Elles

---

demandent à la Commission de céans de traiter le recours introduit le 5 mai 1998.

Par décision du 29 avril 1999, la Commission de céans a déclaré ce recours sans objet et radié l'affaire du rôle. Elle a estimé que l'autorité intimée avait procédé à un réexamen de la décision attaquée et, au vu de l'ampleur des réductions opérées sur les sanctions administratives, rendu une nouvelle décision.

Le 7 juin 1999, la Commission de céans a informé les recourantes que leur courrier du 28 janvier 1999 était considéré comme un recours et leur a demandé de préciser leurs motifs et conclusions. Par mémoire complémentaire du 28 juin 1999, elles l'ont fait ainsi:

Principalement:

1. Annuler la décision du 21 décembre 1998 rendue par la Commission fédérale de la concurrence dans la procédure de sanctions administratives ouverte contre les recourantes.
2. Libérer chacune des recourantes de toute sanction.
3. Condamner la Commission fédérale de la concurrence en tous les dépens, lesquels comprendront une équitable participation aux honoraires d'avocat des recourantes.

Subsidiairement:

1. Réduire l'amende infligée à chacune des recourantes par la Commission fédérale de la concurrence dans sa décision du 21 décembre 1998.
2. Condamner la Commission fédérale de la concurrence en tous les dépens, lesquels comprendront une équitable participation aux honoraires d'avocat des recourantes.

Complétant leurs écritures, elles ont invoqué le formalisme excessif de l'autorité intimée qui, à plusieurs reprises, leur aurait réclamé des pièces justificatives figurant déjà, selon elles, au dossier annexé à la notification.

Au sujet des conditions d'application de la sanction administrative, elles ont observé de façon générale que le silence du législateur quant à la notion de faute ne signifiait pas qu'il entendait sanctionner les entreprises indépendamment de toute faute. Elles ont soutenu que la décision litigieuse ne tenait pas compte de la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle c'est surtout en fonction de la gravité de la sanction qu'une poursuite sera considérée comme pénale, quelle que soit la qualification conférée par le droit interne. Elles ont soutenu l'avis que la sanction qui leur avait été infligée était de nature pénale et non administrative. Elles ont estimé qu'en l'absence de faute de leur part - soulignant avoir pris toutes les précautions nécessaires en suspendant leurs ventes vers la Suisse à partir du 1<sup>er</sup> août 1997 - aucune

---

sanction ne se justifiait. S'agissant des autres conditions d'application posées en matière de sanctions administratives à savoir l'obligation de notifier et la violation de l'interdiction de réalisation provisoire, elles ont affirmé qu'elles n'étaient pas réunies en l'espèce.

D. Dans sa réplique du 5 août 1999, la Commission de la concurrence conclut au rejet du recours. En cas de besoin, elle requit une mesure d'instruction relative aux allégations des recourantes sur la suspension de leurs ventes vers la Suisse dès le 1<sup>er</sup> août 1997. Elle soutient que la notification effectuée par les recourantes en date du 8 juillet 1997 était tardive. A ce sujet, elle souligna que les recourantes n'étaient pas censées ignorer qu'une notification opérée à cette date fixait au 11 août 1997 au plus tôt l'échéance du délai d'un mois prévu par la loi pour l'ouverture de la procédure d'examen.

L'autorité intimée affirma qu'il était faux de prétendre qu'elle avait procédé avec formalisme excessif dans la mesure où la notification des recourantes était incomplète sur plusieurs points essentiels.

Quant à la notion de faute, elle soutient qu'il n'était pas adéquat de la prendre en considération dans l'examen de la proportionnalité de la sanction motif pris qu'elle constitue une notion trop floue dont l'appréciation se heurterait à des difficultés disproportionnées ne permettant alors plus un contrôle préventif des concentrations.

E. Par courrier du 7 septembre 1999, les recourantes ont renoncé à un deuxième échange d'écritures.

Le 22 juin 2000, la Commission de céans a informé les recourantes qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner des débats publics.

F. Le 4 juillet 2000, la Commission de céans a admis le recours et annulé la décision du 21 décembre 1998. Au motif que les règles sur la notification des opérations de concentration n'étaient pas applicables dès lors qu'aucun indice ne laissait supposer que le regroupement en cause serait en mesure d'influencer de manière sensible la concurrence en Suisse, elle a estimé qu'il n'était par conséquent pas nécessaire d'examiner s'il y avait eu contravention à l'interdiction de réalisation provisoire prévue par la loi sur les cartels et si, le cas échéant, les sanctions prononcées étaient justifiées.

G. Par décision du 24 avril 2001, le Tribunal fédéral a admis un recours de droit administratif déposé par le Département fédéral de l'économie; il a annulé la décision attaquée et renvoyé l'affaire à la Commission de céans pour nouvelle décision.

H. Le 7 mai 2001, les recourantes ont été invitées à produire, le cas échéant, des écritures complémentaires et à verser une avance de frais qui a été payée le 16 mai 2001.

---

Les recourantes ont renoncé, le 31 mai 2001, à déposer des écritures complémentaires; elles se réfèrent au document produit le 28 juin 1999.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

### **Considérant en droit:**

1. Dans sa décision du 24 avril 2001, le Tribunal fédéral a jugé que les recourantes sont assujetties à la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart; RS 251) et qu'elles ont l'obligation d'annoncer leurs opérations de concentration même si elles ont leur siège à l'étranger (art. 2 al. 2 et 9 al. 1 LCart). Partant, il a renvoyé la cause à la Commission de céans afin qu'elle se prononce sur les sanctions infligées aux recourantes pour violation de l'interdiction provisoire de réaliser la concentration (art. 32 al. 2 LCart).

Il sied donc d'examiner s'il y a eu contravention à l'interdiction provisoire prévue à l'article 32 alinéa 2 LCart; ensuite, si les sanctions sont justifiées (grief de formalisme excessif et rôle de la faute notamment); enfin, s'il y a adéquation des montants fixés à la contravention.

2. Les recourantes ont-elles contrevenu à l'article 32 alinéa 2 LCart?

2.1. Conformément à l'article 9 alinéa 1 LCart, les opérations de concentration d'entreprises doivent être notifiées avant leur réalisation à la Commission de la concurrence. A réception de cette notification, la commission décide s'il y a lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration. La commission communique, dans le délai d'un mois à compter de la notification de l'opération de concentration, l'ouverture de l'examen de la concentration aux entreprises participantes. Faute de communication dans ce délai, la concentration peut être réalisée sans réserve. Les entreprises participantes s'abstiennent de réaliser la concentration pendant le délai d'un mois suivant sa notification, à moins que, à leur requête, la commission ne les ait autorisées à le faire pour des motifs importants (art. 32 LCart). L'entreprise qui aura réalisé une concentration sans procéder à la notification dont elle aurait dû faire l'objet ou n'aura pas observé l'interdiction provisoire de réaliser la concentration sera tenue au paiement d'un montant de CHF 1 mio. au plus (art. 51 al. 1 LCart).

2.2. Les recourantes affirment avoir eu, fin juillet et début août 1997, des échanges téléphoniques avec des membres du Secrétariat à l'occasion desquels fut abordée la question de l'interruption des ventes en Suisse entre le 1<sup>er</sup> août 1997 (date de la réalisation de la concentration) et le 18 août 1997 (date à laquelle on prévoyait que la Commission de la concurrence se prononcerait).

---

La Commission de la concurrence ne conteste pas que ces échanges aient eu lieu. Elle relève cependant que les membres du Secrétariat n'ont à aucun moment donné des assurances et souligne qu'elle était elle-même l'autorité de décision, non le Secrétariat, ce qui fut indiqué aux recourantes par lettre du 11 juillet 1997.

Les entreprises recourantes allèguent qu'elles ont réalisé l'opération de concentration de leurs activités à l'étranger tout en suspendant leurs ventes en Suisse. L'opération n'aurait entraîné aucun regroupement d'activités sur le territoire suisse, soit aucune modification de nature structurelle. Pour les recourantes, les seuls effets sur le marché suisse résultent des ventes de produits non-concurrents effectuées en Suisse. En interrompant les ventes, il n'y aurait eu aucun acte de réalisation sur le territoire helvétique.

Selon les recourantes, la préservation de la concurrence sur le marché suisse n'exige pas des autorités suisses qu'elles réglementent les actes de réalisation à l'étranger lorsque ceux-ci n'ont pas d'effet en Suisse: "La décision de soumettre à notification une opération étrangère peut être conforme aux principes du droit international public sans que l'interdiction générale de réalisation de cette opération le soit nécessairement". Les recourantes relèvent enfin que les autorités allemandes dissocient, d'une part, l'obligation de notifier et la réalisation de l'opération, et, d'autre part, les actes de réalisation sur territoire allemand et les actes de réalisation sur territoire étranger.

Pour sa part, la Commission de la concurrence relève que les recourantes méconnaissent la nature du contrôle des concentrations qui concerne en premier lieu les changements structurels. Selon elle, l'autorité est en mesure de dire "qu'il n'y a rien à concentrer en Suisse une fois l'opération examinée". Et elle ajoute qu'elles ont complètement ignoré le délai d'un mois prévu à l'article 32 alinéa 2 LCart.

L'article 32 alinéa 2 LCart ordonne aux entreprises participantes de s'abstenir de réaliser la concentration pendant le délai d'un mois suivant sa notification. La concentration est réalisée lorsqu'est passé l'acte juridique qui consomme le regroupement de deux ou plusieurs entreprises (HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zurich, 1997; ci-après: commentaire HOMBURGER, ad Art. 32, Rz. 23).

Le Règlement CE no 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentrations entre entreprises dispose, en son article 3 qu'une opération de concentration est réalisée "a) lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent" (voir aussi, mutatis mutandis, le message du Conseil fédéral du 13 juin 2000 concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert du patrimoine [FF 2000 V 3995 ss.] qui définit la fusion comme "la réunion juridique de deux sociétés ou plus" [FF 2000 V 4046]).

