



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

2002/3

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL/EDMZ
CH-3003 Bern

www.admin.ch/edmz

Preis Einzelnummer:
CHF 25.--

Preis Jahresabonnement:
CHF 80.--
(Form: 701.000.02/3)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

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

Vente:
OFCL/EDMZ
CH-3003 Berne

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

Prezzo per esemplare:
CHF 25.--

Prezzo dell'abbonamento:
CHF 80.--

Recht und Politik des Wettbewerbs	RPW
-----------------------------------	-----

Droit et politique de la concurrence	DPC
--------------------------------------	-----

Diritto e politica della concorrenza	DPC
--------------------------------------	-----

2002/3

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

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

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

Oktober / octobre / ottobre 2002

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

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

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. Interprofession Emmentaler | 424 |
| 2. Radio- und TV-Markt St. Gallen | 431 |
| 3. Berner Zeitung vs. Publicitas | 435 |

B 2 Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

1. Vorsorgliche Massnahmen

Mesures provisionnelles

Misure cautelari

- | | |
|---------------------------------|-----|
| 1. ADSL-Angebot der Swisscom AG | 440 |
|---------------------------------|-----|

2. Untersuchungen

Enquêtes

Inchieste

- | | |
|------------------------------------|-----|
| 1. Système de distribution Citroën | 455 |
|------------------------------------|-----|

3. Unternehmenszusammenschlüsse

Concentrations d'entreprises

Concentrazioni di imprese

- | | |
|--|-----|
| 1. BP/E.ON | 466 |
| 2. Ernst & Young AG/Arthur Andersen AG | 469 |
| 3. Tamedia AG - LH Holding AG/Radio Basilisk Betriebs AG | 486 |
| 4. Richner AG/Vicom Baubedarf AG | 491 |
| 5. Zürcher Kantonalbank/BZ-Visionen | 496 |
| 6. GU Laboratoires Inneov | 500 |
| 7. Coop/EPA | 505 |
| 8. Weitere | 523 |

4. Sanktionen

Sanctions

Sanzioni

- | | |
|--|-----|
| 1. Zusammenschluss Schweizerische National-Versicherungs-
Gesellschaft/Coop Leben | 524 |
|--|-----|

B 4 Bundesgericht	
Tribunal fédéral	
Tribunale federale	
1. BKW FMB Energie AG	538
D Entwicklungen	
Développements	
Sviluppi	
D 2 Bibliografie	
Bibliographie	
Bibliografia	550
Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	554
Index (deutsch, français e italiano)	557

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	1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	1. Interprofession Emmentaler

Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG

Accords illicites; art. 5 LCart

Accordi illeciti; art. 5 LCart

Rapport final du secrétariat de la Commission de la concurrence (Com-co) du 7 juin 2002 concernant l'enquête préalable selon l'article 26 LCart sur le cas Interprofession Emmentaler relatif à des accords illicites selon l'article 5 LCart

A. En fait

A.1 Objet de l'enquête

1. L'Interprofession "Emmentaler Switzerland" (ci-après: l'Interprofession) est une association organisée corporativement conformément aux articles 60 et suivants du code civil suisse. Sont membres de l'Interprofession:

- a) 457 producteurs de lait destiné à la fabrication de l'Emmentaler;
- b) 305 fabricants de fromage;
- c) 10 entreprises commerciales;
- d) 180 divers autres (associations, autres entreprises).

2. L'article 2 des statuts de l'Interprofession prévoit que cette dernière coordonne la production, les quantités vendues ainsi que la politique de ventes et de prix jusqu'à la raffinerie.

3. A cet égard, l'Interprofession a rédigé un contrat type intitulé "Käsekaufvertrag Emmentaler Switzerland 2001" (ci-après: KKV), liant l'acheteur (société commerciale) et le vendeur (acheteur de lait ou association de fromagerie). Elle a également édicté des règlements sur les quantités à produire, sur la qualité, la fixation des prix et le financement. Ces règlements font partie intégrante du contrat KKV.

4. La présente enquête préalable se base sur les éléments suivants:
- a) En ce qui concerne les quantités, l'Interprofession est compétente pour coordonner la production de l'Emmentaler. Dans un premier temps, le vendeur de fromage (société commerciale) transmet son budget annuel de vente qui doit être accepté par la Direction de l'Interprofession. Ensuite, la quantité annuelle à produire est négociée entre chaque société commerciale et producteur de fromage. Le vendeur s'engage à livrer cette quantité et l'acheteur à ne pas acheter plus d'Emmentaler que la quantité prévue dans le contrat.
 - b) S'agissant du prix du fromage, le Conseil d'administration de l'Interprofession fixe un prix indicatif pour chaque classe de fromage, laquelle est déterminée sur la base de critères qualitatifs. Le prix d'achat du fromage au départ de la fromagerie est fixé d'entente entre l'acheteur et le vendeur. Le prix final au consommateur est fixé librement par les sociétés commerciales. Dès le 1^{er} mai 2001, l'Interprofession fixera un prix minimum obligatoire pour chaque classe de fromage.
 - c) Enfin, l'article 13 alinéa 3 du KKV interdit que les vendeurs fabriquent ou commercialisent du fromage similaire au fromage Emmentaler (cf. DPC 2002/1, p. 70, ch. 26).

A.2 Procédure

5. Suite à une dénonciation à l'encontre de l'Interprofession Emmentaler le 1^{er} décembre 2000, le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: 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 (ci-après: LCart; RS 251) le 12 février 2001 à l'encontre de cette dernière. Le secrétariat a recueilli diverses informations au moyen de questionnaires adressés aux entreprises concernées. Sur la base des réponses apportées, le secrétariat a constaté que la fixation d'un prix conseillé de vente par l'Interprofession au départ de la fromagerie, la fixation de quantité de production ainsi que l'interdiction de commercialiser des fromages similaires à l'Emmentaler pouvaient constituer des restrictions illicites à la concurrence.

6. En date du 25 avril 2002, l'Interprofession "Emmentaler Switzerland" a signé une déclaration visant à supprimer l'état de fait incriminé.

B. En droit

B.1 Applicabilité de la LCart

7. La LCart s'applique notamment aux entreprises de droit privé qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence (art. 2 al. 1er LCart).

B.1.a Entreprises

8. La LCart s'applique à toute entreprise, c'est-à-dire à tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (DPC 2002/1, p. 77, ch. 14). Chacun des membres de l'Interprofession est une entreprise au sens de la LCart.

B.1.b Accords en matière de concurrence

9. Les accords en matière de concurrence sont 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 ils visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1er LCart).

10. En l'espèce, il s'agit de déterminer si (a) la fixation par l'Interprofession d'un prix obligatoire minimum de vente de l'Emmentaler, (b) la fixation de quantité de production ainsi que (c) l'interdiction de commercialiser d'autres fromages similaires à l'Emmentaler constituent des accords au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart (cf. DPC 2002/1, p. 63, ch. 15).

a) La disposition relative au prix de l'Emmentaler (conseillé ou obligatoire) constitue un accord au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart, dans la mesure où les membres s'entendent de façon consciente et voulue sur un paramètre concurrentiel (prix). Peu importe que la fixation du prix ne fasse pas l'objet d'une décision au sein de l'Interprofession. Il s'agit d'une recommandation (prix indicatif) qui semble être respectée par les membres de l'Interprofession. La fixation du prix constitue dès lors un accord au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart.

b) La disposition relative à la quantité annuelle d'Emmentaler à produire constitue un accord au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart, dans la mesure où les parties s'entendent de façon consciente et voulue sur un paramètre concurrentiel (quantité). En effet, il ressort expressément dudit contrat que l'Interprofession coordonne la production de fromage en donnant son aval aux quantités négociées annuellement entre les sociétés commerciales et les vendeurs de fromage, lesquels s'engagent d'ailleurs à ne vendre ni acheter une quantité supérieure à celle prévue dans le contrat. La fixation de la quantité d'Emmentaler à produire constitue dès lors un accord au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart.

c) L'article 13 alinéa 2 du KKV relatif à l'interdiction de commercialiser du fromage similaire par les maisons de commerce constitue un accord au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart dans la mesure où les parties acceptent de manière consciente et voulue de ne pas commercialiser de produits concurrents, accord qui vise ou, à tout le moins, entraîne une restriction à la concurrence.

B.1.c Prescriptions réservées

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

12. Le marché est réglementé par la LAgr et par L'Ordonnance sur les Interprofessions et les organisations de producteurs du 7 décembre 1998 (ci-après: l'Ordonnance; RS 919.117.72).

a) L'article 8 alinéa 1 LAgr dispose que la promotion de la qualité et des ventes ainsi que l'adaptation de la production et de l'offre aux exigences du marché incombent aux producteurs ou à l'interprofession. Le 2^{ème} alinéa de ce même article précise que "par interprofession, on entend une organisation fondée par des producteurs d'un produit ou d'un groupe de produits et des transformateurs ainsi que, le cas échéant, des commerçants". L'Ordonnance définit à son article 1 que l'interprofession est une association représentative composée d'organisations indépendantes et remplissant les conditions de l'article 8 LAgr. L'Interprofession remplit les conditions énoncées dans l'Ordonnance. Partant, elle est légitimée à agir dans le cadre légal précité.

b) L'article 4 alinéa 1 lettre e de ladite ordonnance prévoit que, peuvent faire l'objet d'un soutien de la Confédération, "a) la promotion de la qualité; b) les campagnes de promotion et de mise en valeur de la production indigène; c) l'amélioration de la connaissance et de la transparence de la production et du marché; d) l'établissement de contrats-types conformes au droit fédéral, et e) l'adaptation de la production et de l'offre aux exigences du marché". L'alinéa 2 précise notamment que "les mesures relatives à l'adaptation de la production et de l'offre aux exigences du marché se limitent:

- à la prévision et la coordination de la production en fonction des débouchés;
- aux programmes d'amélioration de la qualité ayant pour conséquence directe une limitation des volumes ou des capacités de production".

Etant donné que l'Interprofession remplit les conditions énoncées dans l'Ordonnance, elle est ainsi légitimée à agir dans le cadre légal précité. Par conséquent, la limitation des volumes ou capacités de production de l'Emmentaler est soustraite à l'application de la LCart.

13. Cependant, force est de constater que:

a) aucune disposition légale ne prévoit la possibilité pour les interprofessions de fixer le prix du fromage au départ de la fromagerie. Le fait que la fixation des quantités annuelles d'Emmentaler à produire puisse exercer une influence sur le prix de l'Emmentaler n'y change rien. L'intervention "étatique" au niveau des volumes et des capacités

de production de l'Emmentaler n'a pas pour effet de soustraire la fixation du prix dudit fromage à l'application de la LCart.

b) aucune disposition ne prévoit la possibilité pour l'Interprofession d'interdire aux vendeurs membres de l'Interprofession toute commercialisation ou vente de fromages similaires au fromage Emmentaler.

B.2 Appréciation de l'accord

14. Avant d'examiner le caractère illicite des accords en question, il convient de déterminer au préalable le marché de référence (DPC 2002/1, p. 141, ch. 24).

B.2.1 Marché de référence

15. Le marché de produits comprend tous les produits que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (art. 11 de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises, OCCE, par analogie).

La Comco s'est prononcée récemment sur la délimitation du marché des produits. Elle a distingué quatre groupes: les fromages à pâte dure, à pâte mi-dure, à pâte molle et les fromages fondus (DPC 1999/1, p. 103; cf. également DPC 2002/1, p. 67, ch. 20b).

L'Emmentaler étant un fromage à pâte dure, le marché de référence est celui des fromages à pâte dure.

16. 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 qui composent le marché de produits (art. 11 al. 3 let. b OCCE, par analogie). Les partenaires potentiels de l'échange sont en premier lieu les membres de l'Interprofession et les détaillants.

a) S'agissant des détaillants, le marché géographique est national, voir même européen. En effet, l'Emmentaler est un fromage à pâte dure faisant partie de l'assortiment classique de fromages des détaillants. Si les détaillants suisses veulent répondre à la demande des consommateurs, ils doivent avoir dans leur assortiment des fromages européens. De plus, du fait des coûts de transport relativement peu élevés, il est possible tant aux détaillants européens d'acheter de l'Emmentaler en Suisse, qu'aux détaillants suisses d'acheter des fromages à pâte dure européens, substitués potentiels à l'Emmentaler.

b) Cependant, la question de savoir si le marché géographique est national ou européen peut rester ouverte, dans la mesure où quelle que soit la délimitation retenue, cela n'aura aucune incidence sur la conclusion finale du rapport.

B.2.2 Suppression de la concurrence efficace

17. En vertu de l'article 5 alinéa 1 LCart, les accords qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace sont illicites. Les accords entre entreprises concurrentes qui fixent directement ou indirectement les prix ou qui restreignent les quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace (art. 5 al. 3 LCart).

a) En l'espèce, les membres de l'Interprofession fixent le prix de l'Emmentaler. Il s'agit donc d'un accord de prix entre entreprises concurrentes pour lesquelles l'article 5 alinéa 3 lettre a LCart présume qu'il supprime la concurrence efficace.

b) De plus, les membres de l'Interprofession se sont engagés à ne pas commercialiser tout fromage similaire à l'Emmentaler, accord pour lequel l'article 5 alinéa 3 lettre b LCart présume également qu'il supprime la concurrence efficace.

18. La présomption de suppression de la concurrence efficace peut être renversée si la concurrence subsiste malgré l'accord (DPC 2002/1, p. 67, ch. 23).

19. Lors de l'analyse de la concurrence, il est possible de déterminer quels sont les concurrents sur un marché défini et quels rapports de force il existe entre eux, notamment grâce à leur part de marché, à la répartition et au développement de celle-ci (cf. DPC 2001/1, p. 92, ch. 33).

a) D'après les informations recueillies par le secrétariat, l'Interprofession détenait une part de marché de 42,8% en 2000 sur le marché du fromage à pâte dur. Son principal concurrent actif sur le marché est l'Association Interprofessionnelle du Gruyère (ci-après: Gruyère). Sa part de marché représente 45%. Ainsi, à eux deux, ils détiennent la quasi-totalité du marché du fromage à pâte dur sur le territoire suisse.

b) De plus, il ressort de l'enquête préalable que d'autres interprofessions de fromages prévoient également la fixation de prix du fromage au départ de la fromagerie et une interdiction d'importer ou commercialiser du fromage similaire étranger. Partant, il existe de forts indices que la concurrence soit supprimée ou au moins fortement restreinte.

c) La présence d'autres concurrents, comme Sbrinz, Grana et Parmigiano ne semblent pas suffisante pour influencer le comportement des deux grandes interprofessions et de leurs membres.

20. Cependant, la question de savoir si la concurrence est effectivement supprimée ou que les accords de l'Interprofession affecte la concurrence de manière notable sans être justifiée pour des motifs d'efficacité n'a plus à être tranchée de manière définitive dans la mesure où les parties se sont engagées à supprimer l'état de fait incrimi-

né. Ils ont à cet égard signer la déclaration suivante qui fait partie intégrante du présent rapport final:

Die Sortenorganisation Emmentaler Switzerland verpflichtet sich, mit sofortiger Wirkung Richt- respektive Mindestpreise im Käsekaufvertrag und im Reglement 2002/2003 zu streichen.

Die Sortenorganisation Emmentaler Switzerland verpflichtet sich, mit sofortiger Wirkung Artikel 13 Absatz 2 des Käsekaufvertrages wie folgt zu ändern:

"Der Verkäufer verpflichtet sich, bezüglich dieses Betriebs neben den in diesem Vertrag geregelten Produktionsmengen inklusive Ortsreserve, keine weiteren Emmentaler oder Emmentaler ähnliche Käse herzustellen".

Die Sortenorganisation Emmentaler Switzerland verpflichtet sich, ihre Mitglieder über die Verpflichtungen, welche sie gegenüber dem Sekretariat der Wettbewerbskommission eingegangen ist, zu informieren".