---



L'examen des concentrations d'entreprises porte sur l'analyse du ou des marchés affectés par l'opération afin de vérifier que la nouvelle structure permette le maintien d'une concurrence efficace. Dès lors, une même opération entre deux entreprises peut fort bien être théoriquement autorisée dans le cadre d'un certain marché et interdite dans le cadre d'un autre, la structure de ce dernier ne permettant pas de "supporter" un affaiblissement de concurrence (DOMINIQUE BERLIN, concentrations du 1<sup>er</sup> janvier 1999 au 31 décembre 1999, Revue trimestrielle de droit européen 3/2001, p. 668).

L'issue de l'examen ne dépend donc pas du comportement des entreprises en cause. Il s'effectue dans le contexte propre au droit de la concurrence où "Kontrolle bedeutet die Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des kontrollierten Unternehmens auszuüben" (LENZ [Hrsg.], EG-Vertrag Kommentar, 2. Auflage, 1999, p. 816) et où "eine beherrschende Stellung liegt vor, wenn sich ein Unternehmen in spürbarem Masse unabhängig von Konkurrenten und Verbrauchern verhalten kann" (idem p. 819 ss.).

A cela s'ajoute que l'examen de l'interdiction prévue à l'article 32 alinéa 2 LCart se situe dans un cadre formel de prévention.

Selon le Tribunal fédéral, l'obligation d'annoncer peut déjà résulter des effets potentiels que les opérations sont susceptibles de produire sur le marché suisse, même si, comme en l'espèce, les entreprises concernées ne sont pas physiquement présentes en Suisse. Dans ce contexte, il rappelle que la Commission du Conseil national n'a pas suivi la proposition du Conseil fédéral de ne pas soumettre à autorisation une concentration lorsque toutes les entreprises participantes ont leur siège à l'étranger et ne sont pas affiliées à une entreprise ayant son siège en Suisse ni ne disposent d'un établissement en Suisse, entreprise ou établissement actifs soit sur les mêmes marchés, soit sur des marchés voisins ou situés en amont ou en aval (art. 9 al. 4 du projet de loi sur les cartels, FF 1995 I 472 ss. et en particulier 575 s.). La suppression de cette disposition n'a pas été compensée par d'autres aménagements dans la loi afin de pallier les difficultés pratiques et juridiques que le Conseil fédéral relevait dans son message (FF 1995 I 575). L'article 32 alinéa 2 LCart prévoit cependant que la Commission de la concurrence peut autoriser, sur requête, les entreprises participantes à réaliser la concentration pendant le délai d'un mois pour des motifs importants. Les entreprises recourantes, pourtant représentées par un avocat, n'ont pas déposé une telle requête alors même qu'elles ont annoncé dès le début que la concentration aurait lieu le 1<sup>er</sup> août 1997 et, cela, à un moment où elles ne pouvaient ignorer qu'il serait pratiquement impossible de respecter le délai d'un mois. De plus, au moment de la notification rien ne permettait encore d'affirmer que les opérations en cause n'exerceraient aucun effet structurel, faute d'avoir été examinées par l'autorité désignée à cet effet. Certes, on ne

---

peut guère nier le caractère abstrait du contrôle puisque la simple potentialité des effets de la concentration est en soi suffisante pour déclencher la procédure de contrôle. De fait, le bien juridiquement protégé par l'article 51 LCart n'est pas la concurrence efficace, mais bien la sécurité de la fonction préventive du contrôle des concentrations prévu par la LCart (PIERRE MERCIER, HUBERT GILLIÉRON, OLIVIER MACH, SIMON AFFOLTER, Grands principes du droit de la concurrence, Droit communautaire, Droit suisse, 1999, p. 706). Il convient enfin de relever que les recourantes n'ont mentionné par écrit l'interruption de leurs ventes que le 5 août 1997, alors que l'opération de concentration avait, selon leurs propres déclarations, déjà été réalisée le 1<sup>er</sup> août 1997 et ce n'est, à ce moment-là encore, qu'une intention: "les parties vont s'assurer qu'aucune vente ne sera effectuée en Suisse durant ce mois d'août". Force donc est de constater que les recourantes n'ont à aucun moment de la procédure déposé un quelconque moyen de preuve à l'appui de leur allégué.

Enfin, les échanges d'écritures qui ont eu lieu après le 1<sup>er</sup> août 1997 ne sauraient être déterminants ici puisque cette date fut celle de l'inobservation de l'article 32 alinéa 2 LCart.

2.3. Ce qui précède conduit à conclure que les recourantes ont en principe enfreint l'obligation inscrite à l'article 32 alinéa 2 LCart.

3. Les recourantes reprochent à la Commission de la concurrence son formalisme excessif et son refus d'examiner s'il y a eu faute ou non en l'espèce.

3.1. Le 11 juillet 1997, le Secrétariat a jugé la notification incomplète et a demandé aux recourantes de définir les marchés des produits en question, d'indiquer le chiffre d'affaires en francs suisses réalisé par chaque entreprise participante et les parts de marché des trois principaux concurrents sur le marché suisse. Il a demandé en outre copie des comptes annuels des entreprises participantes. Ces renseignements ont été fournis les 22 et 31 juillet 1997. Les informations que doit contenir la notification ont pour but de permettre l'exécution d'un examen préalable visant à faire apparaître ou non des indices que la concentration crée ou renforce une position dominante. Dans l'affirmative, la concentration fait l'objet d'un examen par la commission (art. 10 al. 1 LCart). L'examen préalable ne pouvait être conduit sur la base des seuls chiffres d'affaires globaux livrés. Les données spécifiques aux marchés des produits en Suisse étaient indispensables. C'est en cela que les informations requises étaient essentielles. En les demandant et en fixant le départ du délai d'un mois au lendemain de leur production, le Secrétariat et la Commission de la concurrence n'ont pas fait preuve de formalisme excessif. Enfin, l'autorité de céans partage l'avis des recourantes selon lequel "la question n'est pas essentielle pour la procédure en cours puisqu'il s'est écoulé moins d'un mois entre le 9 juillet 1997, date de la notification, et le 1<sup>er</sup> août 1997. Dès lors, si la

notification avait été "complète" le 9 juillet 1997, le litige se poserait dans les mêmes termes".

3.2. Les recourantes ne peuvent invoquer le principe de la bonne foi pour échapper à toute sanction. Certes, l'administration est, sous cet angle, soumise à des règles de comportement (ATF 124 II 265, consid. 4, notamment). Rien ne permet cependant d'admettre, en l'espèce, que les recourantes se trouvaient en situation d'erreur excusable qui aurait justifié un comportement particulier de la Commission de la concurrence. Il faut en effet rappeler que le délai d'interdiction de réaliser la concentration est un délai légal dont l'existence a été signalée aux recourantes le 11 juillet 1997 par la Commission de la concurrence. La question d'une autorisation provisoire de réaliser la concentration pendant le délai d'un mois aurait pu être examinée, mais - selon les termes mêmes de la loi - à la requête des recourantes (art. 32 al. 2 LCart). S'agissant des conversations téléphoniques qui ont eu lieu entre les recourantes et la Commission de la concurrence au sujet des effets d'un éventuel arrêt des ventes en Suisse, il faut déplorer qu'elles ne soient pas documentées au dossier de la Commission de la concurrence. Un tel manquement pourrait, le cas échéant, tirer à conséquence. Cette question peut cependant être laissée ouverte en l'espèce, vu que ces entretiens ont eu lieu fin juillet et début août 1997 soit à un moment où la réalisation de la concentration était imminente ou consommée.

3.3. Les recourantes estiment que la faute doit être prise en considération à ce stade. D'une part, les arguments avancés par la Commission de la concurrence pour justifier son refus de le faire ne sont pas pertinents et, de l'autre, cette Commission fait fi de la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue sur la base de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, RS 0.101). La Commission de la concurrence persiste dans son refus, s'en tenant à la seule exigence de conditions objectives. Après avoir pris en compte certains éléments subjectifs (BKW-AEK/Comtop in Droit et politique de la concurrence [DPC] 1997/2, p. 237 ss.; Druckerei Wetzikon AG/Anzeiger von Uster AG in DPC 1998/1, p. 92 ss.), la Commission de la concurrence a éliminé ces éléments de sa jurisprudence (Curti et Co. AG/SSG Schweizerische Speisewagen-Gesellschaft Holding in DPC 1998/4, p. 613 ss. (ci-après: affaire Curti); X/C-AG et D-AG in DPC 2000/2, p. 257 ss.; Banque nationale de Paris (BNP)/Parisbas in DPC 2001/1, p. 144 ss.), ce qui est jugé problématique (ROGER ZÄCH/ANDREAS WICKY, Die Bemessung von Verwaltungsanktionen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nach schweizerischem Kartellrecht [Art. 51 KG] in: ACKERMANN/DONATSCH/REHBERG [Hrsg.], Wirtschaft und Strafrecht - Festschrift für NIKLAUS SCHMID zum 65. Geburtstag, Zurich 2001, p. 601 s.).

3.3.1. Dans sa décision du 15 mai 1998 en l'affaire BKW FMB Energie AG et AEK Energie AG contre la Commission de la concurrence (DPC

---

1998/3, p. 460 ss.), la Commission de céans a relevé que les montants mis en l'espèce à la charge des deux entreprises n'étaient pas des sanctions pénales mais des sanctions administratives, s'appuyant sur le message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence (FF 1995 I p. 472 ss.; ci-après: message). Elle a noté aussi que, sur ce point, le droit suisse s'inspirait largement du droit européen. Or, en droit européen, les éléments subjectifs d'illicéité et de faute entrent en compte. Il ne va pas de soi qu'il en aille autrement en droit suisse et que l'infliction d'une sanction administrative pouvant s'élever à CHF 1 mio. puisse se fonder exclusivement sur des éléments objectifs. Elle a noté en outre que la question de la faute devait être vue dans le contexte général des amendes administratives dont la doctrine actuelle tend à admettre la nature pénale. La Commission de céans a cependant laissé ouverte la question de savoir si une mesure de ce genre pouvait être prise en l'absence de toute faute.