C. Conclusion

Le secrétariat de la Commission de la concurrence, se fondant sur les faits dont il a eu connaissance et les développements qui précèdent:

1. Constate qu'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence.
 2. Prend acte de l'engagement de l'Interprofession "Emmentaler Switzerland" de supprimer la fixation d'un prix minimum ainsi que l'interdiction pour les vendeurs de commercialiser des fromages similaires à l'Emmentaler figurant dans le contrat "Käsekaufvertrag Emmentaler Switzerland 2001".
 3. Constate que l'état de fait incriminé a été ainsi supprimé.
 4. Prend acte de l'engagement de l'Interprofession "Emmentaler Switzerland" d'en informer ses membres.
 5. Est d'avis que l'ouverture d'une enquête au sens de l'article 27 LCart ne se justifie pas en l'état, mais se réserve le droit d'ouvrir une enquête en cas de violation des engagements pris par l'Interprofession.
 6. Décide de la clôture de l'enquête préalable.
-

B 1.1	2. Radio- und TV-Markt St. Gallen
-------	--

Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen; Art. 7 KG

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

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

Zusammenfassung der Ergebnisse der Vorabklärung wegen allenfalls unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 26 KG)

A. Sachverhalt

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat ein von Radio Top, Winterthur, in Auftrag gegebenes Gutachten der Publicom erhalten, welches zum Ergebnis gelangt, dass das St. Galler Tagblatt seine angeblich (gemäss dem Gutachten) dominierende Stellung im Medienmarkt dazu benützt, die Konkurrenzsender Tele Top und Radio Top im Wettbewerb zu behindern. Wettbewerbsverzerrungen dieser Art würden insbesondere durch den versteckten und unverhältnismässigen Werbemittleinsatz entstehen, den das St. Galler Tagblatt zu Gunsten seiner beiden Sender Tele Ostschweiz und Radio aktuell betreiben würde.

B. Erwägungen

2. Im vorliegenden Fall stellt sich somit die Frage, ob die St. Galler Tagblatt AG ihre Tochterunternehmen, die Tele Ostschweiz AG und Radio Aktuell, derart quersubventioniert (indem sie für diese Gesellschaften Werbung betreibt, ohne ihnen dafür marktübliche Preise zu verrechnen), dass die Konkurrenten von Tele Ostschweiz und Radio Aktuell, das heisst die Sender Tele Top und Radio Top, im Radio- und TV-Markt St. Gallen benachteiligt werden, eventuell sogar aus dem Markt ausscheiden müssten. Grundsätzlich handelt es sich dabei um die von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe d KG erfasste Problematik der gezielten Preisunterbietung.

Marktbeherrschendes Unternehmen

3. Da sich gemäss Artikel 7 KG missbräuchlich nur verhalten kann, wer marktbeherrschend ist, setzt die Anwendung von Artikel 7 KG die Existenz einer marktbeherrschenden Stellung voraus.

4. Im vorliegenden Fall ist wohl davon auszugehen, dass das St. Galler Tagblatt im Markt für Tageszeitungen, die sowohl über regionale und lokale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten (Marktdefinition gemäss dem Entscheid der Weko

im Fall Berner Oberland Medien AG, vgl. RPW 2000/3, S. 425 ff.) über eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG verfügt. Eine Benachteiligung machen Radio Top und Tele Top allerdings nicht auf diesem, sondern auf einem anderen Markt, nämlich dem Markt für Werbung in Tageszeitungen geltend. Es erscheint fraglich, ob für den vorliegenden Fall eine Abgrenzung des relevanten Markts als "Markt für Werbung in Tageszeitungen" sachgerecht ist. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission ist bei der Beurteilung der Marktstellung eines Unternehmens zu berücksichtigen, dass Konkurrenzdruck auch von anderen Werbeträgern (z.B. Plakat, Direktwerbung, Internet, Eventwerbung) ausgeht (vgl. wiederum den oben erwähnten Entscheid, aber auch Publicitas - Gasser - Tschudi Druck, in RPW 1997/2, S. 193 ff.). Dieser Konkurrenzdruck, das heisst die Intensität der Wettbewerbsbeziehungen zwischen den Werbeträgern, variiert je nach Art des zu vermarktenden Produkts beziehungsweise Produktgruppe (vgl. RPW 1997/2, S. 191, Rz. 82). Eigenwerbung von Radios und Fernsehsendern erfolgt grossenteils auch mittels Plakat-, Event- und Internetwerbung. Daher dürfte der sachlich relevante Markt im vorliegenden Fall auch die eben genannten Werbeträger umfassen. Dies wiederum bedeutet, dass das St. Galler Tagblatt seine vielleicht marktbeherrschende Stellung im Zeitungsmarkt mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht auf den Werbemarkt zu übertragen vermag. Somit ist zumindest fraglich, ob die Anwendungsvoraussetzung "marktbeherrschendes Unternehmen" von Artikel 7 KG gegeben ist.

Unzulässige Verhaltensweisen

5. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass eine marktbeherrschende Stellung vorliegen würde, ist - wie nachfolgend begründet wird - keine unzulässige Verhaltensweise auszumachen.

6. Gemäss Botschaft zum Kartellgesetz liegt eine gezielte Preisunterbietung vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen systematisch und ohne Aussichten auf eine kurzfristige Gewinnmaximierung einen ausgewählten schwächeren Konkurrenten unterbietet, und es die dadurch erlittenen Ertragsausfälle wieder wettmacht, wenn es nach dem Marktaustritt des schwächeren Unternehmens seine Preise über das ursprüngliche Preisniveau anheben kann (vgl. BBI 1995 I 574 f.; ähnlich auch die Lehre, vgl. z.B. CLERC E., Art.7 LCart, in TERCIER P., BOVET Ch. (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire romand, Basel 2002, S. 442 ff.). Daraus lassen sich die Voraussetzungen ableiten, welche gegeben sein müssen, damit auf gezielte Preisunterbietung geschlossen werden kann:

a. Die Verhaltensweise muss *systematisch* sein. Sie geschieht über eine bestimmte Zeitdauer zum Beispiel selektiv gegenüber Kunden eines oder mehrerer Wettbewerber. Das Publicom-Gutachten untersuchte das Verhalten des St. Galler Tagblatts während der Zeitperiode vom 01. Oktober 2000 bis zum 30. September 2001,

das heisst während eines Jahres (vgl. Gutachten, S. 7 ff.). Die von Radio Top gerügte Verhaltensweise geschah - gemäss dem Gutachten - während dieser Periode systematisch. Das St. Galler Tagblatt bestritt in seiner Stellungnahme zwar, dass ein vom Kartellrecht erfasster Tatbestand vorliege, stellte aber nicht explizit in Abrede, dass die Verhaltensweise systematisch erfolge. Die erste Voraussetzung kann für die Zwecke dieser Vorabklärung somit als erfüllt gelten.

- b. Die Verhaltensweise ist *gegen einen schwächeren (aktuellen oder potenziellen) Konkurrenten gerichtet*, das heisst gegen einen oder mehrere ausgewählte Konkurrenten. Der Konkurrent muss insgesamt, aber nicht unbedingt im relevanten Markt schwächer sein. Eine solche Situation liegt etwa vor, wenn das (in einem anderen Markt) beherrschende Unternehmen die Aktion durch Einnahmen aus anderen Märkten finanzieren kann (d.h. durch Quersubventionierung; vgl. RPW 1997/2, S. 170, Rz. 57, auch R. ZÄCH "Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen" in: ROLAND VON BÜREN, LUCAS DAVID (Hrsg.) "Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht. V/2 Kartellrecht", Basel 2000, S. 210). Diese Voraussetzung wäre wohl gegeben, da das St. Galler Tagblatt zur finanzkräftigen NZZ-Gruppe gehört. Auch die St. Galler Tagblatt AG bringt in ihrer Stellungnahme nirgends vor, dass ihr vorgeworfene Verhalten wäre sowieso aussichtslos, weil es ihr an den notwendigen Mitteln fehlen würde.
- c. Es besteht *keine Aussicht, durch diese Verhaltensweise die Gewinne kurzfristig zu maximieren*. Die Produkte werden zum Beispiel zu sachlich nicht gerechtfertigten Niedrigpreisen angeboten. In diesem Zusammenhang bringt die St. Galler Tagblatt AG vor, dass es aus betriebswirtschaftlicher Sicht nicht nur sinnvoll, sondern geradezu geboten sei, vorhandenen Werberaum für die eigenen Tochtergesellschaften zu nutzen. Nur so könnten Synergien innerhalb des Konzerns optimal genutzt werden. So gebe es in jeder Zeitung so genannte Weissräume, weil einerseits vorgesehene Inseratplätze nicht verkauft werden könnten und weil andererseits beim Seitenumbruch aus gestalterischen Überlegungen Leerräume entstehen würden. Diese Weissräume könnten für Füllinserate genutzt werden, welche beim St. Galler Tagblatt in erster Linie den eigenen Marketing- und Kommunikationsbedürfnissen, in zweiter Linie aber auch den Marketing- und Kommunikationsbedürfnissen von Tochtergesellschaften dienen würden. Das Vorbringen der St. Galler Tagblatt AG ist nach Auffassung des Sekretariats begründet, das heisst, die fragliche Verhaltensweise ist geeignet, die Gewinne innerhalb des Konzerns auch kurzfristig zu steigern. Wird Werberaum, der anderswie keine Verwendung findet, an Tochtergesellschaften zu Preisen zur Verfügung gestellt, die mindestens diejenigen Kosten decken, welche zusätzlich zu
-

jenen Kosten anfallen, die auch entstehen, wenn der Werberaum unbenutzt (weiss) bleibt, liegt keine Quersubventionierung vor (vgl. sinngemäss KNEIPS G. "Wettbewerbsökonomie", Springer-Verlag 2001, S. 36 ff.). Wie hoch diese zusätzlichen Kosten sind, kann hier nicht festgestellt werden. Es scheint jedoch offensichtlich, dass sie weit unter den Preisen liegen, die für "normale" Inse-
rate zu bezahlen sind¹.

In diesem Zusammenhang mag sich die Frage stellen, ob eine derartige Auffassung nicht dazu führen könnte, dass im Medienbereich tätige Unternehmen gleichsam gezwungen werden, sich in Multimediakonzernen zusammen zu schliessen, weil andernfalls die beschriebenen Synergien nicht realisiert werden können. Darauf wäre zu antworten, dass die Suche und das Auffinden von Effizienzvorteilen, sei es durch eine Verbesserung der Produktionsabläufe, durch Ausschöpfen von Verbund- oder Grössenvorteilen, durch geeignete Kooperationsformen oder Zusammenschlüsse, gerade Sinn und Zweck des Wettbewerbs ist.

d. Zuletzt wäre noch zu prüfen, ob das marktmächtige Unternehmen die *Preise wieder anheben könnte, sobald der Konkurrent den Markt verlassen hat (oder die Marktzutrittsgefahr abgewendet oder der Wettbewerber diszipliniert ist)*. Die Prüfung, ob diese Voraussetzung gegeben ist, erübrigt sich aber, da es an der vorangehenden Voraussetzung fehlt, das heisst, dem allenfalls marktbeherrschenden Unternehmen entsteht im vorliegenden Fall kein Verlust aus der gerügten Verhaltensweise (vgl. oben, unter c).

7. Die Verhaltensweise der St. Galler Tagblatt AG ist aus den genannten Gründen sachlich gerechtfertigt.

8. Die Vorabklärung hat somit keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben. Sie wird folglich eingestellt.

¹ Die so berechneten Kosten der Werbung für Tele Ostschweiz und Radio Aktuell im St. Galler Tagblatt liegen mit einiger Sicherheit unter dem vom St. Galler Tagblatt selbst geschätzten Wert (berechnet nach "normalen" Inseratetarifen) von zirka CHF [...], und mit Gewissheit weit unter den im Gutachten der Publicom geschätzten Werte von CHF [...] bzw. - bei Einbezug des Werbewerts der Programmhinweise - von CHF [...] Mio.

B 1.1	3. Berner Zeitung vs. Publicitas
-------	---

Unzulässige Verhaltensweise; Art. 7 KG

Pratique illicite; art. 7 LCart

Pratica illecita; art. 7 LCart

Schlussbericht vom 19. Mai 2002 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Publicitas AG wegen angeblich unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 27 KG

A. Sachverhalt

1. Parteien und Verfahren

1. Am 13. Februar 2002 erhielt das Sekretariat der Wettbewerbskommission ein Gesuch der Berner Zeitung AG (nachstehend: BZ), mit Sitz in Bern, um Eröffnung einer Untersuchung sowie um Erlass von vorsorglicher Massnahmen gegen die Publicitas AG in Lausanne. Die BZ machte geltend, die Publicitas missbrauche ihre marktbeherrschende Stellung, indem sie eine Bearbeitungsgebühr von CHF 30.-- für Vermittlungsaufträge von weniger als CHF 500.-- zu Gunsten der BZ erhebt, hingegen nicht für ihr Pachtblatt "Der Bund".

2. Nachdem die Gesuchsgegnerin Stellung genommen hatte, eröffnete das Sekretariat am 25. März 2002 eine Vorabklärung im Sinne von Artikel 26 des Kartellgesetzes (SR 251; KG) gegen die Publicitas.

3. Am 8. April 2002 zog die Gesuchstellerin ihren Antrag um Erlass vorsorglicher Massnahmen zurück.

2. Die fragliche Bearbeitungsgebühr

4. Für die Vermittlungstätigkeit von Anzeigen an die Zeitungen kann grundsätzlich zwischen zwei Systemen unterschieden werden: Pacht- und Eigenregie. Bei der Eigenregie bearbeitet die Zeitung das Anzeigengeschäft selber. Beim Pachtsystem hingegen übernimmt ein Dritter das gesamte Anzeigengeschäft der Zeitung. Die Vermittlungsleistungen dieses Drittes werden mit einer Kommission auf dem Anzeigenpreis abgegolten. Der Inserent bezahlt in der Regel nur den Nettopreis, den die Zeitung anwendet, und demnach keine zusätzliche Kommission für die Vermittlungsdienstleistung. Das System der Eigenregie hindert nicht, dass zusätzlich eine Vermittlungsfirma für einen Eigenregie-Titel gegen eine Kommission Anzeigen vermittelt; die Inserenten können jedoch ihre Anzeigen direkt bei der Zeitung platzieren.

5. Die Publicitas hat das gesamte Anzeigengeschäft vom "Bund" übernommen. Die BZ vermittelt hingegen ihre Anzeigen in Eigenregie. Die BZ und die Publicitas haben im Jahre 1999 ein Zusammenarbeits-

abkommen abgeschlossen. Dieses regelt insbesondere den Kommissionsatz für die Vermittlungstätigkeit der Publicitas zu Gunsten der BZ.

6. Seit Anfang 2002 erhebt die Publicitas eine Bearbeitungsgebühr von CHF 30.-- für alle Inserate mit einem Auftragsbetrag von weniger als CHF 500.--, welche bei der Filiale der Publicitas Bern für die BZ aufgegeben werden. Diese Gebühr wird bei anderen Zeitungen, insbesondere beim "Bund", nicht erhoben. Die BZ betrachtet dieses Vorgehen als eine Diskriminierung.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

8. Sowohl die BZ als auch die Publicitas sind als Unternehmen im Sinne des KG zu qualifizieren.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

9. 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 ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Im vorliegenden Fall gibt es keine Vorschriften, die den Wettbewerb nicht zulassen. Ein Vorbehalt gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG liegt somit nicht vor.

B.3 Marktbeherrschendes Unternehmen

10. 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).

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

I. Relevanter Markt

a. Sachlich relevanter Markt

12. 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).

13. Die Tätigkeit der Publicitas besteht in der Vermittlung von Inseraten für Tageszeitungen. Die BZ fragt diese Anzeigen nach und bezahlt dafür eine Vermittlungskommission an die Publicitas.

14. Daher ist von einem Markt für die Vermittlung von Inseraten in Zeitungen auszugehen.

b. Räumlich relevanter Markt

15. 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).

16. Die Publicitas ist gesamtschweizerisch tätig, während das Verbreitungsgebiet der BZ zum grössten Teil im Kanton Bern liegt. Die fragliche Bearbeitungsgebühr ist jedoch geografisch begrenzt, indem sie nur diejenigen Inserate betrifft, die bei der Publicitas-Filiale Bern platziert werden. Sie wird bei anderen Filialen der Publicitas oder über deren "guichet virtuel" im Internet nicht erhoben.

17. Aus diesen Gründen ist von einem auf die Region der Stadt Bern und deren Agglomeration begrenzten räumlich relevanten Markt auszugehen.