Au chapitre des sanctions, le message relève que leur effet préventif est d'une importance capitale pour l'efficacité du droit de la concurrence (message p. 607). A cet égard, il s'imposait de pouvoir sanctionner les entreprises. Celles-ci n'ayant pas, selon la doctrine dominante, la capacité délictuelle, elles ne peuvent faire l'objet de sanctions pénales. C'est la raison pour laquelle a été instauré le double système de sanctions cumulables (message p. 608). S'agissant des sanctions administratives, le message relève encore qu'elles doivent avoir suffisamment d'effet sur les entreprises et qu'elles trouvent leur justification dans le fait que les sanctions infligées à des particuliers - prises en charge par l'entreprise - perdent tout effet préventif et dans le fait que les entreprises ont elles-mêmes des responsabilités quant à l'accomplissement des obligations prévues par la LCart (message p. 608 s.). S'agissant du cas particulier d'inobservation liée à une concentration d'entreprises, le message parle "d'entreprises fautives" ([texte allemand: "fehlbaren Unternehmen"]; message p. 609, chiffre 271.2). Il souligne aussi que la LCart prévoit ici le cas de récidive.

Le commentaire HOMBURGER se limitant à faire référence au message et aux travaux préparatoires de la LCart, voit dans les mesures en question des sanctions administratives pouvant être infligées en l'absence de toute faute (voir art. 50 ss., ch. 17 s.; avis partagé par FRANK SCHERRER, *Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren*, Diss. Zurich, 1996, p. 423). Il est souligné que la distinction légale entre sanctions administratives et pénales tient au fait que l'on ne peut punir pénalement les sociétés (ROLAND VON BÜREN/THOMAS KINDLER, *Das Schweizerische Kartellrecht*, p. 57, et PHILIPP ZURKINDEN, *Die Regelung der Fusionskontrolle im schweizerischen Wettbewerbsrecht*, p. 62 et 64, tous deux in KOLLER/MÜLLER/RHINOW/ZIMMERLI, *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*). Dans son avis de droit du 1<sup>er</sup> mai 1998, le professeur LAURENT MOREILLON note que les articles 50 à 53 LCart ne faisant

aucune référence à la faute de l'entreprise, "(...) grammaticalement, et à première vue, on pourrait en conclure, comme le fait la Commission de la concurrence, que le législateur a délibérément renoncé à tenir compte de la faute commise par l'entreprise" (p. 4). Le commentaire BORER reprend lui aussi la terminologie et la conception du message (p. 423) en soulignant la volonté du législateur de distinguer sanctions administratives et sanctions pénales vu les difficultés dogmatiques de dire qu'une personne juridique peut commettre une faute (JÜRIG BORER, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zurich 1998, p. 456). Il évoque cependant les théories récentes du droit pénal qui tendent à reconnaître une responsabilité des entreprises (JÜRIG BORER, *op. cit.*, p. 460; dans ce sens: STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, Zurich 1997, ad art. 1, n° 45 ss.; KATHRIN KUMMER, *Die Strafbarkeit der juristischen Person*, in: *Archiv für schweizerisches Abgaberecht* 65, p. 445 ss., spéc. p. 457; SANDRA HILDA LÜTOLF, *Strafbarkeit der juristischen Person*, Diss. Zurich 1997, p. 237; voir aussi: PHILIPPE GRAVEN et CHARLES-ANDRÉ JUNOD, *Societas delinquere potest?* in *Mélanges ROBERT PATRY*, Lausanne 1988, p. 351 ss.). MOOR relève que la doctrine actuelle, quant à elle, admet la nature pénale de ces sanctions (PIERRE MOOR, *Droit administratif II, Les actes administratifs et leur contrôle*, Berne 1991, p. 95 et les auteurs cités). Le commentaire HAEFELIN/MÜLLER laisse la question ouverte (ULRICH HAEFELIN/GEORG MÜLLER, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 3. Edition, Zurich 1998, ch. 943). Le Conseil fédéral, dans son message du 30 juin 1993 concernant la modification du Code pénal suisse et du Code pénal militaire, expose que "quant à la responsabilité de l'entreprise, il a été décidé de la soumettre à un examen plus approfondi dans le cadre de la révision ordinaire de la Partie générale du Code pénal" (FF 1993 III 286; voir aussi JOSÉ HURTADO POZO, *Quelques réflexions sur la responsabilité pénale de l'entreprise*, in *Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für NIKLAUS SCHMID* précitée, p. 585 ss.).

En matière de contravention à une mesure d'ordre punissable en l'absence de faute, le Tribunal fédéral relève qu'on peut certes hésiter quant au bienfondé de la jurisprudence précitée, tant choque l'idée qu'une sanction puisse intervenir là où aucune faute n'a été commise, et cela d'autant plus que depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1975, la répression des infractions à la législation administrative fédérale est subordonnée à l'existence d'une faute (cf. art. 2 et 8 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif, DPA, RS 313.0) (ATF 101 Ib p. 36).

Interviennent aussi la doctrine et la jurisprudence qui se sont développées au sujet de l'article 6 paragraphe 1 CEDH (voir à ce sujet: PETTITI/DECAUX/IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 2e édition, Economica, Paris 1999, commentaire de l'article 6, p. 239 ss.; ATF 121 I p. 380 citant la doctrine et l'abondante jurisprudence en la matière). Il en ressort l'énumération de trois critères permettant de

dire si une sanction répond à la définition d'une "accusation en matière pénale". Ce sont, dans l'ordre de leur importance respective:

- a) les indications du droit national,
- b) la nature du fait ou du comportement transgresseur et
- c) le but et la sévérité de la sanction encourue.

Dans ce contexte, il faut noter que c'est à tort que l'autorité intimée invoque l'avis de la Commission européenne des droits de l'homme relatif à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 février 1992 "Société Stenuit c. France" (Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, série A, vol. 232) pour dénier le caractère pénal en l'affaire. L'arrêt cité ne dit en effet pas, comme le pense la Commission de la concurrence, qu'il ne peut y avoir "accusation en matière pénale" que lorsque le montant maximal de la sanction encourue est égal ou supérieur à 5% du chiffre d'affaires de la société en cause. Examinant la nature et la sévérité de la sanction encourue en l'espèce, l'avis précité rappelle que "relèvent en général du droit pénal les infractions dont les auteurs s'exposent à des peines destinées à exercer un effet dissuasif (...); dans cette affaire, la sanction prise (...) avait atteint un montant de CHF 50'000.--, somme qui n'est pas en elle-même négligeable. Mais surtout, le montant maximal de l'amende, c'est-à-dire la sanction encourue, était fixé à 5% du chiffre d'affaires annuel pour une entreprise et à CHF 5'000'000.-- pour les autres contrevenants (...), ce qui démontre à l'évidence qu'une telle sanction avait une finalité dissuasive". De l'avis de la Commission européenne des droits de l'homme, le caractère pénal que l'affaire revêt au regard de la CEDH ressort sans ambiguïté du faisceau de indications concordantes relevées ci-devant. On ne peut, sans solliciter indûment ce texte, en déduire que toute amende inférieure au 5% du chiffre d'affaires de la société concernée ne revêt pas de caractère pénal.

Il est unanimement admis qu'en matière de concentration d'entreprises, le droit suisse s'inspire fondamentalement du droit européen, tant au niveau de l'élaboration de la loi, et notamment de l'ordonnance du Conseil fédéral sur le contrôle des concentrations d'entreprises (RS 251.4), qu'à celui de l'application de ces textes (CHRISTIAN BOVET, Premières expériences dans le contrôle des concentrations in Journées du droit de la concurrence 1998, Zurich 1999, p. 62, et les auteurs cités en note 3). Les articles 50 à 52 LCart présentent des analogies avec les articles 81 (ancien art. 85), 82 (ancien art. 86) du Traité de l'Union européenne (CHRISTIAN CALLIESS/MATTHIAS RUFFERT [Hrsg.], Kommentar zu EV-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied, 1999: art. 81 EGV 149, art. 82 EGV 73) et 15 du Règlement du Conseil n° 17 du 6 février 1962 (JO n° L 13 du 21.2.1962, p. 204). En droit communautaire, le Règlement n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (389 R 4064, JO n° L 395 du 30.12.1989 amendé par le Règlement n° 1310/97 du 30 juin 1997) prévoit, en son article 14, que la

Commission peut infliger des amendes aux entreprises lorsque, de propos délibéré ou par négligence, elles omettent de notifier une opération de concentration (LENZ [Hrsg.], EG-Vertrag Kommentar, 2. Auflage, Köln, 1999, p. 695 s., qui estime que, depuis l'arrêt STENUIT, le caractère pénal d'une telle mesure est indiscutable).

La faute de l'entreprise est un élément prépondérant pour mettre à l'amende et pour en fixer le montant (BERNARD KOVAR, Code européen de la concurrence, Dalloz 1996, note B, p. 59 ss.; DANNEKER GERHARD, Leitlinien der Europäischen Kommission zur Bussgeldmessung in Kartellverfahren, in Festschrift für ROGER ZÄCH, Schulthess Verlag 1999, p. 669).

A cela s'ajoute que la doctrine actuelle va vers l'exigence d'une faute en matière d'amendes administratives aussi (ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, vol. II, Neuchâtel 1984, p. 647; BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, 4e édition, Bâle 1991, p. 356; GRAVEN/JUNOD, op. cit., p. 355 s.). En l'espèce, le montant possible de la sanction - CHF 1 mio. - montre qu'elle a un objectif de dissuasion, qu'elle vise à décourager l'auteur du manquement et tous ceux qui seraient enclins à se comporter comme lui. Il s'agit donc de moyens de pression, comme le relève GRISEL (op. cit. p. 647). Or, poursuit-il, il n'y a pas plus de motif de faire pression sur l'obligé qui a manqué à ses obligations sans sa faute que sur celui qui les a exécutées. Seul un coupable a besoin d'être incité par l'amende à se conformer au droit (GRISEL, op. cit., p. 647).

Cela conforte l'idée que l'on ne puisse infliger la sanction prévue à l'article 51 alinéa 1 LCart en se fondant uniquement sur des critères objectifs. La question du rôle de la faute ne devrait cependant être répondue, en l'espèce, que si les recourantes pouvaient se prévaloir de l'absence de faute ou d'une circonstance atténuant celle-ci (ATF 101 Ib 35, consid. 3a). Or, tel n'est pas le cas, ce qui sera démontré ci-après.