II. Marktstellung

18. In der Region Bern sind die Zeitungen "Der Bund" und "Berner Zeitung" die zwei wichtigsten Tageszeitungen, in denen inseriert werden kann. Daneben existieren verschiedene Gratisanzeiger wie der "Berner Bär" oder die Gratiszeitung "20 Minuten". Der Bund hat sein ganzes Anzeigengeschäft der Publicitas verpachtet, während die BZ dasselbe in Eigenregie betreibt.

19. Es stellt sich die Frage, ob die Publicitas auf dem Markt für Vermittlung von Inseraten in den oben erwähnten Zeitungen marktbeherrschend ist.

20. Die Weko und früher bereits die Kartellkommission haben mehrmals festgestellt, dass die Publicitas auf dem schweizerischen Markt eine sehr starke Stellung innehat (vgl. zum Beispiel RPW 1997/2, S. 179 ff., wo von einer überragenden Stellung gesprochen wird). Diese Ausführungen treffen heute für den gesamtschweizerischen Markt mit grosser Wahrscheinlichkeit immer noch zu.

21. Die Stellung der Publicitas in der Region Bern ist jedoch, angesichts der dort starken BZ, zu relativieren. Die BZ hat eine Gesamtauflage von 162'200 Exemplaren (Quelle: WEMF 2001) und eine Streudichte von 35,43% im Bezirk Bern (Quelle: Mediaprint). Der Bund hingegen hat eine Auflage von 68'212 Exemplaren und eine Streudichte von 26,36%. Für die Region Bern ist festzustellen, dass die BZ eine relativ starke Stellung innehat.

22. Da Publicitas lediglich eine Minderheit der in der BZ erscheinenden Anzeigen vermittelt, also die Mehrheit dieser Anzeigen von der BZ selber vermarktet wird, ist fraglich, ob die Publicitas bei den Anzeigenvermittlern in der Region Bern über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Die Verhältnisse sind nicht die gleichen wie gesamtschweizerisch gesehen. Die Frage kann jedoch offen gelassen werden, da die von der Publicitas erhobene Bearbeitungsgebühr keine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Artikel 7 KG darstellt.

B.4 Unzulässige Verhaltensweisen

23. Die BZ macht einen Behinderungsmissbrauch geltend, indem die Publicitas mit dieser Bearbeitungsgebühr die Inserenten davon abhalte, in der BZ zu inserieren und somit ihr Pachtblatt "Der Bund" bevorzuge. Die folgenden Ausführungen zeigen jedoch, dass die fragliche Bearbeitungsgebühr keine Wirkung auf den wirksamen Wettbewerb hat.

24. Laut Angaben der Gesuchsgegnerin sind die von der Bearbeitungsgebühr betroffenen Inserate zur Mehrheit solche aus dem so genannten "Horizontalgewerbe", was Kontaktinserate aller Art umfasst. Diese Anzeigen werden vom Bund aus ethischen Gründen nicht angenommen. Daher kann der Publicitas nicht vorgeworfen werden, den "Bund" hinsichtlich dieser Art Anzeigen ungerechtfertigterweise zu bevorzugen.

25. Die Bearbeitungsgebühr wird nur für Inserate erhoben, die bei der Filiale Bern platziert werden, sei es über den Schalter, per Telefon oder per Fax. Für den Inserenten bestehen mehrere kostenneutrale Ausweichmöglichkeiten, auf die der Inserent, der die Gebühr nicht zahlen will, ausweichen kann. Zum einen ist es möglich, das Inserat direkt bei der BZ zu platzieren, ebenfalls entweder über den Schalter oder per Telefon oder per Fax. Der Schalter der BZ ist nur ein paar hundert Meter vom Schalter der Publicitas entfernt. Zum anderen kann das Inserat per Internet, über den so genannten "guichet virtuel" der Publicitas, aufgegeben werden. Auf diesem Weg wird auch für Aufträge von unter CHF 500.-- keine Gebühr erhoben. Zudem hat der Kunde die Möglichkeit, sein Inserat über eine andere Filiale der Publicitas, zum Beispiel in Burgdorf, Freiburg oder Langenthal, zu platzieren.

26. Damit diese Ausweichmöglichkeiten wahrgenommen werden können, werden die Kunden vor Aufgabe des Inserats jeweils über die Bearbeitungsgebühr informiert. Somit stellt diese Bearbeitungsgebühr keine psychologische Hürde dar, wie dies die Gesuchstellerin behauptet. Die wettbewerbsrechtliche Relevanz einer solchen psychologischen Hürde wäre im Übrigen näher abzuklären.

27. Letztlich kann festgestellt werden, dass die Einführung der Bearbeitungsgebühr keine negativen Auswirkungen auf das von der Publi-

citaz für die BZ generierte Inseratevolumen hatte. Im Gegenteil ist dieses Volumen steigend: zum Beispiel wurden im März 2002 [...] ¹ Seiten an Gelegenheitsinseraten vermittelt, im Vergleich zu [...] ² Seiten im März 2001. Der Behinderungsmisbrauch, den die BZ geltend macht, hat sich also nicht realisiert.

28. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Einführung einer Bearbeitungsgebühr für Aufträge für die BZ von weniger als CHF 500.-- nicht als unzulässiges Verhalten im Sinne von Artikel 7 KG zu betrachten ist. Selbst wenn die Publicitas eine marktbeherrschende Stellung hätte, beständen keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Stellung missbraucht worden wäre.

C. Schlussfolgerungen

29. 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.

¹ Geschäftsgeheimnis der Publicitas

² Geschäftsgeheimnis der Publicitas

B 2 Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2	1. Vorsorgliche Massnahmen Mesures provisionnelles Misure cautelari
B 2.1	1. ADSL-Angebot der Swisscom AG

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 6. Mai 2002 in Sachen ADSL-Angebot der Swisscom AG, Anordnung vorsorglicher Massnahmen

A. Sachverhalt

1. Verfahren

1. Am 6. März 2002 erhielt die Wettbewerbskommission (nachstehend: Weko) eine Eingabe der Profitel AG, welche das Vorgehen der Swisscom AG und deren Tochterfirma Bluewin AG bei der Einführung neuer Preise für den ADSL-Dienst betrifft.

2. Am 11. März 2002 wurden die Swisscom AG und die Bluewin AG durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachstehend: Sekretariat) zur Stellungnahme aufgefordert. Diese sind am 27. März 2002 eingetroffen.

3. Am 22. März 2002 reichte die TDC Switzerland AG (nachfolgend: TDC) bei der Weko eine Stellungnahme betreffend das Vorgehen der Swisscom AG und der Bluewin AG ein. TDC beantragte die Eröffnung einer Vorabklärung beziehungsweise einer Untersuchung gemäss Artikel 27 KG und den Erlass vorsorglicher beziehungsweise superprovisorischer Massnahmen.

4. Diese Eingabe wurde der Swisscom AG und der Bluewin AG weitergeleitet zur Stellungnahme, mit Frist bis zum 22. April 2002. Am 9. April 2002 wurde diese Frist bis 25. April 2002, 12.00 Uhr, verlängert.

5. Am 8. April 2002 trafen sich mehrere Internet Service Provider (ISP) mit Swisscom AG zu einer informellen Sitzung.
6. Am 12. April 2002 hat Swisscom AG bekanntgegeben, dass ab 1. Mai 2002 alle Bezügerinnen des BBCS einen Mindestrabatt von 13% auf den aktuellen Access-Preisen gemäss Standardofferte erhalten.
7. Am 15. April 2002 traf eine weitere Eingabe von TDC ein, mit dem Antrag, die der Swisscom AG gewährte Frist zur Beantwortung des Begehrens von TDC um Erlass von vorsorglichen Massnahmen nicht zu erstrecken.
8. Am 15. April 2002 erhielt die WEKO eine Eingabe des Verbands Inside Telecom (VIT) bezüglich des Verhaltens von Swisscom AG auf dem Markt für Breitbanddienste. Der VIT unterstützt darin sämtliche Anträge von TDC und anderen FDA.
9. Am 25. April 2002 reichten die Swisscom AG und die Bluewin AG ihre Stellungnahme ein.

2. Die Parteien

10. Bei der TDC AG handelt es sich um eine Fernmeldedienstanbieterin (nachstehend: FDA). Sie bietet verschiedene Leistungen im Bereich Telefon und Internet an, unter anderem den Zugang zum Internet durch ADSL. In diesem Sinne ist sie als ISP zu bezeichnen.
11. Die Swisscom AG ist eine im Bereich der Telekommunikation tätige Unternehmung. Sie verfügt über ein die ganze Schweiz abdeckendes Netz, welches von der ehemaligen Monopolistin Telecom PTT aufgebaut wurde. Die Swisscom stellt dieses Netz den anderen Anbietern von Internet-Dienstleistungen gegen Entgelt zur Verfügung, damit diese ihre Kunden physisch erreichen können (sog. Wholesale-Dienstleistung).
12. Die Bluewin AG ist zu 92% Tochtergesellschaft der Swisscom AG. Sie betreibt die Multimedia-Plattform "Bluewin" und bietet, durch Schmal- oder Breitbanddienste wie ADSL, den Zugang zum Internet an. Dazu benützt sie das Netz der Swisscom AG.

3. Vorgehen der Parteien

13. Für die Benützung ihres Netzes berechnet die Swisscom den anderen FDA seit 1. März 2002 folgende Beträge, pro Monat und pro Anschluss, abhängig von der Geschwindigkeit des Anschlusses:
 14. für einen 256 Kbps Anschluss: CHF 39.--
 15. für einen 512 Kbps Anschluss: CHF 54.--
 16. für einen 1 Mbps Anschluss: CHF 82.--
 17. für einen 2 Mbps Anschluss: CHF 145.--
-

18. Die Swisscom gewährt Mengenrabatte bis zu [...] %¹. Diese Schwelle wird ab [...] Anschlüssen² erreicht. TDC hatte Ende Januar 2002 über [...] Kunden³, was ihr einen Rabatt von [...] %⁴ bescherte. Bluewin hatte hingegen zwischen [...] und [...] Kunden⁵, was ihr somit die höchste Rabattstufe einbrachte.

19. Dazu kommen noch zusätzliche, monatlich wiederkehrende Gebühren, welche vom Umfang der übermittelten Daten abhängig sind.

20. Gemäss eigenen Angaben musste TDC für den Monat Januar 2002 für einen 256 Kbps-Anschluss eine monatliche Gebühr für Wholesale-Dienstleistungen der Swisscom von CHF [...] ⁶, inklusiv eines [...] %igen Spezialrabatts⁷, entrichten. Für einen 512 Kbps-Anschluss beträgt die Gebühr CHF [...] ⁸.

21. Am 1. März 2002 setzte die Bluewin AG ihre Endkundenpreise für ADSL herab. Ein 256 Kbps-Anschluss kostet neu nur CHF 49.-- pro Monat (bisher CHF 64.--) während ein 512 Kbps Anschluss für CHF 79.-- erhältlich ist (bisher CHF 94.--). Dieses Angebot wurde mit einer landesweiten Werbekampagne bekannt gemacht.

22. TDC AG macht bei der Weko den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung geltend (Art. 7 KG), indem die Swisscom AG beziehungsweise die Bluewin AG ihre Leistungen gezielt unterbietet, ihre Wholesale-Kunden diskriminiert und diesen unangemessene Preise auferlegt.

B. Erwägungen

1. Zuständigkeit

23. Stehen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Artikel 5/7 KG in Frage, hat die Wettbewerbskommission die Möglichkeit, im Rahmen des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens 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

¹ Geschäftsgeheimnis der Swisscom

² Geschäftsgeheimnis der Swisscom

³ Geschäftsgeheimnis der TDC AG

⁴ Geschäftsgeheimnis der TDC AG

⁵ Geschäftsgeheimnis der Swisscom

⁶ Geschäftsgeheimnis der TDC AG

⁷ Geschäftsgeheimnis der Swisscom

⁸ Geschäftsgeheimnis der TDC AG

des Erlasses vorsorglicher Massnahmen noch kein Verfahren eröffnet worden ist, gleichzeitig mit dem Erlass der vorsorglichen Massnahmen vom Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG eröffnet werden. Swisscom AG ist der Ansicht, das Gesuch von TDC um Erlass vorsorglicher Massnahmen ziele primär darauf ab, private Interessen zu verfolgen, weshalb ihr das Verfahren nach Artikel 27 KG nicht offen stehe. Die TDC AG sei zur Durchsetzung solcher Ansprüche gemäss Artikel 12 KG auf den zivilrechtlichen Weg zu verweisen. Dieser Argumentation kann jedoch nicht Folge geleistet werden, da die anderen FDA genauso betroffen sind wie TDC und es sich folglich nur in zweiter Linie um private Interessen der TDC handelt. Im Vordergrund steht die vorläufige Sicherung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt gemäss Randziffer 34 ff. nachstehend.

24. Die sachliche Zuständigkeit ist somit gegeben.

2. Vorbehaltene Vorschriften

25. 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 vorbehaltenen Vorschriften zu berücksichtigen.

3. Materielle Voraussetzungen

26. Mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen soll die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden (vgl. RPW 1999/3, S. 396). Als gestaltende Massnahmen bezwecken sie, ein bestimmtes Rechtsverhältnis provisorisch in einer bestimmten Weise zu gestalten (RPW 1997/4, S. 604 f.).

27. In besonders dringenden Fällen rechtfertigt es sich, vorsorgliche Massnahmen ohne Anhörung der Betroffenen anzuordnen. Besondere Dringlichkeit ist dann gegeben, wenn die Abwendung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils eine Anhörung der Betroffenen nicht mehr zulässt (vgl. RPW 1999/2, S. 209). Im vorliegenden Fall ist eine Anhörung der Betroffenen möglich. Die zeitliche Dringlichkeit als Eintretensvoraussetzung ist nicht gegeben. Die Wettbewerbskommission tritt deshalb auf das Gesuch der TDC AG um Erlass superprovisorischer Massnahmen nicht ein (in analoger Anwendung von Art. 28d Abs. 2 ZGB).

28. 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 diese Voraussetzungen nicht strikte bewiesen, sondern lediglich glaubhaft gemacht werden (RPW 1997/4, S. 612).

a. Entscheidprognose

29. Im Rahmen der Entscheidprognose 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).

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

I Marktbeherrschendes Unternehmen

31. 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).

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

Der relevante Markt

Sachlich relevanter Markt

33. Der sachliche 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).

34. Wie bereits in RPW 2001/1 (S. 73 ff.: xDSL-Dienste der Swisscom) begründet, hat die WEKO aufgrund der technisch möglichen Substituierbarkeit der verschiedenen Technologien im Bereich breitbandiger Datenübertragung (CATV, WLL, UMTS) einen sachlich relevanten Markt für Breitbanddienste abgegrenzt. Dieser wurde weiter unterteilt in einen Retailmarkt (Breitbanddienste für Endkunden) und einen Wholesalemkt (Breitbanddienste für Fernmeldediensteanbieterinnen), wobei zum Wholesalemkt gemäss RPW 2001/2 (S. 348 ff.: Gutachten i.S. Interkonktionsverfahren diAx vs. Swisscom AG) auch die Infrastruktur gehört, welche das Angebot von Breitbanddiensten überhaupt ermöglicht (Breitbandinfrastruktur).

35. Da TDC zusammen mit anderen FDA die Marktgegenseite darstellt und verlangt, dass die Preissenkungen, welche Swisscom ihren End-

kunden via ihre Tochter Bluewin gewährt, auch an TDC weiterzugeben seien, wird folglich der sachlich relevante Markt über den Wholesalemarkt definiert.

Räumlich relevanter Markt

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

37. In RPW 2001/2 (S. 348 ff.: Gutachten i.S. Interkonnektionsverfahren diAx vs. Swisscom AG) definiert die WEKO einen räumlich relevanten Markt für Breitbanddienste, welcher die ganze Schweiz umfasst.

38. Swisscom hingegen sieht keinen schweizweit homogenen Wettbewerb bei Breitbanddiensten, da sich die Wettbewerbsverhältnisse regional unterscheiden. So würden sich die Aktivitäten der Marktteilnehmer, die Nachfrage nach entsprechenden Diensten und die lukrativen Kunden auf die Ballungszentren konzentrieren, womit eine regional differenzierte Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes stattfinden müsste.