3.3.2. Il convient dès lors d'examiner s'il y a eu ou non faute en l'espèce, ce dont la Commission de céans peut connaître quand bien même la Commission de la concurrence n'a pas abordé cette question, étant de l'avis que la faute ne pouvait entrer en considération en la matière (art. 61 al. 1 PA; KNAPP, op. cit., ch. 2034; ULRICH ZIMMERMANN/WALTER KÄLIN/REGINA KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Berne 1997, p. 98 et 106; BENOIT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 494).

Les recourantes estiment n'avoir commis aucune faute. En ayant interrompu toutes ventes en Suisse et en l'ayant fait savoir au Secrétariat, elles estiment avoir pris toutes les précautions que l'on pouvait attendre d'elles. Le silence du Secrétariat à cet égard les dégage de toute faute. De plus, elles estiment qu'il faut tenir compte de l'incertitude juridique au sujet de l'article 32 alinéa 2 LCart pour apprécier leur attitude. Elles déclarent aussi que, dans sa décision du 16 février 1998, la

---

Commission de la concurrence reconnaît implicitement qu'elles n'ont pas commis de faute. Si la Commission de céans devait retenir que les conditions de l'article 51 LCart sont réunies, elle devrait alors - selon les recourantes - supprimer toute amende ou la réduire parce que la Commission de la concurrence n'a pas tenu compte de toutes les circonstances du cas concret, passant sous silence plusieurs circonstances atténuantes: suspension des ventes en Suisse, responsabilité du Secrétariat, notification faite malgré l'incertitude juridique sur sa nécessité et le fait que Z soit la première opération purement étrangère soumise au contrôle des autorités suisses. Elles estiment enfin qu'une infraction peut, mais ne doit pas nécessairement, être sanctionnée.

Pour sa part, la Commission de la concurrence expose que, si la notion de faute devait être retenue, il faudrait tenir compte de ce que les recourantes ne pouvaient ignorer que la réalisation de l'opération de concentration pendant le délai de l'article 32 alinéa 2 LCart enfreignait l'article 51 alinéa 1 de cette loi et que la suspension des ventes ne pouvait pallier une notification tardive. Elle exclut en outre toute responsabilité du Secrétariat qui n'a à aucun moment donné d'assurances. Enfin, elle n'a pu reconnaître implicitement que les recourantes n'ont pas commis de faute puisqu'elle n'a pas pris en considération cet élément subjectif.

Il faut dès lors examiner si les recourantes peuvent se prévaloir de l'absence de toute faute. Les recourantes, assistées par un avocat, connaissent la loi, ce que démontre leur lettre du 8 juillet 1997 qui notifie l'opération et fait mention du délai d'un mois. Le 11 juillet 1997, deux jours après avoir reçu la notification précitée, le Secrétariat signale aux recourantes que l'opération devait être notifiée, que le délai d'un mois pour ouvrir la procédure d'examen commençait à courir le lendemain de la réception de la notification complète et que la notification livrée n'était pas complète. Le 22 juillet 1997, les recourantes demandent de considérer le 9 juillet 1997 comme point de départ du délai d'un mois. Elles fournissent le complément d'information demandé le 31 juillet 1997 et réalisent l'opération de fusion le 1er août 1997.

Force est de constater que les recourantes se sont mises elles-mêmes, au départ, dans l'impossibilité de satisfaire aux exigences légales en notifiant le 9 juillet 1997 une opération dont la réalisation était fixée au 1<sup>er</sup> août suivant et qu'elles auraient, de leur propre aveu, pu différer (recours du 28 juin 1999, lettre C, chiffre 3, p. 21 s.). En outre, elles n'ont produit les informations complémentaires demandées que la veille de la réalisation de l'opération.

Selon la doctrine, il y a faute lorsque "(...) le contrevenant a agi intentionnellement ou n'a pas pris les mesures qu'une personne raisonnable (douée des connaissances techniques nécessaires) aurait pu ou dû prendre dans (ces) circonstances (...)" (KNAPP, op. cit., p. 356, ch. 1687). Les recourantes ont agi sciemment, préjugant du caractère inoffensif

---



de l'opération de concentration alors que le but de la notification et du délai corrélatif est précisément de permettre d'établir l'innocuité ou non d'une telle opération. La Commission de céans en conclut que le risque pris par les recourantes constitue en principe une faute.

4. Reste à examiner la mesure de la peine et si les recourantes peuvent se prévaloir de faits justificatifs pour échapper à la sanction.

4.1. Le message se borne à indiquer, s'agissant de l'inobservation de décisions administratives, que le montant de la sanction sera fixé en fonction des circonstances concrètes; cette question n'est pas abordée au chapitre de l'inobservation des prescriptions liées à une concentration d'entreprises (message p. 609, ch. 271.1 et 271.2). Pour définir les "circonstances concrètes", la doctrine, se référant à la pratique de la Commission européenne, relève qu'il faut s'en tenir aux principes de proportionnalité et d'égalité de traitement (Commentaire HOMBURGER, rem. prélim. ad art. 50-57, ch. 16, ad art. 50, ch. 15, ad art. 51, ch. 18 s.; BORER, op. cit., p. 466; SCHERRER, op. cit., p. 482). Il convient de tenir compte aussi de la situation dans laquelle se trouvaient les recourantes au moment des faits et de fixer le montant de la sanction à un niveau lui conférant un caractère dissuasif (Commentaire HOMBURGER, rem. prélim. ad art. 50, ch. 14).

La Commission de la concurrence en a fixé le montant en se référant à la jurisprudence établie dans l'affaire Curti précitée. Elle a dégagé les trois critères suivants:

1. L'importance de la présence sur le marché de l'entreprise sanctionnée se détermine en fonction du chiffre d'affaires annuel de cette dernière: 0,1 pourmille du chiffre d'affaires, mais au maximum CHF 300'000.--,

2. ainsi fixée, la sanction sera augmentée ou réduite selon que le marché déterminant est affecté ou non par la concentration au sens de l'article 11 alinéa 1 lettre d OCCE et

3. le montant résultant des deux premiers critères sera augmenté ou réduit en fonction du danger de suppression de la concurrence efficace.

*In casu*, le montant résultant de l'application des deux premiers critères (CHF [...] pour Rhône-Poulenc et CHF [...] pour Merck & Co. Inc.) a été réduit de moitié motif pris que la concentration ne conduisait pas à la création ou au renforcement d'une position dominante ni ne donnait lieu à des additions de parts de marché.

Les recourantes ne prétendent pas que ces critères n'ont pas été appliqués au cas d'espèce ni qu'ils l'ont mal été (sur l'application de ces critères: ROGER ZÄCH/ANDREAS WICKY, Festschrift für NIKLAUS SCHMID précitée, p. 597 ss.). Elles estiment en revanche que la Commission de la concurrence aurait dû tenir compte des circonstances atténuantes.

---

S'agissant de l'interruption des ventes en Suisse, les recourantes ne pouvaient guère ignorer que cela ne remédiait pas à une notification tardive. D'ailleurs, les recourantes n'en font mention écrite que le 5 août 1997, alors que l'opération de concentration a été réalisée le 1<sup>er</sup> août 1997 et ce n'est à ce moment-là encore qu'une intention: "les parties vont s'assurer qu'aucune vente ne sera effectuée en Suisse durant ce mois d'août". Les recourantes estiment que le Secrétariat serait parti de l'idée que leur mode de procéder (réalisation de l'opération à l'étranger et suspension des ventes vers la Suisse) ne posait aucune difficulté et qu'il n'aurait fait machine arrière que le 6 août 1997. Le Secrétariat conteste ce point de vue. De l'avis de la Commission de céans, rien au dossier ne permet d'étayer la thèse des recourantes qui, il faut le rappeler, n'avaient pas encore concrétisé leur intention de supprimer les ventes en Suisse le 5 août 1997 alors que l'opération de concentration était réalisée. Il n'y a dès lors aucune raison de prendre des mesures d'instruction complémentaires sur ce point. Il faut noter aussi que la Commission de la concurrence n'avait aucune obligation de se prononcer avant le 11 août 1997. Si, au moment de la notification, le Secrétariat a fait savoir aux recourantes qu'une décision de la Commission de la concurrence pouvait tomber avant le 31 juillet 1997, il allait de soi que cela supposait que cette notification fut d'emblée complète ou complétée rapidement, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce. Il n'est pas contestable que la notification était incomplète: les recourantes l'admettent puisqu'elles déclarent que "la seule information que les parties n'ont fournie qu'après coup au Secrétariat concernait les parts de marché". D'ailleurs, même complète, la notification était tardive.

L'incertitude juridique que les recourantes ont cru déceler sur la question de savoir si l'article 32 alinéa 2 LCart interdit ou non la réalisation d'une concentration d'entreprises opérée à l'étranger et dépourvue d'effets structurels ou de comportements en Suisse, ne dispensait pas de veiller au respect du délai légal d'un mois.

Se référant à deux décisions antérieures de la Commission de la concurrence (BKW-AEK/Comtop et Druckerei Wetzikon AG/Anzeiger von Uster AG, précitées), les recourantes reprochent à cette dernière d'avoir fait fi du principe d'égalité de traitement. Il appert que, avec la décision Curti, la Commission de la concurrence a établi une nouvelle pratique en matière de sanctions. Ce faisant, elle a cherché à affirmer et à rendre plus transparents les critères présidant à la fixation du montant de l'amende. Il s'agit-là d'une raison objective et, partant, admissible de changer de jurisprudence (ATF 122 I 59; ETIENNE GRISEL, *Egalité, les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*, Berne 2000, n° 306). Il n'y a dès lors pas lieu de comparer les décisions postérieures à l'affaire Curti avec celles qui lui sont antérieures.

---

Les recourantes estiment en outre que la Commission de la concurrence n'avait pas l'obligation de sanctionner. Le texte même de l'article 51 alinéa 1 LCart infirme ce point de vue. Il ne laisse en effet, sur le principe de la sanction, pas de marge de manœuvre à l'autorité d'application: "l'entreprise qui (...) n'aura pas observé l'interdiction provisoire de réaliser la concentration (...) sera tenue au paiement d'un montant de CHF 1 mio. au plus". Le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'autorité en la matière s'exerce sur la quotité de la sanction pécuniaire. Ce pouvoir lui est reconnu afin qu'elle puisse mener une politique aussi conforme que possible à l'intérêt public (KNAPP, ob. cit., n° 160 et 167). L'intérêt public est ici de punir lorsque les conditions en sont réunies; le message affirme le caractère dissuasif de la mesure. La règle discrétionnaire ne confère pas de droit subjectif à l'administré (KNAPP, op. cit., n° 159).

Lorsque, comme en l'espèce, le législateur se borne à arrêter le maximum d'une amende administrative, les organes d'exécution disposent d'une certaine liberté d'appréciation pour fixer la sanction administrative. La mesure administrative doit cependant être adaptée à l'ensemble des circonstances. Le principe de proportionnalité revêt donc une importance particulière, comme le souligne MOOR, "il limite le choix des mesures et de leur quotité"; lorsqu'il s'agit de sanctionner, comme c'est le cas en l'espèce, un comportement, l'autorité doit se fonder sur la gravité objective de la violation ainsi que sur celle de la faute (MOOR, op. cit., p. 67 et 77 ss.; voir également GRISEL, op. cit., p. 647). En l'occurrence, il faut tenir compte de divers éléments parmi lesquels peuvent figurer notamment la taille et la puissance économique de l'entreprise, qui peuvent trouver leur expression dans le chiffre d'affaires annuel, ainsi que l'influence exercée par les entreprises touchées sur le marché en cause. Il est également loisible à la Commission de la concurrence d'élever le niveau des amendes en vue de renforcer leur effet dissuasif. En l'espèce, force est de reconnaître que les sanctions litigieuses sont d'un montant relativement modeste par rapport au maximum légal possible et que leur effet dissuasif - voulu pourtant par le législateur - ne s'exercera que sur un nombre restreint de candidats aux concentrations d'entreprises.

4.2. Les autres circonstances atténuantes invoquées ne sont pas de nature à réduire le montant des sanctions infligées en l'espèce. Selon les recourantes, la brève durée de l'infraction (18 jours en août où l'activité économique est au plus bas) et le peu de gravité de l'infraction (vu que l'opération n'a aucun effet sur le marché suisse) devraient être pris en compte. La Commission de céans ne partage pas cet avis. La durée de l'infraction ne saurait être un élément déterminant alors que l'infraction porte sur le non respect du délai d'un mois. Les effets sur le marché suisse ne peuvent d'avantage être retenus, la notification et le délai qui lui sont attachés ayant précisément pour but d'assurer la possibilité d'un contrôle préventif, donc de se prononcer sur les effets

d'une concentration d'entreprises d'une certaine importance sur la structure des marchés affectés et par là sur la concurrence efficace.

5. Vu ce qui précède, la Commission de céans estime que, compte tenu des circonstances du cas, les sanctions mises à la charge des recourantes sont justifiées.

Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté et que, vu l'issue de la procédure, les frais doivent être mis à la charge des recourantes qui succombent, compte tenu des avances de frais déjà versées (art. 63 al. 1 PA, art. 1 let. a et b, 2, 3 et 5 al. 3 de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative; RS 172.041.0). Il n'y a pas lieu d'octroyer de dépens (art. 64 al. 1 PA).

**Par ces motifs, la Commission de recours  
pour les questions de concurrence:**

1. Rejette le recours.
2. [Frais]
3. [Voie de recours]
4. [Notification]

## D      **Entwicklungen** **Développements** **Sviluppi**

<b>D 1</b>	<b>Erlasse, Bekanntmachungen</b> Actes législatifs, communications Atti legislativi, comunicazioni
D 1	<b>1. Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden</b>

*Beschluss der Wettbewerbskommission vom 18. Februar 2002*

Die Schweizerische Wettbewerbskommission erlässt die folgende allgemeine Bekanntmachung in Erwägung nachstehender Gründe:

- ?? Gemäss Artikel 6 KG kann die Wettbewerbskommission in allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschreiben, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG in der Regel als gerechtfertigt gelten. Wenn ein Bedürfnis nach mehr Rechtssicherheit es erfordert, kann sie in analoger Anwendung von Artikel 6 KG auch andere Grundsätze der Rechtsanwendung in allgemeinen Bekanntmachungen veröffentlichen.
- ?? Die vorliegende Bekanntmachung soll verdeutlichen, unter welchen Voraussetzungen anzunehmen ist, dass eine vertikale Wettbewerbsabrede eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG darstellt. Insbesondere wird aufgezeigt, welche vertikalen Wettbewerbsabreden die Wettbewerbskommission unabhängig vom Anteil der Beteiligten an den relevanten Märkten als erheblich betrachtet. Damit sollen insbesondere Praktiken von Unternehmen erfasst werden, welche den schweizerischen Markt gegen ausländische Märkte abschotten.
- ?? Aus der Aufzählung der erheblichen Abreden in Ziffer 3 kann nicht geschlossen werden, dass andere vertikale Wettbewerbsabreden grundsätzlich als nicht erheblich zu betrachten sind. Unerheblichkeit ist in der Regel vielmehr nur dann anzunehmen, wenn eine solche Abrede die in Ziffer 4 Absatz 1 der Bekanntmachung genannte Marktanteilsschwelle unterschreitet und sich nicht kumulativ mit anderen Abreden auf den Markt auswirkt. Die vorliegende Bekanntmachung sagt zudem nichts aus über die Beurteilung der Zulässigkeit eines Verhaltens unter Artikel 7 KG.
- ?? Mit der vorliegenden Bekanntmachung gibt die Wettbewerbskommission bekannt, nach welchen Kriterien sie die Erheblichkeit

von vertikalen Wettbewerbsabreden im Lichte von Artikel 5 Absatz 1 KG beurteilen wird. Diese Bekanntmachung bindet weder die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen noch das Schweizerische Bundesgericht bei der Auslegung der kartellrechtlichen Bestimmungen.

## **A. Begriffe**

### **Ziffer 1** Vertikale Wettbewerbsabreden

Als vertikale Wettbewerbsabreden gelten erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (vgl. Art. 4 Abs. 1 KG) von zwei oder mehr Unternehmen verschiedener Marktstufen, welche die Geschäftsbedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können.

### **Ziffer 2** Selektive Vertriebssysteme

Ein selektives Vertriebssystem liegt vor, wenn zwischen Lieferant und Händler eine Vereinbarung getroffen wird, wonach:

- ?? der Lieferant die Vertragswaren oder -dienstleistungen nur an Händler verkaufen darf, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden, und
- ?? diese Händler die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler weiter verkaufen dürfen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind.

## **B. Regeln**

### **Ziffer 3** Erheblichkeit aufgrund des Gegenstands

Die Wettbewerbskommission erachtet vertikale Wettbewerbsabreden grundsätzlich als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG, wenn sie namentlich Folgendes zum Gegenstand haben:

- a) Direkte oder indirekte Fixierung von Fest- oder Mindestverkaufspreisen für den Weiterverkauf der bezogenen Waren oder Dienstleistungen durch den Händler;
  - b) Direkte oder indirekte Beschränkungen des geografischen Absatzgebietes oder des Kundenkreises für den Weiterverkauf durch den Händler.
  - c) Beschränkungen des Verkaufs an Endverbraucher, sofern diese Beschränkungen Händlern innerhalb selektiver Vertriebssysteme auferlegt werden;
  - d) Beschränkungen von Querlieferungen innerhalb eines selektiven Vertriebssystems zwischen zugelassenen Händlern, auch wenn es sich um Händler unterschiedlicher Marktstufen handelt;
-

e) Beschränkungen, die den Lieferanten hindern, Bestand- beziehungsweise Ersatzteile an andere (Endverbraucher, Reparaturwerkstätten etc.) als den an der Abrede beteiligten Händler zu liefern.

f) Wettbewerbsverbote, welche für eine Dauer von mehr als fünf Jahren oder für mehr als ein Jahr nach Beendigung der vertikalen Wettbewerbsabrede vereinbart werden.

#### **Ziffer 4** Bagatellfälle

Andere vertikale Wettbewerbsabreden betrachtet die Wettbewerbskommission in der Regel nicht als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs, wenn die von allen beteiligten Unternehmen gehaltenen Marktanteile auf keinem der relevanten Märkte eine Schwelle von 10% überschreiten.

Ausgenommen sind Fälle, in denen der Wettbewerb auf dem relevanten Markt durch die kumulativen Auswirkungen mehrerer gleichartiger, nebeneinander bestehender vertikaler Vertriebsnetze beschränkt wird, sofern die beteiligten Lieferanten beziehungsweise Händler tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen.

#### **Ziffer 5** Rechtfertigung

Ergibt sich aufgrund der Kriterien gemäss Ziffern 3 und 4, dass eine vertikale Wettbewerbsabrede als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG zu betrachten ist, ist zu prüfen, ob die Abrede gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG gerechtfertigt ist. Ist dies nicht der Fall, so ist die vertikale Wettbewerbsabrede unzulässig.

Ein Rechtfertigungsgrund kann insbesondere vorliegen, wenn eine Abrede eine effizientere Vertriebsgestaltung erlaubt und die Wettbewerbsbeeinträchtigung notwendig ist, um dieses Ziel zu erreichen.

Dies kann namentlich der Fall sein bei Beschränkungen des geografischen Absatzgebiets oder des Kundenkreises für den Weiterverkauf durch den Händler, die

a) Gebiete oder Kundengruppen betreffen, in Bezug auf welche sich der Lieferant vorbehält, diese selbst zu beliefern. Vorausgesetzt ist, dass es dem Händler belassen bleibt, unaufgeforderte Bestellungen individueller Kunden zu erfüllen, und dass die Weiterverkäufe durch die Kunden des Händlers nicht ebenfalls begrenzt werden.

b) Gebiete oder Kundengruppen betreffen, die aufgrund eines Vertrages mit dem Lieferanten einem andern Händler exklusiv zugeordnet sind. Vorausgesetzt ist, dass es dem Händler belassen bleibt, unaufgeforderte Bestellungen individueller Kunden zu erfüllen, und dass die Weiterverkäufe durch die Kunden des Händlers nicht ebenfalls begrenzt werden.