39. Die räumliche Abgrenzung muss aber in ihrer Gesamtheit betrachtet werden. FDA als Marktgegenseite wollen Kunden in der ganzen Schweiz bedienen und müssen so zwangsläufig über eine gesamtschweizerische Breitbandinfrastruktur verfügen. In RPW 2001/2 (S. 348 ff.: Kapitel Marktstellung) wird ausserdem aufgezeigt, dass die behaupteten Unterschiede regionaler Wettbewerbsverhältnisse nur gering sind. Es ist deshalb von einem räumlich relevanten Markt für Breitbanddienste auszugehen, der die ganze Schweiz umfasst.

Marktstellung

Aktueller Wettbewerb

40. In RPW 2001/2 (S. 348 ff.) hat die WEKO zuhanden der ComCom ein Gutachten publiziert, welches detailliert die Marktstellung von Swisscom im Markt für Breitbanddienste beurteilt. Bezüglich des aktuellen Wettbewerbes konnte festgestellt werden, dass mehrere alternative Breitbandinfrastrukturen auf der Basis von xDSL, CATV, WLL und UMTS parallel im Aufbau begriffen sind, diese aber aufgrund ihrer momentan sehr beschränkten Verfügbarkeit weder einzeln noch zusammen eine Alternative bieten. Einzig das Angebot von CATV, welches zurzeit zwischen 260'000 und 400'000 Haushalte in Ballungszentren erreicht, vermag dem aktuellen Wettbewerb eine gewisse disziplinierende Wirkung, auf das Verhalten von Swisscom AG, zu verleihen. Diese Wirkung ist jedoch sehr gering, auch aufgrund der Tatsache, dass kein Wholesaleangebot von CATV existiert. Das Vorhandensein eines genügenden, aktuellen Wettbewerbs ist somit zu verneinen.

Potenzieller Wettbewerb

41. Die Beurteilung des potenziellen Wettbewerbs, ausgehend von alternativen Breitbandinfrastrukturen, ist mit Unsicherheiten verbunden. Diese betreffen sowohl die technischen Möglichkeiten der alternativen Breitbandinfrastruktur als auch den zeitlichen Rahmen für deren Verbreitung. Solange ein etabliertes Unternehmen nicht mit einer gewissen Sicherheit von ernsthaften Möglichkeiten zu Markteintritten rechnen muss, wird es diesen nur am Rande berücksichtigen. Die Wirkung des potenziellen Wettbewerbes auf das Verhalten von Swisscom ist somit gering. Einzig CATV (Cablecom) erscheint als vielversprechende zukünftige Alternative, wobei es abzuwarten gilt, wie schnell und effizient die Probleme auf technischer Seite, sowie bezüglich der zersplitterten Eigentümerstruktur gelöst werden.

Ergebnis

42. Aufgrund der Beurteilung des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass sich Swisscom auf dem Markt für Breitbanddienste weitgehend unabhängig verhalten kann und somit im Sinne vom Artikel 4 Absatz 2 KG als marktbeherrschendes Unternehmen anzunehmen ist.

II Unzulässige Verhaltensweisen

Diskriminierung; Bevorzugung der Bluewin AG gegenüber anderen ISP anhand der Rabattskala

43. Marktbeherrschende Unternehmen unterliegen der positiven Pflicht, Wettbewerber in vor- und nachgelagerten Handelsstufen gleich zu behandeln wie die zum marktbeherrschenden Unternehmen gehörenden Wirtschaftseinheiten. Das marktbeherrschende Unternehmen darf die Wettbewerber nicht zu Bedingungen beliefern, die ungünstiger sind als für die eigenen Wirtschaftseinheiten, sofern dies in Verdrängungsabsicht erfolgt und sich nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen lässt (vgl. Kommentar KG-Dallafior, Art. 7, Rz. 103).

44. Im vorliegenden Fall gewährt die Swisscom AG ihren Wholesale-Kunden einen Mengenrabatt, welcher von der Kundenzahl abhängig ist. Ab [...] Kunden⁹ erhält eine FDA als Wiederverkäuferin den maximalen Rabatt von [...] %¹⁰.

45. Mengenrabatte sind kartellrechtlich grundsätzlich unbedenklich, solange sie ökonomisch gerechtfertigt sind und keine Kunden diskriminieren. Im vorliegenden Fall ist die Lage aber so, dass nur die eigene

⁹ Geschäftsgeheimnis der Swisscom

¹⁰ Geschäftsgeheimnis der Swisscom

Tochterfirma der Swisscom AG, Bluewin AG, über mehr als [...] Kunden¹¹ verfügt und somit die höchste Rabattstufe erreichen kann. Es ist nicht davon auszugehen, dass die anderen ADSL-Anbieter innert weniger Monate ihre Kundenzahl so rasch werden steigern können, um die maximale Rabattstufe zu erhalten.

46. Bluewin ist somit in der Lage, die Wholesale-Dienstleistungen der Swisscom [...] %¹² günstiger als TDC zu beziehen und somit ihre eigenen Leistungen zu einem wesentlich tieferen Preis zu verkaufen. Aufgrund des von Swisscom AG ab 1. Mai 2002 eingeführten Mindestrabatts von [...] %¹³ verkleinert sich diese Preisdifferenz allerdings auf maximal [...] %¹⁴. Dieser Umstand gibt Bluewin nach wie vor einen wettbewerbsmässigen Vorteil, der gemäss Swisscom AG jedoch sachlich gerechtfertigt und wettbewerbskonform ist. Auf einem dynamischen, erst im Aufbau begriffenen und aktuell stark expandierenden Markt wie ADSL ist ein solcher Vorteil aber entscheidend für die Entwicklung der Marktstruktur. Ein Anbieter, der in dieser Phase über einen preislichen Nachteil gegenüber Bluewin AG verfügt, wird kaum auf eine genügende Anzahl Kunden kommen, um den maximalen Rabatt (wie Bluewin AG) zu erhalten. Dabei genügt es, dass dieser preisliche Nachteil gemessen an der absoluten Zahl nur gering ist. Hochgerechnet auf die Anzahl Kunden und mit Blick auf die Zeitachse ergibt sich eine Summe, die signifikant ist. Deshalb ist der Preisunterschied zwischen der eigenen Anbieterin von Swisscom (Bluewin AG) und deren Konkurrenten als Diskriminierung im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG anzusehen.

47. Diese Anbieter drohen aus dem Markt auszuschneiden, ohne dass sie jemals über eine reelle Chance verfügt hätten, mit gleich langen Spiesen gegen Bluewin AG im Wettbewerb anzutreten. Als Folge davon wäre Bluewin AG die faktisch einzige valable Anbieterin, womit die Möglichkeit bestünde, die Preise nachträglich wieder anzuheben und in den Genuss einer Monopolrente zu kommen. Swisscom AG hält diese Entwicklung für unwahrscheinlich, da die CATV-Anbieterinnen aufgrund ihrer Preisführerschaft im Retailmarkt nicht aus dem Markt für Breitbanddienste zu verdrängen wären. Trotzdem lässt sich diese Möglichkeit nur mit dem Erlass vorliegender vorsorglicher Massnahmen definitiv ausschliessen. Es ist eine der zentralen Aufgaben der

¹¹ Geschäftsgeheimnis der TDC AG

¹² Geschäftsgeheimnis der Swisscom

¹³ Geschäftsgeheimnis der Swisscom

¹⁴ Geschäftsgeheimnis der Swisscom

Wettbewerbskommission, nach Kartellgesetz in einem neu entstehenden Markt, wie dem vorliegenden für Breitbanddienste, dafür zu sorgen, dass alle Wettbewerber mit gleichen Chancen und mit gleich langen Spiessen gegeneinander antreten können. Sobald ein Unternehmen wie Swisscom es in der Hand hat, seine bereits beherrschende Stellung zum Nachteil der Konkurrenten einzusetzen und dies auch tatsächlich zu tun scheint, ist ein rasches und entschlossenes Eingreifen der Wettbewerbskommission unerlässlich.

48. Wie die Weko im Entscheid "Blue Window" (RPW 1997/2, S. 168) ausführte, sind in solchen Märkten Reputationseffekte von Bedeutung. Derjenige Anbieter, der als erster über einen Wettbewerbsvorteil verfügen kann, profitiert noch lange davon. Wenn dieser Vorteil nicht auf eigene Innovationen oder andere Leistungen, sondern auf die Ausnützung einer beherrschenden Stellung zurückzuführen ist, drängt sich die Intervention der Wettbewerbsbehörde auf. Swisscom AG argumentiert, dass TDC im direkten Preisvergleich zurzeit besser abschneide als Bluewin und deswegen weder einen Wettbewerbsnachteil noch negative Reputationseffekte fürchten müsse.

49. Dieses Argument ist jedoch verfehlt, denn trotz Änderung der fraglichen Rabattskala wird die Bluewin AG im Vergleich zu anderen ISP nach wie vor ungerechtfertigterweise bevorzugt. Es wird ihr ein Wettbewerbsvorteil verschafft, der nicht auf eigenen Leistungen beruht und zudem positive Reputationseffekte zur Folge hat. Damit ist eine Diskriminierung im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG glaubhaft gemacht.

III Ergebnis

50. Aus den vorstehenden Gründen ist glaubhaft gemacht, dass die Swisscom AG ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht und somit Artikel 7 KG verletzt. Das Vorliegen einer günstigen Entscheidungsprognose ist zu bejahen.

b. Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil für den wirksamen Wettbewerb

51. 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 und anderen Wettbewerbern von Bluewin AG ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. In Bezug auf den wirksamen Wettbewerb ist ein solcher Nachteil insbesondere dann gegeben, wenn gravierende und irreversible Strukturveränderungen des betroffenen Marktes drohen. In Bezug auf die Gesuchstellerin liegt dieser Nachteil auf jeden Fall dann vor, wenn der Marktauftritt derselben bei einem Zuwarten ernsthaft in Frage gestellt ist und sogar das kurzfristige Ausscheiden aus dem Markt droht. Zudem muss zwischen

dem Nachteil und der wahrscheinlichen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung ein Kausalzusammenhang bestehen (RPW 1999/2, S. 204 ff., Rz. 42).

52. Das am 1. März 2002 von Bluewin lancierte ADSL-Angebot bietet den Kunden für CHF 49.-- pro Monat inklusive Mehrwertsteuer den BroadWay 256-Dienst beziehungsweise für CHF 79.-- inklusive Mehrwertsteuer den BroadWay 512-Dienst an. Dieses Angebot auf dem Retailmarkt kam zustande, ohne dass die Preise im Wholesale-Bereich vorgängig gesenkt wurden. Somit ist Bluewin aufgrund ihrer Verbindung zu Swisscom und deren faktischem Monopol bezüglich Breitbandinfrastruktur als einzige FDA in der Lage, solche Vergünstigungen zu gewähren, währenddem die Gefahr besteht, dass die monatlichen Wholesale-Kosten anderer FDA bereits über diesem Endkundenpreis von Bluewin liegen.

53. Die von Swisscom eingeführte Rabattstaffelung steuert in dieselbe Wirkungsrichtung, da die Höhe der gewährten Rabatte von der Anzahl akquirierter Kunden bestimmt wird. Bluewin ist jetzt und in der gegenwärtig entscheidenden Startphase die einzige FDA, welche die maximale Rabatthöchststufe erhält.

54. Der strukturelle Vorteil, bedingt durch die Verbindung Swisscom - Bluewin und ergänzt durch den synergetischen Effekt der Rabattstaffelung, bewirkt, dass die Differenz bezüglich Marktanteile zwischen Bluewin und anderen FDA in Zukunft noch weiter wachsen wird. Der wirksame Wettbewerb spielt momentan nicht und wird künftig, ohne entsprechende Massnahmen, völlig ausser Kraft gesetzt, da die anderen FDA an diesem, ohne Inkaufnahme beträchtlicher Verluste, gar nicht effektiv teilhaben können.

55. Swisscom erklärt, auch Bluewin mache bis zum geplanten Erreichen des "Break even point" im Jahr CHF [...] ¹⁵ Verluste. Diese wären allerdings geringer als bei anderen FDA, was nichts mit einer Bevorzugung durch die Swisscom AG zu tun habe, sondern auf wesentliche Produktunterschiede zurückzuführen sei, wie beispielsweise effizientere Festlegung der Datenlimite und Overbooking-Rate sowie bessere Nutzung der Caching-Technik. Im Rahmen des Verfahrens über vorsorgliche Massnahmen kann auf diese Argumente von Swisscom nicht eingetreten werden. Sie sind allenfalls in der zu eröffnenden Untersuchung abzuklären, wobei im jetzigen Zeitpunkt davon auszugehen ist,

¹⁵ Geschäftsgeheimnis der Swisscom

dass hierzu ein Expertengutachten notwendig sein wird. Für ein solches besteht im aktuellen Verfahrensstadium kein Raum, weil es das Verfahren ungebührlich verlängern würde. Zudem ist nicht einzusehen, wie das oben stehende Argument von Swisscom eine Diskriminierung der Konkurrenten von Bluewin AG rechtfertigen könnte. Auch aus diesem Grund ist zurzeit nicht weiter darauf einzutreten.

56. Der sich schnell entwickelnde Markt gewinnt monatlich eine Vielzahl neuer Kunden dazu. Diese binden sich meist bewusst, längerfristig an ein Unternehmen, weshalb die Bereitschaft zum späteren Wechsel der FDA äusserst gering ist. Folglich ist es für alle FDA wichtig, in diesem zukunftssträchtigen Markt so schnell wie möglich Fuss zu fassen, um langfristig Erfolg zu haben. Da dies aufgrund der momentanen Situation im Breitband-Wholesalemarkt nicht möglich erscheint, erleiden die FDA mit Ausnahme von Bluewin einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil.

57. Im Ergebnis droht sowohl dem wirksamen Wettbewerb, als auch der TDC und anderen Konkurrenten von Bluewin AG ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, welcher kausal durch das Verhalten von Swisscom verursacht wird.

c. Dringlichkeit

58. Dringlichkeit ist gegeben, wenn davon ausgegangen werden muss, dass der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil vor Erlass des Hauptentscheides eintreten wird.

59. Wie bereits in den Ziffern 46 und 52 ff. dargelegt, funktioniert der wirksame Wettbewerb infolge der Rabattstruktur nicht. Die Wettbewerbsmöglichkeiten der anderen FDA sind somit eingeschränkt, während Bluewin monatlich eine Vielzahl sich langfristig bindender Kunden dazu gewinnt. Folglich wird bei Andauern dieser Situation die Differenz bezüglich der Marktanteile immer grösser. Ein Effekt, der durch den jungen, sich schnell entwickelnden Markt für Breitbanddienste zusätzlich verstärkt wird. Es besteht also die Gefahr, dass ohne sofortige, unmittelbar wirksame Intervention der Wettbewerbsbehörde dem wirksamen Wettbewerb ein Schaden entstünde, der im Nachhinein nicht mehr zu beheben wäre.

60. Der Nachteil für die FDA, sich im betreffenden Markt zu etablieren, wird mit zunehmender Zeit immer gravierender, weshalb ohne Verzug zu reagieren ist. Es kann deshalb nicht bis zum Hauptentscheid zugewartet werden.

d. Verhältnismässigkeit

61. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist verhältnismässig, wenn die Massnahmen geeignet sind, den wahrscheinlich vorliegenden beziehungsweise eintretenden Nachteil abzuwenden, wenn sie

erforderlich sind, und wenn die Interessen an der Anordnung solcher Massnahmen die entgegenstehenden Interessen überwiegen.

62. Die Massnahme, sämtlichen FDA die gleiche Rabattstufe wie Bluewin zu gewähren, erscheint geeignet, den wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten, weil alle FDA im Verhältnis zu den Kunden somit über die gleichen strukturellen Startvoraussetzungen verfügen.

63. Die Erforderlichkeit dieser Massnahme geht aus der Tatsache klar hervor, dass es sich um einen jungen dynamischen und rasch wachsenden Markt handelt, der auf allfällige Wettbewerbsbeschränkungen schnell reagiert. Es geht darum sicherzustellen, dass alle potenziellen Anbieter über die gleichen Startvoraussetzungen wie Bluewin verfügen.