---

- c) Grossisten in ihrer Freiheit einschränken, direkt an die Endverbraucher zu verkaufen.
- d) einen innerhalb eines selektiven Vertriebssystems zugelassenen Händler in seiner Freiheit einschränken, die bezogenen Waren oder Dienstleistungen an nicht zugelassene Händler weiterzuverkaufen.
- e) den Händler in seiner Freiheit einschränken, Bestandteile, die ihm der Lieferant zur Einfügung in andere Produkte liefert, an Dritte weiterzuverkaufen, welche diese Bestandteile zur Herstellung von Konkurrenzprodukten verwenden.

D 1	<b>2. Communication concernant l'appréciation des accords verticaux</b>
-----	---

*Décision de la Commission de la concurrence du 18 février 2002*

Au vu des raisons évoquées ci-après, la Commission de la concurrence suisse publie la présente communication:

- ?? Conformément à l'article 6 LCart, la Commission de la concurrence peut fixer par voie de communication les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'article 5 alinéa 2 LCart. Lorsqu'un besoin accru de sécurité juridique l'exige, elle peut aussi, en application par analogie de l'article 6 LCart, faire connaître d'autres principes d'appréciation de la loi par voie de communication.
- ?? La présente communication a pour but de clarifier les conditions auxquelles il y a lieu d'admettre qu'un accord vertical affecte de manière notable la concurrence au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart. Il s'agit en particulier de définir les accords verticaux que la Commission de la concurrence considère comme notables, indépendamment de la part de marché des entreprises qui y participent sur les marchés considérés. Les critères d'appréciation développés doivent notamment permettre de saisir les cas dans lesquels les pratiques de certaines entreprises tendent à cloisonner le marché suisse par rapport aux marchés étrangers.
- ?? L'énumération des accords considérés comme notables au chiffre 3 de la communication ne permet pas de considérer a priori tous les autres accords verticaux en matière de concurrence comme non-notables. Au contraire, la non-notabilité d'un accord n'est donnée que lorsque, d'une part, l'accord n'atteint pas les seuils de parts de marchés décrits au chiffre 4 alinéa 1 de la communication et que, d'autre part, les effets de l'accord ne se cumulent pas avec ceux d'autres accords semblables sur le même marché. La présente com-



munication ne traite cependant pas de la problématique de la licéité d'un comportement en application de l'article 7 LCart.

?? Par la présente communication, la Commission de la concurrence fixe les critères d'après lesquels elle va apprécier la notabilité des accords verticaux à la lumière de l'article 5 alinéa 1 LCart. Cette communication ne lie ni la Commission de recours pour les questions de concurrence ni le Tribunal fédéral lors de l'interprétation de dispositions relatives au droit des cartels.

## **A. Définitions**

### **Chiffre 1** Accords verticaux

Par accords verticaux, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées (cf. art. 4 al. 1 LCart) de deux ou plusieurs entreprises occupant des échelons du marché différents concernant les conditions auxquelles les entreprises parties peuvent acheter, vendre et revendre des biens ou des services.

### **Chiffre 2** Système de distribution sélective

On parle d'un système de distribution sélective lorsqu'il existe une convention entre le fournisseur et le commerçant selon laquelle:

- ?? le fournisseur n'est autorisé à vendre des biens ou des services qu'à des commerçants agréés, sélectionnés sur la base de critères prédéfinis et que
- ?? les commerçants ne sont pas autorisés à revendre ces biens ou ces services à des commerçants non agréés.

## **B. Règles**

### **Chiffre 3** Notabilité en fonction de l'objet de l'accord

La Commission de la concurrence considère qu'en principe, les accords verticaux affectent la concurrence de manière notable au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart, notamment lorsqu'ils:

- a) déterminent directement ou indirectement des prix de revente imposés, ou des prix minimum à la revente de biens ou de services par le commerçant;
  - b) limitent directement ou indirectement le territoire ou le cercle de la clientèle de revente du commerçant;
  - c) limitent la vente au consommateur final, dans la mesure où cette limitation est imposée à un commerçant agréé au sein d'un système de distribution sélective;
  - d) limitent les livraisons croisées à l'intérieur d'un système de distribution sélective entre commerçants agréés, même s'il s'agit de commerçants actifs à des échelons différents du marché;
-

- e) empêchent le fournisseur de livrer des composants, respectivement des pièces de rechange à des tiers (consommateur final, atelier de réparation etc.) qui ne sont pas des commerçants parties à l'accord.
- f) contiennent une obligation de non-concurrence d'une durée supérieure à cinq ans ou supérieure à une année après l'expiration de l'accord vertical.

#### **Chiffre 4** Cas d'importance mineure

Selon la Commission de la concurrence, les autres accords verticaux n'affectent pas en règle générale de manière notable la concurrence si les parts de marché de toutes les entreprises qui y participent ne dépassent, sur aucun marché considéré, le seuil de 10%.

Constituent une exception à ce principe les cas où la concurrence sur le marché considéré est limitée par les effets cumulatifs de plusieurs réseaux de distribution verticaux semblables fonctionnant côte à côte, pour autant que les fournisseurs, respectivement les commerçants qui y participent soient effectivement ou potentiellement concurrents.

#### **Chiffre 5** Justification

Lorsqu'il résulte des critères énoncés aux chiffres 3 et 4 qu'un accord vertical affecte de manière notable la concurrence au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart, il faut vérifier si l'accord est justifié par des motifs d'efficacité économique au sens de l'article 5 alinéa 2 LCart. Si tel n'est pas le cas, l'accord vertical est illicite.

Un accord peut être justifié notamment lorsqu'il permet une organisation plus efficace du réseau de distribution et qu'une restriction à la concurrence est nécessaire pour atteindre ce but.

Ceci peut être le cas en particulier lors de limitations du territoire ou du cercle de la clientèle de revente du commerçant, qui

- a) concernent des territoires ou des cercles de clientèle pour lesquels le fournisseur se réserve un droit de livraison personnel, pour autant que le commerçant puisse honorer des commandes spontanées de clients individuels et que la revente par les clients du commerçant ne soit pas elle aussi limitée;
  - b) concernent des territoires ou des cercles de clientèle qui, sur la base d'un contrat avec le fournisseur, sont exclusivement réservés à un autre commerçant, pour autant que le commerçant puisse honorer des commandes spontanées de clients individuels et que la revente par les clients du commerçant ne soit pas elle aussi limitée;
  - c) restreignent la liberté des grossistes de vendre directement aux consommateurs finaux;
  - d) restreignent la liberté d'un commerçant agréé de revendre à un commerçant non agréé les biens ou services achetés;
-

e) restreignent la liberté du commerçant de revendre des composants - que le fournisseur lui a livré pour les intégrer à d'autres produits - à des tiers qui utilisent ces composants pour la production de produits concurrents.

D 1	<b>3. Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza</b>
-----	---

*Decisione della Commissione della concorrenza del 18 febbraio 2002*

Considerate le ragioni illustrate di seguito, la Commissione della concorrenza svizzera pubblica la presente comunicazione:

- ?? Ai sensi dell'articolo 6 LCart, la Commissione della concorrenza può descrivere nelle comunicazioni le esigenze in virtù delle quali gli accordi in materia di concorrenza vengono di norma considerati giustificati da motivi di efficienza economica giusta l'articolo 5 capoverso 2 LCart. Applicando per analogia l'articolo 6 LCart, la Comco può pubblicare nelle comunicazioni anche altri principi riguardanti l'applicazione della legge, quando sussiste il bisogno di una maggiore sicurezza giuridica.
- ?? La presente comunicazione intende chiarire a quali condizioni un accordo verticale può ritenersi di notevole intralcio per la concorrenza conformemente all'articolo 5 capoverso 1 LCart. Si tratta in particolare di definire gli accordi verticali che la Commissione della concorrenza considera atti a intralciare notevolmente la concorrenza, indipendentemente dalla quota di mercato detenuta dai partecipanti. Si intendono così contrastare in particolare le pratiche delle imprese che tendono a discriminare il mercato svizzero rispetto ai mercati stranieri.
- ?? L'enumerazione alla cifra 3 della presente comunicazione degli accordi ritenuti di notevole intralcio alla concorrenza non consente di affermare a priori che tutti gli altri accordi verticali non intralciano notevolmente la concorrenza. Un accordo non è in linea di principio di notevole intralcio alla concorrenza solo se non supera la soglia delle quote di mercato di cui alla cifra 4 capoverso 1 della comunicazione e se i suoi effetti non si sommano a quelli di altri accordi simili presenti sullo stesso mercato. La presente comunicazione non tratta invece la questione della valutazione della liceità di un comportamento giusta l'articolo 7 LCart.
- ?? Con la presente comunicazione, la Commissione della concorrenza rende noti i criteri secondo cui valuterà se un accordo verticale è di notevole intralcio alla concorrenza, alla luce dell'articolo 5 capover-

so 1 LCart. Questa comunicazione non vincola né la Commissione di ricorso in materia di concorrenza né il Tribunale federale nell'interpretazione delle disposizioni del diritto in materia di cartelli.

## **A. Definizioni**

### **Cifra 1** Accordi verticali in materia di concorrenza

Per accordi verticali in materia di concorrenza si intendono le convenzioni con o senza forza obbligatoria, nonché le pratiche concordate (cfr. art. 4 cpv. 1 LCart) da due o più imprese occupanti livelli diversi di mercato e riguardanti le condizioni alle quali le imprese partecipanti possono acquistare, vendere o rivendere beni o servizi.

### **Cifra 2** Sistemi di distribuzione selettiva

Si ha un sistema di distribuzione selettiva quando fra fornitore e commerciante è conclusa una convenzione secondo cui:

- ?? il fornitore è autorizzato a vendere i beni o i servizi oggetto della convenzione solo a commercianti scelti in base a criteri predefiniti, e
- ?? questi commercianti non sono autorizzati a rivendere i beni o i servizi a commercianti non autorizzati.

## **B. Regole**

### **Cifra 3** Incidenza dell'intralcio in funzione dell'oggetto dell'accordo

Di norma, la Commissione della concorrenza ritiene gli accordi verticali di notevole intralcio alla concorrenza, conformemente all'articolo 5 capoverso 1 LCart, soprattutto quando:

- a) stabiliscono direttamente o indirettamente prezzi fissi o prezzi minimi per la rivendita da parte del commerciante delle merci o dei servizi acquistati;
  - b) limitano direttamente o indirettamente il territorio di vendita o la clientela per la rivendita da parte del commerciante;
  - c) limitano la vendita ai consumatori finali, purché queste limitazioni siano imposte ai commercianti autorizzati in seno ad un sistema di distribuzione selettiva;
  - d) limitano forniture incrociate in seno ad un sistema di distribuzione selettiva fra commercianti autorizzati, anche quando si tratta di commercianti a livelli diversi del mercato;
  - e) impediscono ai fornitori di consegnare componenti, rispettivamente pezzi di ricambio, a terzi (consumatori finali, officine di riparazione ecc.) che non sono commercianti partecipanti all'accordo.
  - f) contengono un divieto di concorrenza per un periodo superiore a cinque anni o a un anno dopo la scadenza dell'accordo verticale.
-

**Cifra 4** Casi di importanza minore

Normalmente, la Commissione della concorrenza non ritiene gli altri accordi verticali di notevole intralcio alla concorrenza, se le quote di mercato detenute da tutte le imprese partecipanti non superino la soglia del 10% su nessuno dei mercati considerati.

Fanno eccezione i casi in cui la concorrenza sul mercato considerato è limitata dagli effetti cumulati di svariate reti di distribuzione verticali, simili e funzionanti parallelamente, purché i fornitori, rispettivamente, i commercianti che vi partecipano siano effettivamente o potenzialmente concorrenti.

**Cifra 5** Giustificazione

Quando in base ai criteri di cui alle cifre 3 e 4 risulta che un accordo verticale intralcia notevolmente la concorrenza ai sensi dell'articolo 5 capoverso 1 LCart, occorre verificare se l'accordo è giustificato da motivi di efficienza economica conformemente all'articolo 5 capoverso 2 LCart. Se non è giustificato, l'accordo verticale è illecito.

Un accordo può essere giustificato, in particolare, quando permette un'organizzazione più efficace della rete di distribuzione e una restrizione alla concorrenza è necessaria per raggiungere questo obiettivo.

Questo caso può verificarsi quando sono previste limitazioni del territorio di vendita o della clientela per la rivendita da parte del commerciante le quali:

- a) riguardano zone o gruppi di clienti che il fornitore si riserva di rifornire direttamente, a condizione che il commerciante possa onorare ordinazioni spontanee dei clienti e che la rivendita da parte dei clienti del commerciante non sia anch'essa limitata;
  - b) riguardano zone o gruppi di clienti assegnati in modo esclusivo ad un altro commerciante sulla base di un contratto con il fornitore, a condizione che il commerciante possa onorare ordinazioni spontanee dei clienti e che la rivendita da parte dei clienti del commerciante non sia anch'essa limitata;
  - c) limitano la libertà dei grossisti di vendere direttamente ai consumatori finali;
  - d) limitano la libertà di un commerciante autorizzato in un sistema di distribuzione selettiva di rivendere i beni o servizi acquistati ad un commerciante non autorizzato;
  - e) limitano la libertà del commerciante di rivendere le componenti, che il fornitore gli ha consegnato per essere integrate in altri prodotti, a terzi che le utilizzano per la produzione di prodotti concorrenti.
-

D 1	<b>4. Communication on the appreciation of vertical agreements</b>
-----	--

*Decision of the Competition Commission of 18 February 2002*

The Swiss Competition Commission issues the following Communication on the grounds hereafter mentioned:

- ?? According to article 6 Federal Act on Cartels and Other Restraints of Competition of 6 October 1995 (Act on Cartels, ACart) the Competition Commission can decree conditions under which specified kinds of concerted acts can be justified on grounds of economic efficiency in terms of article 5 paragraph 2 ACart. If required by legal certainty the Competition Commission can, in analogy to article 6 ACart, publish other legal principles in Communications.
- ?? The Communication on hand lays down the grounds on which a vertical agreement represents a significant impairment on competition in terms of article 5 paragraph 1 ACart. In particular it states which types of vertical agreements the Competition Commission deems significant irrespective of the concerned enterprises' share in the relevant market. This particularly encompasses practices of enterprises which allocate the Swiss market from foreign markets.
- ?? From the list of significant agreements in paragraph 3 one cannot draw the conclusion that other vertical agreements are in general deemed insignificant. As a general rule insignificance is only to be supposed if such a vertical agreement falls below the market share threshold marked out in paragraph 4 section 1 of the Communication and if it does not affect the relevant market cumulatively with other agreements. The Communication on hand does moreover not comment on the assessment of legitimacy of such conduct in terms of article 7 ACart.
- ?? With the Communication on hand the Competition Commission states the grounds on which it will judge the significance of vertical agreements in view of article 5 paragraph 1 ACart. This Communication is neither binding to the Appeals Commission on Competition Matters nor the Swiss Federal High Court in their interpretation of the Federal Act on Cartels and other restrictions on competition.

#### **A. Definitions**

##### **Paragraph 1** Vertical agreements

The term "vertical agreements" means binding or non-binding agreements as well as concerted practices of two or more enterprises operating at different levels of the market regarding the terms and condi-

tions on which the enterprises concerned can obtain, sell or resell goods and services.

**Paragraph 2** Selective distribution system

A selective distribution system exists if supplier and dealer agree to the following:

- ?? the supplier can only sell the goods or services in question to dealers specified by certain criteria, and
- ?? these dealers are not to resell the goods or services in question to other dealers which are not authorized to deal within that distribution system.

**B. Rules**

**Paragraph 3** Significance on the basis of the subject matter

In principle the Competition Commission regards vertical agreements as a significant impairment on competition in terms of article 5 section 1 ACart, if they involve notably:

- a) the direct or indirect fixation of prices or of minimum prices for the resale of goods or services obtained by the dealer;
- b) direct or indirect restrictions on the territory or the customer base to which the resale by the dealer is authorized;
- c) restrictions on sales to end consumers as far as these restrictions are put to dealers within a selective distributing system;
- d) restrictions on cross supplies between authorized dealers within a selective distribution system even if they concern dealers of different market levels;
- e) restrictions which hinder the supplier to supply others (end consumers, repair shops etc. ) than the dealer partaking in the agreement with components and spare parts;
- f) a prohibition on competition which lasts longer than five years or lasts for more than a year after ending the vertical agreement.

**Paragraph 4** Summary cases

In principle the Competition Commission does not deem other vertical agreements as significant restrictions on competition if the combined market shares of all the enterprises concerned do not exceed the threshold of 10% in any of the relevant markets.

Exempt are cases in which competition in a relevant market is being restricted by cumulative effects of several coexisting similar distribution systems as long as the suppliers and dealers concerned are factual or possible competitors.

---

**Paragraph 5** Justification

If a vertical agreement is to be regarded as a significant impairment on competition in terms of article 5 paragraph 1 ACart according to the criteria set out in paragraphs 3 and 4 of this communication it is to be examined whether the agreement is justifiable in terms of article 5 paragraph 2 ACart. If this is not the case the vertical agreement is unlawful.

Reason for justification particularly exists if an agreement allows for a more efficient distribution system and the impairment on competition is necessary to achieve this aim.

This can notably be the case with restrictions on the territory or the customer base to which the resale by the dealer is authorized if they:

- a) concern areas or customers which are to be exclusively supplied by the supplier on condition that the supplier leaves it to the dealer to take random orders from individual clients and that a resale by the dealer's customers is not restricted;
  - b) concern areas or customers which are exclusive to another dealer by contract with the supplier on condition that the dealer can take random orders from individual clients and that a resale by the dealer's customers is not restricted;
  - c) restrict wholesalers in their freedom to sell directly to the end consumer;
  - d) restrict authorized dealers within a selective distribution system in their freedom to resell goods and services to unauthorized dealers;
  - e) restrict dealers in their freedom to resell components of goods received from the supplier for usage in certain products to third parties for the fabrication of competitive products.
-



<b>D 2</b>	<b>Bibliografie</b> Bibliographie Bibliografia
------------	--

ASPLUND Marcus/ERIKSSON R./STRAND N., "Price Discrimination in Oligopoly: Evidence from Swedish Newspapers", Centre for Economic Policy Research, Discussion Paper No. 3269, März 2002

BAKER Simon/COSCELLI Andrea/VAN DIJK Theon, "Unilateral Effects in Retail Chain Mergers: An Application to Supermarkets, European Competition Law Review, 2002, S. 180 ff.

BECK Alex, RISCH Leonie, "Mehr Macht für die Wettbewerbshüter", Bulletin 2-02 der Credit Suisse

BLANKART Charles B., "Steuern als Preise - Eine finanzwissenschaftliche Untersuchung mit einer Anwendung auf die EU-Zinsbesteuerung", Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik, 138/1 (2002), S. 19 ff.

BLANKART Charles B., "Modelle der Daseinsvorsorge aus EG-rechtlicher und ökonomischer Sicht", Wirtschaft und Wettbewerb, 4/2002, S. 340 ff.

BLOUIN Max, "On the Pricing of Replacement Parts", Université du Québec à Montréal, CREFE, Working Paper No. 147, März 2002

BORENSTEIN Severin, "The Trouble With Electricity Markets: Understanding California's Restructuring Disaster", The Journal of Economic Perspectives 16/1 (2002), S. 191 ff.

BURNSIDE Alec, "GE, Honey, I sunk the Merger", European Competition Law Review, 2002, S. 107 ff.

CESTONE Giacinta/WHITE Lucy, "Anti-competitive financial contracting: The design of financial claims, Centre for Economic Policy Research, Discussion Paper Series, No. 3182, Januar 2002

CHEN Natalie, "The Behaviour of Relative Prices in The European Union: A Sectoral Analysis", CEPR Discussion Paper Series, No. 3320, April 2002

CLOUGHERTY Joseph A., "US domestic airline mergers: the neglected international determinants", International Journal of Industrial Organization 20 (2002), S. 557 ff.