64. Die dieser Massnahme entgegenstehenden Interessen von Swisscom sind zu Gunsten der unbehinderten Entwicklung dieses wichtigen Marktes hinten anzustellen.

e. Ergebnis

65. Aus den oben erwähnten Gründen ergibt sich, dass die materiellen Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen erfüllt sind.

66. Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass Swisscom ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht. Deshalb rechtfertigt es sich, Swisscom mit vorliegender vorsorglicher Massnahme zu verpflichten, allen Wiederverkäufern von ADSL-Diensten die gleichen Rabatte wie ihrer eigenen Tochtergesellschaft Bluewin AG zu gewähren.

67. Die TDC AG beantragt, es sei ihr ein zusätzlicher Rabatt zu gewähren, eventualiter sei Bluewin anzuweisen, die Preise anzuwenden, die vor der Senkung vom 1. März 2002 galten. Hierzu ist festzuhalten, dass die WEKO nicht an die Anträge der TDC gebunden ist, sondern von Amtes wegen diejenigen vorsorglichen Massnahmen anordnet, die für einen wirksamen Wettbewerb als notwendig erscheinen (vgl. RPW 1997/4, Recymet SA, S. 607 ff.). Es ist nicht Sinn und Zweck des Kartellgesetzes, einzelnen Wettbewerbern eine privilegierte Stellung zu verschaffen. Die Wettbewerbskommission erachtet es deshalb als nicht angezeigt, sich im Einzelnen mit den Anträgen der TDC auseinanderzusetzen und zu begründen, wieso ihnen nicht im beantragten Umfang statt gegeben wird.

68. Zugleich ist eine Untersuchung im Sinne von Artikel 27 KG zu eröffnen.

4. Entzug der aufschiebenden Wirkung

69. In der Regel hat die Beschwerde aufschiebende Wirkung (Art. 55 Abs. 1. VwVG). Das bedeutet, dass eine Verfügung erst vollstreckt

werden kann, wenn sie rechtskräftig wird. Während des Beschwerdeverfahrens bleibt die Situation wie vor der Verfügung.

70. Hat die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand, so kann die Vorinstanz darin einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Sie muss in diesem Zusammenhang prüfen, ob Gründe, die für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. Dabei steht der Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Bei der Abwägung der Gründe für und gegen die sofortige Vollstreckbarkeit können auch die Aussichten auf den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache ins Gewicht fallen. Im Übrigen darf die verfügende Behörde die aufschiebende Wirkung nur entziehen, wenn sie hierfür überzeugende Gründe geltend machen kann (BGE 110 V S. 40, E.5b; RPW 1999/3, S. 502).

71. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung bei vorsorglichen Massnahmen im Bereiche des Kartellgesetzes ruft nach besonderer Zurückhaltung. Einerseits, weil nach dem Willen des Gesetzgebers Zwischenverfügungen in einem "beschleunigten" Verfahren auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen sind (Art. 50 VwVG) und andererseits, weil es den Beteiligten frei steht, zum Schutze allfälliger Ansprüche, die aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung entstehen, an den Zivilrichter zu gelangen (Art. 17 KG). Deshalb stehen im verwaltungsrechtlichen Verfahren in erster Linie volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen oder marktbeherrschenden Unternehmen im Vordergrund (RPW 1999/3, S. 502).

72. Da der Entzug der aufschiebenden Wirkung eine Art vorsorglicher Massnahme ist, müssen zu deren Anordnung die entsprechenden materiellen Voraussetzungen erfüllt sein. Diese bestehen aus dem kumulativen Zusammentreffen einer günstigen Entscheidprognose, eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils sowie der Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit der beabsichtigten vorsorglichen Massnahme. Grundsätzlich kann jedoch im vorliegenden Fall auf die in Randziffer 52 ff. beschriebenen Erwägungen verwiesen werden.

73. Wie oben erwähnt, wurde im vorliegenden Fall überzeugend geltend gemacht, dass Gründe dafür bestehen, dringende Massnahmen anzuordnen, damit die TDC und andere Unternehmen nicht von der Swisscom AG aus dem Markt gedrängt werden. Aus denselben Gründen besteht ein Interesse daran, dass diese Massnahmen sofort vollstreckbar werden und einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommt.

74. Wie bereits erwähnt (Rz. 52 ff., insbesondere Rz. 57), entwickelt sich der Markt sehr schnell. Deshalb ist es wichtig, allen FDA so rasch wie möglich den Markteintritt zu ermöglichen und so einen wirksamen Wettbewerb von Beginn weg zu garantieren. Dazu ist aber die

sofortige Gleichbehandlung aller in den Markt für Breitbanddienste eintretenden FDA durch die Swisscom AG notwendig. Falls eine allfällige Beschwerde aufschiebende Wirkung hätte, würde dies bedeuten, dass Bluewin ihre Vorteile noch mindestens einige Monate behalten würde. Es bestünde das Risiko, dass die anderen FDA in der Zwischenzeit ihr ADSL-Angebot wieder einstellen müssten und Bluewin somit zur einzigen ADSL-Anbieterin auf dem Telefonnetz werden würde, was nicht mit dem wirksamen Wettbewerb zu vereinbaren wäre. Zudem bringt das nachträgliche Aufbrechen festgefahrener Marktstrukturen zur Korrektur des Wettbewerbs viel mehr Schwierigkeiten mit sich, als der frühzeitige Erlass wirksamer Regelungen. Es besteht also die Gefahr, dass ohne sofortige, unmittelbar wirksame Intervention der Wettbewerbsbehörde dem wirksamen Wettbewerb ein Schaden entstünde, der im Nachhinein nicht mehr zu beheben wäre.

75. Es besteht also neben dem privaten Interesse der TDC AG auch ein überwiegendes öffentliches Interesse am wirksamen Wettbewerb. Die WEKO kann deshalb vorsorgliche Massnahmen im Interesse des wirksamen Wettbewerbs treffen. Dieses überwiegt das private Interesse der Swisscom AG am Fortbestehen der Situation auf dem Markt für Breitbanddienste, in welcher sie die Konkurrenten ihrer Tochtergesellschaft Bluewin mit hoher Wahrscheinlichkeit diskriminiert (dazu Rz. 43 ff.).

76. Die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegen die vorliegende Verfügung muss aus diesen Gründen entzogen werden.

C. Kosten

77. Über die Kosten für dieses Verfahren wird mit dem Entscheid in der Hauptsache entschieden.

78. Die TDC AG hat die Zusprechung einer Parteientschädigung beantragt. Weder das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021) beziehungsweise die darauf gestützt erlassene Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (SR 172.041.0) noch das KG sehen im erstinstanzlichen nichtstreitigen Verwaltungsverfahren die Möglichkeit einer Parteientschädigung vor.

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird eine Untersuchung im Sinne vom Artikel 27 Absatz 1 KG gegen die Swisscom AG eröffnet.
 2. Die Swisscom AG wird verpflichtet, im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG, ab sofort allen ihren Kunden auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste die gleich ho-
-

he Rabattstufe zu gewähren, wie sie sie ihrer Tochterfirma Bluewin AG gewährt.

3. Die unter Ziffer 2 beschriebene Massnahme ist zeitlich begrenzt, bis die Wettbewerbskommission den Hauptentscheid in der Sache trifft.

4. Einer allfälligen Beschwerde gegen Ziffer 2 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.

5. [Verfahrenskosten]

6. [Rechtsmittelbelehrung]

7. [Eröffnung]

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Système de distribution Citroën

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon l'article 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Décision (accord amiable selon l'art. 29 LCart) de la Commission de la concurrence (Comco) du 19 août 2002 concernant l'enquête selon l'article 27 LCart sur le cas Système de distribution Citroën relatif à des accords illicites selon l'article 5 LCart

Eröffnung wegen vermutungsweise unzulässiger Vertikalabrede in den Vertriebssystemen im Automobilhandel; zwei Klauseln in den Händlerverträgen sind unzulässig, da sie geografische Beschränkungen enthalten; einvernehmliche Regelung zur Aufhebung der umstrittenen Klauseln durch Citroën

Ouverture d'une enquête concernant des accords verticaux présumés illicites dans les systèmes de distribution du marché automobile; deux clauses dans les contrats de concession et d'agent sont illicites parce qu'elles établissent des restrictions géographiques; accord amiable avec Citroën visant la suppression des clauses litigieuses

Apertura a seguito di un probabile accordo verticale illecito nei sistemi di distribuzione del commercio di automobili; due clausole nei contratti commerciali sono illecite perché contengono delle limitazioni geografiche; accordo di conciliazione per l'eliminazione delle clausole contestate concluso con Citroën

A. Etat de fait

A.1 Objet de l'enquête

1. Citroën (Suisse) SA, sise à Genève (ci-après: Citroën), est l'importateur exclusif et fournisseur pour la Suisse et la Principauté du Liechtenstein (ci-après: le Liechtenstein) de véhicules neufs de la marque Citroën. Elle est une filiale détenue à 100% par Automobiles Citroën SA, Neuilly-Sur-Seine France (ci-après Citroën [France]).

2. En Suisse, les véhicules neufs de la marque Citroën sont vendus par l'intermédiaire d'un réseau de distribution sélective et exclusive qui comptait 161 points de vente en 2001. La distribution de véhicules neufs Citroën est assurée à un premier niveau par un importateur officiel Citroën puis, à un deuxième niveau, par des succursales et des concessionnaires, et enfin à un troisième niveau par des agents locaux.

3. Il existe deux contrats types de distribution rédigés et imposés par Citroën à son réseau de distributeurs. Il s'agit d'une part des contrats types de concession (ci-après: CdC), et d'autre part des contrats types d'agent (ci-après: CdA). Il n'existe aucun contrat de distribution avec les succursales, celles-ci n'étant pas des entités juridiques séparées de Citroën.

- a) Le contrat de concession lie Citroën et le concessionnaire Citroën et le contrat d'agent lie le concessionnaire Citroën et son agent. Les agents sont nommés après accord de Citroën. Il sied de préciser que les contrats de concession et d'agent sont rédigés sur le même modèle.
- b) Le contrat de concession et le contrat d'agent permettent respectivement au concessionnaire et à l'agent de déployer leurs activités commerciales dans une zone géographique dite de "première responsabilité", dans laquelle ils bénéficient, directement ou indirectement de l'exclusivité d'implantation de tout établissement commercial de vente ou d'après-vente, à caractère permanent ou provisoire (art. II. al. 1, 2ème par. et art. VII. al. 1 CdC et CdA et préambule par. 2 CdA).
- c) Pour être admis en qualité de concessionnaire ou d'agent au sein du réseau de distribution Citroën, le représentant doit remplir certaines conditions, notamment disposer de stocks minimums (art. III. al. 2, 2ème par. CdC et CdA) et atteindre des objectifs de vente annuels minimums (art. VII. al. 2 CdC et CdA). En contrepartie, les membres du réseau de vente Citroën bénéficient de prestations fournies par l'importateur, telles qu'un soutien technique (art. VII. al. 3 CdC et CdA), commercial et publicitaire.

4. L'objet de la présente enquête concerne les clauses contractuelles relatives à l'approvisionnement et à la vente de véhicules neufs Citroën, c'est-à-dire l'article III. 1, 2^e paragraphe CdC et CdA (objectif de vente) et l'article V. 2 1^{er} paragraphe CdC et CdA (interdiction de vente à des revendeurs non-agrèés). L'examen des clauses contractuelles concernant les pièces de rechange reste réservé.

A.2 Procédure

5. Par lettre du 15 novembre 1996, Citroën s'était engagée vis-à-vis de la Commission de la concurrence (ci-après: Comco) à adapter ses contrats de distribution aux règles posées par le règlement (CE) n° 1475/95 pour le 1^{er} janvier 1997 concernant la distribution automobile (J.O. des Communautés européennes n° L 145 du 29 juin 1995, p. 25).

6. Par décision du 20 janvier 1997, communiquée à Citroën par lettre du 26 février 1997, la Comco a confirmé les principes établis par l'ancienne Commission des cartels s'agissant de l'appréciation des contrats de distribution de la branche automobile (DPC 1997/1, p. 55). Elle a déclaré en substance que:

- a) les contrats conformes aux "Conditions-cadres pour les règles de concurrence applicables aux contrats de distribution" (Publ. CCSPR 3/1996, p. 233) ou au règlement (CE) n° 1475/95 de l'UE concernant la distribution automobile seraient en principe considérés comme compatibles avec le droit suisse;
- b) les contrats non-conformes à ces règles matérielles devaient être modifiés de façon à répondre à ces exigences;
- c) une enquête au sens de l'article 27 de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251) serait ouverte contre les entreprises refusant de se conformer à cette décision;
- d) le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le secrétariat) était chargé de l'exécution de la décision.

7. Par lettre du 27 septembre 1997, l'Association des agents Citroën de Suisse a porté à la connaissance de la Comco que le (nouveau) contrat type de concession établi par Citroën prévoyait un certain nombre de restrictions territoriales contraires au règlement (CE) n° 1475/95 et demandait à la Comco de prendre les mesures nécessaires.

8. Par lettre du 6 janvier 1998 adressée à Citroën, le secrétariat l'a mise en demeure de modifier plusieurs dispositions de ses contrats, ce qu'elle a expressément refusé par lettre du 16 février 1998. A la suite d'une discussion informelle avec des représentants du secrétariat, Citroën a confirmé sa position par lettre du 8 mai 1998.

9. Le secrétariat, d'entente avec un membre de la présidence de la Comco, a ouvert le 2 novembre 1998 une enquête au sens de l'article 27 alinéa 1 LCart. L'ouverture de l'enquête a été publiée selon l'article 28 alinéa 1 LCart.

10. Des demandes de renseignements ont été adressées à Citroën, ainsi qu'à un certain nombre de représentants de la marque et d'associations.

11. Un premier projet de décision du 19 octobre 2001 a été envoyé à Citroën en vertu de l'article 30 alinéa 2 LCart. Celle-ci a pris position le 11 décembre 2001.

12. Après avoir pris connaissance du projet de décision du secrétariat et de la prise de position de Citroën, la Comco a pris le 17 décembre 2001 deux décisions:

- a) elle a d'abord décidé d'adopter une communication concernant l'appréciation matérielle des accords verticaux;
- b) elle a ensuite mandaté le secrétariat de revoir le projet de décision en fonction de cette communication.

13. Le 18 février 2002, la Comco a adopté la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux (DPC 2002/2, p. 407).

14. Le 27 mai 2002, le secrétariat a envoyé à la partie son projet de décision afin de conclure un accord amiable.
15. En tenant compte de la prise de position de Citroën du 10 juin 2002, l'accord amiable définitif a été signé le 13 août 2002:

Déclaration

de Citroën Suisse SA

*en vue d'un accord amiable selon l'article 29 LCart dans l'affaire
système de distribution Citroën*

*Citroën (Suisse) SA soumet au secrétariat de la Commission
de la concurrence la déclaration suivante:*

1. *Citroën (Suisse) SA prend acte du chiffre 1 du dispositif du projet de décision du secrétariat de la Commission de la concurrence sans toutefois reconnaître formellement le caractère illicite des dispositions contractuelles visées:*

"Les articles III, ch. 1, 2^{ème} paragraphe et article V chiffre 2, 1^{er} paragraphe du contrat de concession ainsi que du contrat d'agent du réseau de distribution Citroën Suisse SA sont - selon l'article 5 alinéas 1 et 2 de la LCart - illicites".

2. *Citroën (Suisse) SA s'engage à modifier les clauses mentionnées sous chiffre 1 avec effet immédiat comme suit:*

a) *Article III, chiffre 1, 2^{ème} paragraphe*

"Faire les meilleurs efforts pour vendre chaque année la quantité minimale indiquée en annexe II de véhicules neufs visés par le présent contrat qu'il aura préalablement acquis directement auprès de L'IMPORTATEUR, du CONCESSIONNAIRE, ou d'un AGENT REVENDEUR CITROEN officiel de Suisse, du Liechtenstein ou de l'Union Européenne et fixée d'un commun accord.

b) *Article V, chiffre 2, 1^{er} paragraphe*

"Le CONCESSIONNAIRE s'interdit de vendre des véhicules Citroën neufs ou immatriculés depuis moins de trois mois, par l'entremise d'intermédiaires, personnes physiques ou morales qui achètent pour revendre ou dont l'activité est équivalente à celle de la revente, à moins qu'il ne s'agisse de membres du réseau commercial de L'IMPORTATEUR agréé pour revendre lesdits véhicules, installés en Suisse ou au Liechtenstein ou dans l'Union Européenne".

3. *Citroën (Suisse) SA confirme que sa maison mère AUTOMOBILES CITROEN (Paris) prendra les mesures appropriées*

pour que dans le cadre du futur Règlement Européen le marché suisse soit traité comme les autres marchés de l'Union Européenne en ce qui concerne le système de distribution (principe de non exclusion), et ce sous réserve de la prise en compte par la Commission de la concurrence des règles contenues dans le Règlement Européen (CE) 1400/2002, de sorte que les futurs contrats de concession de l'Union Européenne n'excluent pas la Suisse.

4. *Citroën (Suisse) SA s'engage à communiquer au secrétariat de la Commission de la concurrence, au plus tard jusqu'au 1^{er} octobre 2003, qu'elle remplit les engagements décrits aux chiffres 2 et 3 du présent accord amiable.*

5. *Citroën (Suisse) SA prend acte du chiffre 4 du dispositif du projet de décision du secrétariat de la Commission de la concurrence:*

"Le total des frais de procédure s'élevant à CHF [...] au 1^{er} août 2002 est mis à la charge de Citroën (Suisse) SA, Genève, sans compter le travail éventuellement à effectuer par le secrétariat (art. 30 al. 2, 2^{me} phrase LCart) et celui de la Chambre et de la Comco. Ce montant est payable dans les 30 jours dès l'entrée en force de la présente décision".

B. Considérants

B.1 Champ d'application de la LCart

16. La LCart s'applique notamment aux entreprises de droit privé qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence (art. 2 al. 1 LCart).

B.1.1 Entreprise

17. Par entreprise, la LCart vise tout acteur qui produit des biens ou des services et participe de façon indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (DPC 2002/2, p. 308, ch.17).

Citroën est une entreprise au sens de la LCart, de même que toutes les entreprises signataires d'un contrat de concession ou d'agent.

B.1.2 Accords en matière de concurrence

18. Les accords en matière de concurrence sont 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 ils visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart). Nous distinguons deux accords, le premier au niveau des approvisionnements (ch. 19 s. ci-après), le deuxième au niveau des ventes (ch. 21 ci-après).

19. Il s'agit d'abord de déterminer si l'article III. 1, 2^{ème} paragraphe CdC et CdA, aux termes desquels le concessionnaire, respectivement l'agent s'engage à:

"faire ses meilleurs efforts pour vendre chaque année la quantité minimale indiquée en annexe II de véhicules neufs visés par le présent contrat, qu'il aura préalablement acquis directement auprès de l'IMPORTATEUR ou auprès d'un agent CITROËN officiel de Suisse ou du Lichtenstein, et fixée d'un commun accord"

remplissent les conditions de l'article 4 alinéa 1 LCart.

20. En l'espèce, les dispositions incriminées limitent les possibilités géographiques d'approvisionnement des concessionnaires/agents Citroën, s'agissant de l'acquisition de véhicules neufs. Elles remplissent les conditions d'une restriction à la concurrence au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart pour les raisons suivantes:

- a) L'article III. 1, 2^{ème} paragraphe CdC et CdA constituent des conventions dès lors que les concessionnaires et agents Citroën acceptent de limiter leurs possibilités de s'approvisionner auprès des seuls agents Citroën officiels sis en Suisse ou au Liechtenstein. Ces conventions ont force obligatoire au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart.
- b) Le CdC est passé entre des entreprises occupant des échelons différents du marché et le CdA entre des entreprises occupant des échelons identiques et différents du marché.
- c) L'article III. 1 CdC et CdA contient une répartition des marchés et entraîne dès lors une restriction à la concurrence.

21. Il s'agit ensuite de déterminer si l'article V. 2, 1^{er} paragraphe CdC et CdA, aux termes desquels le concessionnaire ou l'agent:

"s'interdit de vendre des véhicules Citroën neufs ou immatriculés depuis moins de trois mois, par l'entremise d'intermédiaires, personnes physiques ou morales qui achètent pour revendre ou dont l'activité est équivalente à celle de la revente, à moins qu'il ne s'agisse de membres du réseau commercial de l'IMPORTATEUR agréé pour revendre lesdits véhicules, installés en Suisse ou au Lichtenstein"

remplissent les conditions de l'article 4 alinéa 1 LCart. Tel est bien le cas en l'espèce, dans la mesure où:

- a) L'article V. 2, 1^{er} paragraph CdC et CdA constituent des conventions dès lors que les concessionnaires et les agents Citroën acceptent de limiter leurs débouchés, s'agissant de ventes de véhicules neufs. La convention a force obligatoire au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart.
-

- b) Le CdC est passé entre des entreprises occupant des échelons différents du marché et le CdA entre des entreprises occupant des échelons tantôt identiques (détaillant) tantôt différents (grossiste et détaillant) du marché.
- c) L'article V. 2, 1^{er} paragraphe CdC et CdA contient une répartition des marchés et entraîne dès lors une restriction à la concurrence.

B.2 Prescriptions réservées

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

B.3 Appréciation des accords

23. Sont illicites selon l'article 5 alinéa 1 LCart, les accords qui affectent de manière notable la concurrence et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique. Ces accords peuvent concerner aussi bien des entreprises situées au même échelon que des entreprises situées à des échelons différents (art. 4 al. 1 LCart). Ainsi les accords verticaux sont soumis à la loi au même titre que les accords horizontaux.

B.3.1 Affectation notable de la concurrence

24. Les deux clauses litigieuses, à savoir l'article III. 1, 2^{ème} paragraphe et IV. 2 CdC et CdA (cf. ch. 19 et 21 ci-dessus), constituent des accords verticaux entre, d'une part, l'importateur Citroën et les concessionnaires Citroën et, d'autre part, entre les concessionnaires Citroën et ses agents Citroën qui affectent de manière notable la concurrence au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart.

25. Le critère de la notabilité au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart est réalisé pour les raisons suivantes:

- a) Les produits/voitures Citroën sont distribués par des concessionnaires agréés/autorisés et des agents. La distribution s'effectue donc par un système de distribution sélective qui limite les relations commerciales aux partenaires agréés (cf. art. 2 de la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux, ci-après: Communication; DPC 2002/2, p. 407).
 - b) L'article III. 1, 2^{ème} paragraphe CdC et CdA n'interdit pas textuellement aux concessionnaires et agents Citroën d'acheter des voitures Citroën neuves à un concessionnaire agréé qui est situé en dehors de la Suisse et du Liechtenstein, mais limite indirectement l'approvisionnement par le biais des objectifs de vente. Ainsi la clause contractuelle incriminée contient des restrictions indirectes qui ont le même effet qu'une interdiction, à savoir celle de s'approvisionner à l'étranger. En revanche, l'article V. 2, 1^{er} paragraphe CdC et CdA, limite expressément la vente de telles voitures à
-

des concessionnaires agréés en dehors de la Suisse et du Liechtenstein.

- c) Selon l'article 3 lettre d de la Communication, une clause contractuelle régissant le rapport entre un producteur et son revendeur doit être considérée comme une restriction notable au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart lorsqu'elle limite les livraisons croisées à l'intérieur d'un système de distribution sélective entre commerçants agréés. Tel est le cas pour l'article III. 1, 2^{ème} paragraphe CdC et CdA. Par ailleurs, la limitation du territoire ou du cercle de la clientèle de revente telle que l'implique l'article V 2, 1^{er} paragraphe des CdC et CdA, est en vertu de l'article 3 lettre b de la Communication également considérée comme restriction notable à la concurrence (art. 5 al. 1 LCart). Cette appréciation est d'ailleurs partagée par la doctrine selon laquelle des répartitions de marché opérées par un réseau de distribution et qui empêchent la concurrence intra-marque (cf. LAWRENCE A. SULLIVAN/WARREN S. GRIMES, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, St. Paul, Minn. 2000, p. 288 s.; KLAUS HERDZINA, *Wettbewerbspolitik*, 5. ed., UTB, Stuttgart 1999, p. 164 ss.; HANS-GEORG KOPPENSTEINER, *Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. ed., Wien 1997, § 7 Rz. 81, 91, § 9, Rz. 2, 8), ont en règle générale des effets nuisibles au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart (cf. ULRICH IMMENGA, *Die Marke im Wettbewerb - Wettbewerb innerhalb der Marke*, sic! 2002, p. 376; ROGER ZÄCH, *Erfahrungen mit dem neuen schweizerischen Wettbewerbsrecht*, in: *Zukunft der Wettbewerbsordnung und des Kartellrechts*, Köln/Berlin/Bonn/München 2001, p. 88 s.).

26. Cette appréciation correspond d'ailleurs à la pratique suivie jusqu'à présent par la Comco:

- a) Dans sa décision du 8 mai 2000 concernant le cas VW, la Comco a annoncé dans un *obiter dictum* qu'elle qualifie de notable ce type de restriction au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart (DPC 2000/2, p. 209, ch. 50).
- b) Il sied de rappeler que, sous la LCart 85, la Commission des cartels avait déjà tenu compte, dans son examen du marché de l'automobile publié en 1994, de l'impact du système de distribution des automobiles sur la concurrence intra-marque (cf. PCCSPR 1994/3 p. ex. à la p. 293: "la concurrence d'une marque est fortement limitée au niveau de la substitution d'une marque par une autre"). Dès l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, la Comco a du reste annoncé qu'elle entendait poursuivre la même pratique dans le secteur automobile (DPC 1997/1, p. 55).

B.3.2 Justifications pour motifs d'efficacité économique

27. Selon l'article 5 alinéa 2 lettre a LCart un accord (vertical) est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique lorsqu'il est nécessaire pour: réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles ou pour exploiter plus rationnellement les ressources". Cette énumération des motifs d'efficacité est exhaustive. Les parties ne peuvent en invoquer d'autres (cf. décision de l'autorité de recours Reko/WEF, DPC 2000/2, p. 167 ss., c. 3.2.2.b).

28. Dans le cas d'espèce, certaines justifications évoquées par Citroën ne rentrent pas sous cette définition. C'est en particulier le cas pour:

- a) celle invoquant la relativement faible différence de prix entre pays par rapport à d'autres catégories de produits. Cette assertion ne démontre en rien l'efficacité productive ou distributive de l'industrie concernée;
- b) celle relative au maintien d'un réseau de proximité, dans la mesure où un tel réseau n'induit pas nécessairement une réduction des coûts de distribution ou, plus généralement, une plus grande efficacité distributive.

29. D'autres motifs d'efficacité apportés par la partie rentrent en principe sous la définition de l'article 5 alinéa 2 lettre a LCart: Un réseau de distribution sélective est un moyen approprié et souvent nécessaire pour favoriser la formation technique et le savoir faire, l'amélioration des produits (y compris celle relative à la sécurité des consommateurs) et la richesse des gammes, ou encore l'innovation dans le domaine de la production automobile.

Or, une interdiction de livraisons croisées au sein du réseau de distribution - notamment pour les produits connus n'impliquant pas une recherche importante d'informations pour son utilisation - ne contribue pas à l'amélioration de l'efficacité du système de distribution. Cela est particulièrement vrai lorsqu'elle affecte l'échange commercial transfrontalier et favorise ainsi le cloisonnement du marché suisse. A plus forte raison l'élément de la "nécessité" exigé dans l'article 5 alinéa 2 lettre a LCart - afin que l'on puisse tenir compte d'un motif de justification économique - n'est pas rempli.

Dès lors, l'article III. 1, 2^{ème} paragraphe et V. 2, 1^{er} paragraphe CdC et CdA doivent être considérés comme contraires à la LCart.

B.3 Résultats

30. Les résultats de l'enquête sont les suivants:

- a) L'article III. 1, 2^{ème} paragraphe et V. 2, 1^{er} paragraphe CdC et CdA limitant les possibilités d'approvisionnement et de revente sont considérés comme affectant de manière notable la concurrence au

sens de l'article 5 LCart. Dans la mesure où la présence effective de justifications pour motifs d'efficacité économique n'est pas établie, ces clauses sont illicites.

- b) L'accord amiable que Citroën a signé est en mesure de supprimer l'état de fait incriminé. En effet la modification de l'article III, chiffre 1, 2^{ème} paragraphe et de l'article V chiffre 2, 1^{er} paragraphe est à même d'atténuer le cloisonnement du marché suisse.

C. Frais

31. Conformément à l'article 2 de l'Ordonnance sur la perception d'émoluments dans la loi sur les cartels du 25 février 1998 (Ordonnance sur les émoluments LCart; RS 251.2) celui qui occasionne une procédure administrative est tenu de s'acquitter d'un émolument.

Dans le cas présent, il s'agit du destinataire de la décision, à savoir Citroën.

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

33. La Commission de la concurrence ne voit, en l'espèce, aucun motif permettant de diminuer ou d'augmenter les émoluments. Par conséquent, pour les heures consacrées à la présente procédure, le montant de CHF 130.-- par heure est applicable. Les émoluments se montent à CHF [...]. A ce montant s'ajoute une majoration forfaitaire pour les frais de port, fax, copies et téléphones de 1,5%, soit CHF [...], ce qui porte les frais à un montant total de CHF [...].

D. Dispositif

La Commission de la concurrence, se fondant sur l'état de fait et les considérants qui précèdent:

1. Constate que l'article III, chiffre 1, 2^{ème} paragraphe et article V chiffre 2, 1^{er} paragraphe du contrat de concession ainsi que du contrat d'agent du réseau de distribution Citroën Suisse SA sont - selon l'article 5 alinéas 1 et 2 de la LCart - illicites.

2. Approuve l'accord amiable passé avec Citroën (Suisse) SA. Cet accord, lequel fait partie intégrante de la présente décision, prévoit que la partie susmentionnée s'engage à:

?? modifier les clauses mentionnées sous chiffre 1 avec effet immédiat comme suit:

a) Article III, chiffre 1, 2^{ème} paragraphe

"faire les meilleurs efforts pour vendre chaque année la quantité minimale indiquée en annexe II de véhicules neufs visés par le présent contrat qu'il aura préalablement acquis directement auprès de L'IMPORTATEUR, du CONCESSIONNAIRE, ou d'un AGENT REVENDEUR CITROEN officiel de Suisse, du Liechtenstein ou de l'Union Européenne et fixée d'un commun accord"

b) Article V, chiffre 2, 1^{er} paragraphe

"Le CONCESSIONNAIRE s'interdit de vendre des véhicules Citroën neufs ou immatriculés depuis moins de trois mois, par l'entremise d'intermédiaires, personnes physiques ou morales qui achètent pour revendre ou dont l'activité est équivalente à celle de la revente, à moins qu'il ne s'agisse de membres du réseau commercial de l'IMPORTATEUR agréé pour revendre lesdits véhicules, installés en Suisse ou au Liechtenstein ou dans l'Union Européenne".

?? Citroën (Suisse) SA confirme que sa maison mère AUTOMOBILES CITROEN (Paris) prendra les mesures appropriées pour que dans le cadre du futur Règlement Européen le marché suisse soit traité comme les autres marchés de l'Union Européenne en ce qui concerne le système de distribution (principe de non exclusion), et ce sous réserve de la prise en compte par la Commission de la concurrence des règles contenues dans le Règlement Européen (CE) 1400/2002, de sorte que les futurs contrats de concession de l'Union Européenne n'excluent pas la Suisse.

3. Dit que l'inobservation de la présente décision sera punie des sanctions prévues aux articles 50 et 54 LCart.

4. [Frais de procédure]

5. [Notification]

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. BP/E.ON

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 31. Mai 2002

I. ZUSAMMENSCHLUSSVORHABEN

1. Am 4. Juni 2002 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die vollständige Meldung der BP p.l.c., London (BP), betreffend alleiniger Kontrolle der Veba Oel AG, Gelsenkirchen (Veba), eingegangen.

2. Das Zusammenschlussvorhaben umfasst die Transaktion von einer gemeinsamen durch BP und E.ON ausgeübten Kontrolle zu einer alleinigen Kontrolle von BP beziehungsweise deren deutschen Tochtergesellschaft über Veba.