COX Alan, "The Frequently Forgotten Benefits of Price Discrimination", A Nera Perspective, März/April 2002

CREW Michael A./KLEINDORFER Paul R., "Regulatory Economics: Twenty Years of Progress?", Journal of Regulatory Economics 21/1 (2002), S. 5 ff.

CVSA V./DEGERATU A.M./OTTWADHAWAN R.L., "Bank deposits get interesting", *The McKinsey Quarterly* 2002, Number 2

DORMAN Gary J., "Implementing Price/Cost Tests for Predation: Practical Issues", *A Nera Perspective*, Januar/Februar 2002

DOSTERT Brigitte, LEHMANN Hansjörg, ZWEIFEL Peter, "Herrscht Wettbewerb auf dem schweizerischen Markt für Autohaftpflichtversicherung?", *Sonderdruck aus: Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, 4/2001

FORNI Mario, "Using Stationarity Tests in Antitrust Market Definition", *Centre for Economic Policy Research, Discussion Paper Series, No. 3236*, Februar 2002

FOSS Kirsten/FOSS Nicolai J., "Creating Capturing and Protecting Value: A Property Rights-based View of Competitive Strategy", *Department of Industry, Economic and Strategy, Copenhagen Business School, Arbeitspapier*, Februar 2002

GASMI F./LAFFONT J.J./SHARKEY W.W., "The natural monopoly test reconsidered: an engineering process-based approach to empirical analysis in telecommunications", *International Journal of Industrial Organization* 20 (2002), S. 435 ff.

HARBORD David/OTTAVIANI Marco, "Anti-Competitive Contracts in the U.K. Pay-TV Market", *European Competition Law Review*, 2002/3, S. 122 ff.

HEWITT Gary, "Oligopoly. Background Note", *OECD Journal of Competition Law and Policy* 3 (2002), No. 3, S. 143 ff.

HOGAN William W., "Electricity Market Restructuring: Reforms of Reforms", *Journal of Regulatory Economics* 21/2 (2002), S. 103 ff.

HORBER Rudolf, "Umstrittene Kalkulationshilfen", *Artikel in der Schweizerischen Gewerbezeitung Nr. 15 vom 12. April 2002*

JAKOBSEN Peter Stig/BROBERG Morten, "The Concept of Agreement in Article 81 E.C.: On The Manufacturer's Right to Prevent Parallel Trade Within the European Community", *European Competition Law Review*, 2002/3, S. 127 ff.

KAHN Alfred E., "The Deregulatory Tar Baby: The Precarious Balance Between Regulation and Deregulation, 1970-2000 and Henceforward", *Journal of Regulatory Economics* 21/1 (2002), S. 35 ff.

KLEMPERER Paul, "What Really Matters in Auction Design", *The Journal of Economic Perspectives* 16/1 (2002), S. 169 ff.

KOVACIC William E., "Economic Regulation and the Courts 1982 to 2001: Ten Cases That Made a Difference", *Journal of Regulatory Economics* 21/1 (2002), S. 23 ff.

---

LAMBERTINI L./PODDAR S./SASAKI D., "Research joint ventures, product differentiation, and price collusion", *International Journal of Industrial Organization* 20/6 (2002), S. 829 ff.

LEITZINGER Jeffrey/COLLETTE Martin, "A Retrospective Look at Wholesale Gas: Industry Restructuring", *Journal of Regulatory Economics* 21/1 (2002), S. 79 ff.

LEXECON, "The SME Banking Report", Lexecon Competition Memo, April 2002

LOFARO Andrea/RIDYARD Derek, "Beyond Bork: New Economic Theories of Exclusion in Merger Cases", *European Competition Law Review* 2002/3, S. 151 ff.

MCCABE Mark J., "Journal Pricing and Mergers: A Portfolio Approach", *The American Economic Review* 92/1 (2002), S. 259 ff.

NEWBERY David M. G., "Economic Reform in Europe: Integrating and Liberalizing The Market for Services", Centre for Economic Policy Research, Discussion Paper Series, No. 3183, Januar 2002

ODUDU Okeoghene, "Article 81(3) Discretion and Direct Effect", *European Competition Law Review* 2002, S. 17 ff.

OECD, "Synthesis Paper on International Exhaustion", OECD Joint Group on Trade and Competition, COM/DAFFE/COMP/TD(2002)18

PEPPERKORN Luc, "E.C. Vertical Restraints Guidelines: Effects-Based or Per Se Policy? - A Reply", *European Competition Law Review* 2002, S. 38 ff.

PEITZ Martin, "The pro-competitive effect of higher entry costs", *International Journal of Industrial Organization* 20 (2002), S. 353 ff.

PFLANZ Matthias/CAFFARA Cristina, "The Economics of G.E./Honeywell", *European Competition Law Review* 2002/3, S. 115 ff.

PHILLIPS Almarin, "What It Was Like, What Happened, and What It's Like Now: Developments in Telecommunications Over Recent Decades", *Journal of Regulatory Economics* 21/1 (2002), S. 57 ff.

RIDYARD Derek, "Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses Under Article 82: An Economic Analysis", Nera Arbeitspapier, Februar 2002

SCHULTZ Evan P., "Too many Patents?", law.com, 2002

TAKEYAMA Lisa, "Strategic Vertical Differentiation and Durable Goods Monopoly", *The Journal of Industrial Economics* L/1 (2002), S. 43 ff.

TAYLOR Jason E., "The Output Effects of Government Sponsered Cartels During the New Deal", *The Journal of Industrial Economics* L/1 (2002), S. 1 ff.

---

WEI Dr Xinjiang, "When Will We See Cross-Border Bank Mergers?", *European Competition Law Review* 2002, S. 11 ff.

WILLS Hugh, "Market Definition: How Stationary Tests Can Improve Accuracy", *European Competition Law Review* 2002, S. 4 ff.

YAMAWAKI Hideki, "Price reactions to new competition: A study of US luxury car market, 1986 - 1997", *International Journal of Industrial Organization* 20 (2002), S. 19 ff.

---

## Abkürzungsverzeichnis Registre des abréviations Indice delle abbreviazioni

<b>A</b>			
AF	Arrêté fédéral	FF	Feuille fédérale
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	FMG	Fernmeldegesetz
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	<b>G</b>	
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
<b>B</b>		GU	Gemeinschaftsunternehmen
BA	Bundesamt	<b>H</b>	
BB	Bundesbeschluss	HGer	Handelsgericht
BBI	Bundesblatt	HMG	Heilmittelgesetz
BG	Bundesgesetz	<b>I</b>	
BGBM	BG über den Binnenmarkt	IPRG	BG über das internationale Privatrecht
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	IVöB	Interkant. Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BGer	Bundesgericht	<b>J</b>	
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	JdT	Journal des Tribunaux
BoeB	BG über das öffentliche Beschaffungswesen	<b>K</b>	
BR	Bundesrat	KG	Kartellgesetz
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	KSG	Konkordat über die Schiedgerichtsbarkeit
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	KVG	BG über die Krankenversicherung
BV	Bundesverfassung	<b>L</b>	
BZP	BG über den Bundeszivilprozess	LAA	LF sur l'assurance-accidents
<b>C</b>		LAMal	LF sur l'assurance-maladie
CC	Code civil	LCA	LF sur le contrat d'assurance
CE	Communauté Européenne	LCart	LF sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
CE	Conseil des Etats	LCD	LF contre la concurrence déloyale
CF	Conseil fédéral	LCsl	LF contro la concorrenza sleale
CHF	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LDA	LF sur le droit d'auteur
CO	Code des obligations	LDIP	LF sur le droit international privé
Cost.	Costituzione federale	LETC	LF sur les entraves techniques au commerce
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LF	Loi fédérale / Legge federale
CPS	Code pénal suisse	LL	LF sul lavoro
cst.	Constitution fédérale	LMG	BG über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
<b>D</b>		LMI	LF sur le marché intérieur
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	LMP	LF sur les marchés publics
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	LOTc	LF sugli ostacoli tecnici al commercio
DG	Direction Générale (UE)	LPM	LF sur la protection des marques
<b>E</b>		LRFP	LF sur la responsabilité du fait des produits
EU	Europäische Union	LSPr	LF sulla sorveglianza dei prezzi
<b>F</b>			

<b>M</b>		<b>S</b>	
<b>N</b>		SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
<b>O</b>		SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs
O	Ordonnance	SHAB	Schweizerisches Handels- amtsblatt
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique	SJ	La semaine judiciaire
OCSE	Organizzazione per la coopera- zione e lo sviluppo economico	SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	LF sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	<b>T</b>	
OMP	O sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	O concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
<b>P</b>		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	LF sur la procédure administrative	THG	BG über technische Handelshemmnisse
PCF	LF sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	<b>U</b>	
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UE	Union Européenne
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Publ.CCSPR	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	URG	BG über das Urheberrecht
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
<b>Q</b>		UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb
<b>R</b>		<b>V</b>	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammen- schlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria	VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	<b>W</b>	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RR	Regierungsrat	<b>X</b>	
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	<b>Y</b>	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	<b>Z</b>	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
		ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch  
ZPO Zivilprozessordnung  
ZSR Zeitschrift für schweizerisches  
Recht

---

## Index

- A**
- abgestimmte Verhaltensweise 241, 246, 251, 405
- Abrede 251 f., 254 f., 258 ff., 265, 404, 406
- Anhörung -
- B**
- C**
- D**
- E**
- F**
- G**
- H**
- I**
- Indizienbeweis -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 354 ff., 367
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 255, 282, 305, 341, 369
- Koppelungsgeschäft 309
- L**
- M**
- marktbeherrschende Stellung 241, 281, 284, 309, 316, 345 ff., 352 ff., 356, 368, 370
- Marktgegenseite 255 f., 268, 282, 298, 341, 344, 351, 362 ff.
- N**
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
- Q**
- R**
- S**
- Submission -
- Submissionskartell -
- T**
- U**
- Untersuchung 248 f., 262, 275 f., 278, 289, 416
- unzulässige Wettbewerbsabrede 248 ff., 265, 275, 240
- V**
- Veröffentlichung 241, 244, 260
- vorbehaltene Vorschriften 251, 281, 350
- W**
- X**
- Y**
- Z**
-