3. Das Zusammenschlussvorhaben zum Erwerb der gemeinsamen (51%/49%) Kontrolle von BP und E.ON über Veba wurde am 14. Januar 2002 von der Wettbewerbskommission (Weko) ohne Vorbehalte (vgl. RPW 2002/1, S. 162 ff.) gutgeheissen. In einem ersten Schritt wurde ein Gemeinschaftsunternehmen gebildet, indem 51% der Anteile von Veba an BP gingen und E.ON gleichzeitig ein Vetorecht für wesentliche Geschäftsentscheidungen von Veba sowie eine Put-Option zum Verkauf ihres 49%-Anteils an Veba eingeräumt wurden. In einem zweiten Schritt hat nun E.ON die Put-Option am 28. Mai 2002 ausgeübt und den 49%-Veba Anteil (100'000 Inhaberaktien von Veba) an BP veräussert.

4. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 29. Mai 2002 ebenfalls der EU-Kommission (M.2761 BP/Veba) gemeldet. Zwecks Informationsaustauschs und Koordination wurde das Sekretariat von den beteiligten Unternehmen ermächtigt, die EU-Kommission zu kontaktieren.

II. Meldepflicht

5. Bei der vorliegenden Transaktion (Erwerb des 49%-Aktienanteils der E.ON an Veba durch BP) handelt es sich um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b Kartellgesetz (KG; SR 251). BP erhält durch den Erwerb des Aktienanteils

der E.ON die alleinige Kontrolle über die Veba Gesellschaftsgruppe (Art. 1 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; VKU; SR 251.4).

6. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2001 weltweit folgende konsolidierten Umsätze:

?? BP-Gruppe: USD 174'218 Mio.

?? Veba-Gruppe: EURO 17'763 Mio.

7. Die Umsätze der BP-Gruppe und der Veba-Gruppe in der Schweiz übersteigen CHF 500 Mio., da BP Schweiz im Geschäftsjahr 2001 einen Umsatz von CHF 1'468 Mio. erwirtschaftete.

8. Die Umsatzschwellen gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a und b KG sind erfüllt. Es handelt sich demnach um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss.

III. BEURTEILUNG DES ZUSAMMENSCHLUSSVORHABENS

1. Relevante Märkte

1.1. Sachlich relevante Märkte

9. 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).

10. Im Fall BP/E.ON (vgl. RPW 2002/1, S. 162 ff.) unterschied die Weko sachlich relevante Märkte für Mineralölprodukte einerseits (Motoren-treibstoff, Flugtreibstoff, Brennstoff, Schmierstoff und Bitumen) und für petrochemische Produkte (Ethylen, Propylen, Acrylnitril, PTA etc.) andererseits.

1.1.a Märkte für Mineralölprodukte

11. BP und Veba sind beide vertikal integrierte Mineralölkonzerne, wobei Erdöl und -gas gefördert, verarbeitet und vertrieben werden. BP ist insbesondere im Verkauf von Treibstoffen (Motoren- und Flug-treibstoff) sowie im Grosshandel von Erdölprodukten tätig. Veba ver-treibt Mineralölprodukte direkt an den Endverbraucher (Motoren-treibstoff, Heizöl), ist aber auch im Grosshandel tätig.

12. Benzin, Diesel, Brennstoffe und Bitumen sind die wichtigsten Pro- dukte, welche in Raffinerien aus Erdöl hergestellt werden. Die einzel- nen Produkte haben einen unterschiedlichen Verwendungszweck, sind also kurzfristig nicht austauschbar und deshalb als einzelne, separate sachlich relevante Märkte zu betrachten.

1.1.b Märkte für petrochemische Produkte

13. Petrochemische Produkte werden durch chemische Weiterverarbeitung von Erdöl hergestellt. Sowohl BP als auch Veba sind in der Produktion und im Vertrieb von petrochemischen Produkten tätig.

14. Die wichtigsten Märkte für petrochemische Produkte sind Ethylen (inkl. Derivate), Propylen (inkl. Derivate), Acrylnitril und Terephthalsäure (PTA). Die Produkte werden durch so genanntes "Cracken" gewonnen und dienen unter anderem als Grundlage für die Herstellung von Kunststoffen, wobei diese unterschiedliche Verwendungszwecke haben und demnach nicht substituierbar sind. Jedes der erwähnten Produkte bildet daher für sich einen sachlich relevanten Markt.

1.2. Räumlich relevante Märkte

15. 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).

16. Die Weko hat im Fall BP/E.ON (vgl. RPW 2002/1, S. 162 ff.) die sachlich relevanten Märkte räumlich wie folgt unterteilt:

?? **Markt Schweiz** für Mineralölprodukte (Motorentreibstoffe, Flugtreibstoffe, Brennstoffe und Schmierstoffe)

?? **Europäischer Markt** für Petrocoke/Kalzinat sowie die meisten petrochemischen Produkte (Propylen, Acrylnitril, Terephthalsäure [PTA], Benzol/Benzene, Ammoniak, Ethylen etc.)

?? **Weltmarkt** für Rohöl

?? **Regionaler Markt** für Bitumen (Lieferradius um die Produktionsstätte [Raffinerie] von 200-300 km)

2. Stellung in den betroffenen Märkten

17. Die Weko hat die Wettbewerbsverhältnisse insbesondere auf dem Bitumenmarkt untersucht, weil sich nur in diesem sachlichen Markt relevante Marktanteilsadditionen im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU ergaben. Sie ist zum Schluss gekommen, dass der Zusammenschluss den schweizerischen Markt in keiner besonderen Weise betrifft und dadurch weder eine marktbeherrschende Stellung begründet noch verstärkt wird.

18. Bei der Beurteilung der vorliegenden Transaktion (Erwerb des 49%-Veba-Anteils durch BP von E.ON) ergeben sich keine Marktanteilsadditionen, da die gesamten Umsätze von Veba bereits im Rahmen der Vortransaktion BP zugerechnet wurden. Mögliche Marktanteilsverschiebungen sind daher in der Entscheidung der Weko vom 12. Januar 2002 vollumfänglich berücksichtigt (vgl. RPW 2002/1, S. 162 ff.).

19. Bei der Beurteilung der Errichtung des Gemeinschaftsunternehmens BP/E.ON hat die Weko die Umsatzzahlen von Veba im Hinblick

auf die Ausübung der Put-Option bereits berücksichtigt, indem sie im damaligen Zeitpunkt von der Umsatz- beziehungsweise Marktanteilsberechnung ausgegangen ist, die der vollen Kontrolle von BP über Ve-ba entspricht.

20. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass sich hinsichtlich der materiellen Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses keine Änderungen im Verhältnis zur Vortransaktion ergeben.

IV. Ergebnis

21. Die vorläufige Prüfung ergibt unter Berücksichtigung des Entscheids der Weko vom 12. Januar 2002 (RPW 2002/1, S. 162 ff.) und aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in der Schweiz. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3	2. Ernst & Young AG/Arthur Andersen AG
-------	---

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

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

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

Mitteilung nach Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 24. Juni 2002

A Sachverhalt

1. Mit Schreiben vom 22. Mai 2002 haben Ernst & Young Schweiz AG (EY CH) und Arthur Andersen Schweiz AG (AA CH) ein Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung, eventuell um Bewilligung des vorzeitigen Vollzugs, eingereicht. Sie beantragten, im Hinblick auf den Reputationsverlust von Andersen und aufgrund des Zusammenbruchs des internationalen Netzwerkes von Andersen, dass AA CH bereits Mitglied von EY International werden könne und sich als Teil des Netzwerkes von EY International bezeichnen könne.

2. Am 28. Mai 2002 haben die Parteien, alle vertreten durch EY CH, die Meldung des Zusammenschlussvorhabens eingereicht. Das Vorhaben sieht eine Zusammenlegung der Aktivitäten von EY CH und AA CH in den Bereichen Wirtschaftsprüfung, Rechts- und Steuerberatung sowie Corporate Finance vor. Nicht Bestandteil der vorgesehenen Transaktion ist der zu AA CH gehörende Bereich Business Consulting, für welchen AA CH eine gesonderte Lösung anstrebt. Ebenfalls nicht Bestandteil der vorgesehenen Transaktion ist die Niederlassung Lugano von AA CH.

3. Mit Zwischenverfügung vom 28. Mai 2002 hat die Wettbewerbskommission festgestellt, dass das gemäss Begehren vom 22. Mai 2002 geplante Vorhaben bereits als Vollzugshandlung zu qualifizieren sei und hat das Vorhaben partiell vorzeitig bewilligt (vgl. RPW 2002/2, S. 356 ff.).

4. EY CH ist Teil des weltweiten Netzes von Ernst & Young Global Limited (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.

5. 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.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1.a Unternehmen

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

B.1.1.b Unternehmenszusammenschluss

8. Die Vereinbarung zwischen EY CH und AA CH sieht eine geordnete Liquidation mit (limitiertem) Aktiven-Kauf vor. 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 werden neue Arbeitsverträge bei EY CH angeboten. Die Kundenmandate von AA CH gehen nicht automatisch auf EY CH über. Sie werden grundsätzlich von AA CH zu Ende geführt. Im Einverständnis mit AA CH wird EY CH die Kunden einzeln kontaktieren und versuchen, sie für ein neues Mandatsverhältnis mit EY CH zu gewinnen. Die zu AA CH gehörenden Gesellschaften sind so rasch wie möglich zu liquidieren.

9. Das vorliegende Vorhaben erfüllt somit den Tatbestand des Unternehmenszusammenschlusses gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG.

B.1.2 Vorbehaltene Vorschriften

10. In den hier 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.1.3 Meldepflicht

11. Im Jahre 2001 betrug der Umsatz von EY CH gemäss Aussagen der Parteien zirka CHF 420 Mio. und derjenige von AA CH (ohne Business Consulting) zirka CHF 123,2 Mio. Damit sind die Schwellenwerte für die Meldepflicht gemäss Artikel 9 KG erreicht. Der Zusammenschluss ist somit meldepflichtig.

B.2 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter Vorprüfung

B.2.1 Relevante Märkte

B.2.1.a Sachlich relevante Märkte

12. 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).

13. 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*

14. Die Mehrzahl der grossen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften erklären sich mit dieser Marktabgrenzung grundsätzlich einverstanden. Nach Auffassung einer Gesellschaft ist die sektorale Marktabgrenzung (Banken, Versicherungen) nicht korrekt. Sie beruft sich dabei unter anderem auf das Argument der Angebotssubstituierbarkeit. Wie bereits im PWC-Entscheid festgehalten wurde, ist für die Abgrenzung des relevanten Marktes in erster Linie die Nachfragesubstituierbarkeit ausschlaggebend. Der Angebotssubstituierbarkeit muss allenfalls bei der Beurteilung der potenziellen Konkurrenz Beachtung geschenkt wer-

den. Eine Vermengung der beiden Tests ist dann möglich, wenn die Umstellung äusserst rasch erfolgen kann (RPW 1998/2, Rz. 36, S. 219 f.; siehe auch RPW 1997/3, Rz. 19, S. 367 f.). Die Frage kann im vorliegenden Fall letztlich offen gelassen werden, da selbst bei einer sektoralen Marktabgrenzung keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

B.2.1.b Räumlich relevante Märkte

15. 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).

16. Im PWC-Entscheid hat die Wettbewerbskommission folgende räumliche Märkte unterschieden (RPW 1998/2, Rz. 59, S. 224 f.):

?? der schweizerische oder regionale Markt für die Revision von KMUs

?? der schweizerische Markt für die Revision von Grossunternehmen

?? der schweizerische Markt für die Revision von Versicherungen

?? der schweizerische Markt für die Revision von Banken

17. Nach Ansicht der Parteien weist die Nachfrage auf den Märkten für die Revision von Grossunternehmen, Banken und Versicherungen zumindest teilweise eine internationale Dimension auf. Auch andere Wirtschaftsprüfungsgesellschaften sind der Meinung, dass es sich bei diesen Märkten um internationale Märkte handelt. Auch diese Frage kann letztlich offen gelassen werden, da der Zusammenschluss nicht zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

18. Bezüglich der Märkte für Steuer- und Rechtsberatung und für Treuhand sind die Parteien der Ansicht, dass diese regional oder national abzugrenzen sind. Demgegenüber handelt es sich nach Angaben der Parteien beim Markt für Corporate Finance um einen internationalen Markt. Die räumliche Marktabgrenzung dieser drei Märkte kann letztlich offen gelassen werden, da der Zusammenschluss bezüglich dieser Märkte offensichtlich unbedenklich ist.

B.2.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

19. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt. Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

20. Auf dem Markt für die Revision von KMUs sowie auf dem Markt für Treuhand sind in der Schweiz rund 6'500 Unternehmen tätig. Der Markt weist somit eine atomistische Angebotsstruktur auf. Ausserdem ist AA CH auf diesem Markt nur marginal tätig. Der Zusammenschluss führt auf dem Markt für die Revision für KMUs und dem Markt für Treuhand offensichtlich nicht zu einer Begründung einer marktbeherrschenden Stellung.

21. Auf dem Markt für Rechts- und Steuerberatung ergibt sich aufgrund des Zusammenschlusses ein kumulierter Marktanteil von unter 5%. Neben EY CH und AA CH besteht eine Vielzahl weiterer Anbieter in diesem Bereich, insbesondere die grossen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und zahlreiche Anwaltskanzleien und Steuerberatungsfirmen. Der Zusammenschluss führt somit auf dem Markt für Rechts- und Steuerberatung weder zur Begründung noch zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

22. Dienstleistungen im Bereich des Corporate Finance werden neben den grossen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften von mehreren Investmentgesellschaften und Banken angeboten. Die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Parteien liegen deutlich unter 10%. Der Zusammenschluss führt somit nicht zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Corporate Finance.

23. Im Folgenden werden deshalb nur die Märkte für die Revision von Grossunternehmen, Banken und Versicherungen einer näheren Analyse unterzogen.

B.2.2.a Markt für die Revision von Grossunternehmen (ohne Banken und Versicherungen)

I. Aktueller Wettbewerb

24. Zurzeit sind auf dem Markt für die Revision von Grossunternehmen (Umsatz > CHF 500 Mio., ohne Banken und Versicherungen) fünf grosse Unternehmen tätig ("Big Five"), die über ein internationales Netzwerk von Schwestergesellschaften verfügen. Es handelt sich dabei um PricewaterhouseCoopers AG (PWC), KPMG, EY CH, AA CH und Deloitte & Touche AG (D&T). Nach dem geplanten Zusammenschluss verblieben auf dem Markt somit noch vier grosse Anbieter ("Big Four").

25. Für die Ermittlung der Marktanteile von Revisionsgesellschaften gibt es verschiedene Berechnungsmethoden. So können die Marktanteile auf dem Honorarumsatz, auf der Anzahl Mandate oder auf 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.

26. Tabelle 1 gibt einen Überblick über die Marktanteile vor und nach dem Zusammenschluss auf der 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 ¹⁾	10%-20%	10%-20%

* Gerundete Summe der exakten Einzelwerte

1): Inklusive 13 Mandate, für welche die Revisionsstelle nicht eruierbar war (entsprechen 5,9% Marktanteil)

27. Aus der Tabelle geht hervor, dass EY CH durch den Zusammenschluss hinter PWC zum zweitgrössten Anbieter avanciert. Dabei wird davon ausgegangen, dass sämtliche Marktanteile von AA CH an EY CH übergehen. Es ist jedoch unwahrscheinlich, dass EY CH alle Mandate von AA CH übernehmen kann. AA CH hat bereits wichtige Mandate im Umfang von zirka [...] % des Honorarumsatzes verloren. Der kombinierte Marktanteil der Zusammenschlussparteien dürfte somit tiefer ausfallen als angegeben.

28. Neben den Big Five sind auf dem Markt mehrere kleinere Anbieter tätig, welche über kein oder ein eingeschränktes internationales Netzwerk verfügen. Hier ist vor allem BDO Visura zu nennen, welche nach D&T der fünftgrösste Anbieter von Revisionsdienstleistungen in der Schweiz ist. Da ein internationales Netzwerk für international tätige Grossunternehmen oft ein entscheidendes Kriterium für die Wahl der Revisionsstelle ist, ist es fraglich, ob diese kleineren Unternehmen überhaupt als aktuelle Konkurrenten auf dem relevanten Markt betrachtet werden können. Diese Einschätzung wird durch Angaben von Grossunternehmen gestützt. Im Folgenden werden deshalb nur die Big Five als aktuelle Wettbewerber betrachtet. Wie weiter unten noch zu zeigen ist, ist zumindest BDO Visura als potenzieller Konkurrent auf dem relevanten Markt zu betrachten.

29. Die Berechnung der Marktanteile auf der Basis von Honorarumsätzen führt gemäss Erhebungen des Sekretariats nicht zu grundsätzlichen Veränderungen. Auf Grundlage der Honorarumsätze verfügt KPMG über einen etwas kleineren und EY CH über einen etwas grösseren Marktanteil. D&T verfügt gemäss dieser Berechnungsmethode über einen ähnlichen Marktanteil wie KPMG.

30. 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 aktuelle Konkurrenten legt jedoch nahe zu prüfen, ob der geplante Zusammenschluss zur Begründung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung führen könnte. Auf die kollektive Marktbeherrschung wird in Abschnitt B.2.3 eingegangen. In den zwei nächsten Abschnitten wird zunächst die potenzielle Konkurrenz und die Stellung der Marktgegenseite diskutiert.

II. Potenzieller Wettbewerb

31. Der Aufbau eines weltweiten Netzes von Revisionsstellen, ähnlich denjenigen der Big Five, würde ausserordentlich hohe Kosten verursachen, was Markteintritte erschweren dürfte. Zudem sind der Ruf und die Glaubwürdigkeit für die Akquisition von Mandaten von wichtiger 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). Die Abklärungen des Sekretariats haben diese Einschätzungen bestätigt.

32. Die Zusammenschlussparteien sind der Auffassung, dass "Second-tier"-Gesellschaften durchaus in der Lage seien, in den Markt für die Revision von Grossunternehmen einzudringen. Zu nennen ist insbesondere BDO Visura, die durch BDO International bereits über ein internationales Netz verfügt und nach Ansicht der Zusammenschlussparteien bereits als aktuelle Konkurrentin zu betrachten sei. Auch andere Marktteilnehmer halten den Markteintritt von BDO Visura für wahrscheinlich. Aufgrund der noch geringen Bedeutung von BDO Visura in der Revision von Grossunternehmen betrachtet das Sekretariat BDO Visura nicht als aktuelle, sondern als potenzielle Konkurrentin.

III. Stellung der Marktgegenseite

33. 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.

34. 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).

35. 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 Ausschreibungsmarkt¹ 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 haben (RPW 1998/2, S. 233, Rz. 86).

36. Die Abklärungen des Sekretariats haben keine Anhaltspunkte ergeben, die eine Neu Beurteilung der Stellung der Marktgegenseite nahe legen würden.

IV. Ergebnis

37. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine alleinige marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. In Abschnitt B.2.3. wird jedoch zu prüfen sein, ob allenfalls eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt werden könnte.

B.2.2.b Markt für die Revision von Banken

I. Aktueller Wettbewerb

38. Die Revision von Banken setzt eine Bewilligung der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) voraus. Zehn Revisionsgesellschaften verfügen über eine entsprechende Bewilligung. Es handelt sich um PWC (inkl. OFOR Revision Bancaire SA), KPMG (KPMG Fides Peat und KPMG Klynveld Peat Marwick Goerdeler SA), EY CH, AA CH, D&T, Bankrevisions- und Treuhand AG, BDO Sofirom und Inspektorat des Schweizerischen Verbandes der Raiffeisenkassen (Raiffeisen). Auf dem Markt sind somit acht unabhängige Anbieter tätig. Die Abklärungen des Sekretariats haben ergeben, dass für Grossbanken und Zweigniederlassungen beziehungsweise Tochtergesellschaften ausländischer Banken in der Regel nur Revisionsgesellschaften mit einem internationalen Netzwerk in Frage kommen, also insbesondere PWC, KPMG, EY CH, AA CH und D&T.

¹ Vgl. ULRICH IMMENGA, Fusionskontrolle auf Ausschreibungsmärkten, in: Wirtschaft und Wettbewerb 9/1998, S. 809 ff.

39. 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%	20%-30%
AA CH	1%-10%	-
D&T	1%-10%	1%-10%
Andere ¹⁾	1%-10%	1%-10%

* Gerundete Summe der exakten Einzelwerte

1): Bankrevisions- und Treuhand AG, BDO Sofirom und Raiffeisen

40. Auf dem Markt würden nach dem geplanten Zusammenschluss noch vier grosse Anbieter mit einem internationalen Netzwerk verbleiben. Mit PWC und EY CH entstehen zwei starke Anbieter, welche einen Marktanteil von [70-80]% auf sich vereinigen.

41. Die Berechnung der Marktanteile auf der Basis der Honorarumsätze führt nicht zu grundlegend anderen Resultaten. Bei dieser Berechnungsmethode verfügt EY CH nach dem Zusammenschluss über eine vergleichbare Marktstellung wie PWC.

II. Potenzieller Wettbewerb

42. Die Ausführungen betreffend die potenzielle Konkurrenz auf dem Markt für die Revision von Grossunternehmen (siehe Rz. 31 f.) gelten auch hier. Erschwerend kommt jedoch hinzu, dass die Revision von Banken, wie bereits erwähnt, eine Bewilligung der EBK erfordert. Dazu muss eine Gesellschaft mindestens fünf Revisionsmandate von Banken nachweisen (Art. 35 Abs. 2 Bst. e der Bankenverordnung; SR 952.02). 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 (eine Tochtergesellschaft von BDO Visura) ein vormalig aus dem Markt ausgeschiedenes Unternehmen (BfB Sofirom) wieder in den Markt eingetreten ist.

III. Stellung der Marktgegenseite

43. Vgl. Randziffern 33 ff.

IV. Ergebnis

44. Auch auf dem Markt für die Revision von Banken kann die Begründung oder Entstehung einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung ausgeschlossen werden. Die Begründung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung wird in Abschnitt B.2.3. geprüft.

B.2.2.c Markt für die Revision von Versicherungen

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 aus 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. Dies gilt auch bei der Berechnung der Marktanteile aufgrund der Honorarumsätze.

47. Auf die potenzielle Konkurrenz und die Stellung der Marktgegenseite wird an dieser Stelle nicht näher eingegangen. Die Ausführungen zum Markt für die Revision von Grossunternehmen sind jedoch analog auf diesen Markt übertragbar (siehe Rz. 31 f.).

48. Die Begründung oder Verstärkung einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für die Revision von Versicherungen

kann ausgeschlossen werden. Im nächsten Abschnitt wird geprüft, ob der Zusammenschluss allenfalls eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken könnte.

B.2.3. Kollektive Marktbeherrschung

49. Wie oben ausgeführt worden ist, wären im Markt für die Revision von Grossunternehmen nach dem Zusammenschluss noch drei grosse (PWC, EY CH und KPMG) sowie ein kleinerer Anbieter (D&T) tätig. Auf den Märkten für die Revision von Banken und Versicherungen gäbe es ebenfalls drei grosse (PWC, EY CH und KPMG) sowie mehrere kleinere Anbieter (D&T, Bankrevisions- und Treuhand AG, BDO Sofirom und Raiffeisen).

50. Dabei vereinigen die drei grössten Anbieter jeweils einen Marktanteil von 80% und mehr auf sich. Aufgrund der hohen Marktkonzentration ist die Entstehung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung nicht auszuschliessen. Im Folgenden wird die kollektive Marktbeherrschung für alle drei genannten Märkte gemeinsam geprüft.

51. Die Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung würde voraussetzen, dass eine solche zum gegebenen Zeitpunkt bereits existiert. Die Abklärungen des Sekretariats haben keine Hinweise für das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung ergeben. Bereits im PWC-Entscheid hat die Wettbewerbskommission auf den harten Konkurrenzkampf unter den grossen Revisionsgesellschaften hingewiesen (RPW 1998/2, Rz. 136, S. 243). Rund die Hälfte der angeschriebenen Grossunternehmen halten den geplanten Zusammenschluss für unbedenklich. Würde bereits eine kollektiv marktbeherrschende Stellung vorliegen, müsste man wohl davon ausgehen, dass die Mehrzahl der betroffenen Unternehmen den Zusammenschluss missbilligen würden.

52. Die Existenz von wirksamem Wettbewerb wird für den Markt für die Revision von Banken ausserdem durch die EBK bestätigt, welche bei Ausschreibungen zum Teil erhebliche Preisunterschiede beobachtet. Aufgrund der beobachteten Wettbewerbsintensität kann die Existenz einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung vor dem geplanten Zusammenschluss ausgeschlossen werden.

53. Es stellt sich sodann die Frage, ob der Zusammenschluss eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründet. Wie die Wettbewerbskommission 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).

Die Einschätzung wird durch neuere experimentelle ökonomische Forschungen gestützt². Vielmehr muss aufgezeigt werden, dass der Zusammenschluss mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein wettbewerbsbeschränkendes Parallelverhalten auslöst (RPW 1998/2, S. 243, Rz. 137).

54. Wie die Wettbewerbskommission bereits im PWC-Entscheid festgehalten hat, müssten die kleinen Anbieter unter den Big Five in eine Absprache miteinbezogen werden (RPW 1998/2, S. 246, Rz. 148). Obwohl D&T in der Schweiz nicht über eine sehr starke Stellung verfügt, ist D&T international mit den restlichen Unternehmen der Big Four durchaus vergleichbar. Es ist deshalb zu erwarten, dass D&T in der Lage ist, seine Stellung im Falle einer Absprache unter den restlichen Revisionsgesellschaften auszubauen und die Kollusion zu destabilisieren. Im vorliegenden Fall müssten somit sämtliche verbleibende Big Four an der kollektiven Marktbeherrschung teilhaben.

55. Die Wettbewerbskommission ist im PWC-Entscheid davon ausgegangen, dass die Markttransparenz im Bereich der Wirtschaftsprüfung relativ gering ist (RPW 1998/2, S. 244, Rz. 139 ff.). Zwar besteht eine gewisse Preistransparenz bei den Stundenhonoraren. Die Abklärungen des Sekretariats haben jedoch bestätigt, dass die Transparenz insgesamt relativ gering sein dürfte. So sind die Stundenhonorare nur beschränkt aussagekräftig, da insbesondere der verrechnete Zeitaufwand für den Endpreis von Bedeutung ist. Solange die Wirtschaftsprüfungsgesellschaften die Resultate von Ausschreibungen nicht im Detail kennen, ist die Preistransparenz somit relativ gering.

56. Auch in Bezug auf die Kosten herrscht eine gewisse Transparenz. So sind die Lohnkosten von Universitätsabgängern und aufgrund von Mitarbeiterwechselln in einem gewissen Grad bekannt. Diese Transparenz schwindet jedoch mit zunehmendem Ausbildungsstand der Mitarbeiter und ist auf Stufe der Partner nicht gegeben. Somit herrscht bei den teuersten Mitarbeitern eine geringe Transparenz. Die Transparenz ist auch für andere Kostenkomponenten (Informationstechnologie, Raumkosten etc.) nicht gegeben.

57. Erschwerend für eine allfällige Absprache unter den Big Four würde sich die Heterogenität der Produkte auswirken. Ein Revisionsmandat umfasst ein ganzes Paket von individuell auf den Kunden zugeschnittenen Dienstleistungen (RPW 1998/2, S. 244, Rz. 140). Selbst wenn die Analysen und Berichte im Bereich der Wirtschaftsprüfung

² Vgl. z.B. STEFFEN HUCK, HANS-THEO NORMANN und JÖRG OECHSLER: "Two are Few and Four are Many: Number Effects in Experimental Oligopolies", Bonn Econ Discussion Papers 12/2001, und DAMIEN J. NEVEN: "'Collusion' under Article 81 and the Merger Regulation", Konkurrentverket, 2001

durch die nationalen Vorschriften weitgehend standardisiert sind, ergeben sich doch Unterschiede zwischen den Anbietern in Bezug auf die angewandte Prüfmethode, die Tiefe und Qualität der Prüfung sowie die Art der Berichterstattung.

58. Die Tatsache, dass es sich beim Revisionsmarkt um einen Ausschreibungsmarkt handelt und die Ausschreibungen in der Regel nicht sehr häufig erfolgen sowie grosse Honorarvolumen umfassen, dürfte eine Absprache unter den Big Four zusätzlich erschweren³. Schliesslich spricht auch die Stellung der Marktgegenseite gegen die Entstehung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung (vgl. Rz. 33 ff.).

59. Das Gericht Erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften hat im Fall *Airtours/EU-Kommission*⁴ drei Kriterien festgehalten, die zur Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung erfüllt sein müssen. Erstens muss jedes Mitglied des Oligopols das Verhalten der anderen Anbieter in Erfahrung bringen können, um einheitlich vorgehen zu können. Zweitens müssen die Mitglieder des Oligopols dauerhaft abgeschreckt werden, vom festgelegten Verhalten abzuweichen. Schliesslich dürfte die Absprache von anderen Wettbewerbern, potenziellen Konkurrenten oder den Kunden nicht gefährdet werden können. Im vorliegenden Fall scheint zum gegebenen Zeitpunkt keine dieser Voraussetzungen gegeben zu sein. Die Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung ist daher unwahrscheinlich. Es ist jedoch fraglich, ob diese Schlussfolgerungen bei einer weiteren Konsolidierung unter den Wirtschaftsprüfungsgesellschaften weiterhin Gültigkeit haben.

B.3 "Failing company defence"

60. Die Parteien machen mit Berufung auf das Konzept der "Failing company defence"⁵ geltend, dass selbst wenn nach dem Zusammenschluss eine kollektiv marktbeherrschende Stellung bestehen würde, diese nicht auf den Zusammenschluss zurückzuführen sei. Das Auseinanderbrechen des internationalen Netzwerks von Andersen Worldwide habe zur Folge, dass AA CH als eigenständiger Anbieter nicht weiterbestehen könne. Eine Reduktion der Anzahl Marktteilnehmer sei deshalb unumgänglich; folglich bestehe kein Kausalzusammenhang zwischen einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung und dem Zusammenschlussvorhaben.

³ Vgl. ULRICH IMMENGA, a.a.O.

⁴ Urteil vom 6. Juni 2002 in der Rechtssache T-342/99

⁵ OECD Roundtable, *Failing Firm Defence* (OCDE/GD(96)2); HEINZ F. LÖFFLER, *Kommentar zur europäischen Fusionskontrollverordnung*, 2001, Rz. 169 ff. ad Art. 2; PIERRE-EMMANUEL NOËL, *La théorie de l'entreprise en difficulté et la notion de position dominante collective en matière de contrôle communautaire des concentrations*, RDAI/IBLJ, n°8 1998

61. 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 können bei der materiellen Beurteilung eine wesentliche Rolle spielen, wenn der geplante Zusammenschluss nicht als die eigentliche Ursache für die Änderung der Marktstruktur anzusehen ist (fehlender Kausalzusammenhang)⁶. Die Wettbewerbskommission hat in ihrer Praxis in zwei Fällen auf die von ausländischen Wettbewerbsbehörden entwickelte "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 Entscheidungen 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:

1. Eine Zusammenschlusspartei würde innert Kürze ohne Unterstützung vom Markt verschwinden.
2. In diesem Fall würde das andere am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen die meisten oder sämtliche Marktanteile des verschwundenen Unternehmens absorbieren.
3. Es gibt keine für den Wettbewerb weniger schädliche Lösung als das Zusammenschlussvorhaben.

62. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese drei Kriterien im vorliegenden Fall erfüllt sind.

63. Die Revision von international tätigen Grossunternehmen beziehungsweise von international tätigen Banken oder Versicherungen 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 LLP. (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.

⁶ PATRIK DUCREY, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Basler Kommentar zum Schweizerischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 1997, S. 297; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 1999, S. 277 ff.

64. 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.

65. 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.

66. Die Abklärungen des Sekretariats bestätigen diese Einschätzungen. So bezeichnen mehr als drei Viertel der befragten Grossunternehmen die Einbindung in ein internationales Netzwerk als entscheidendes oder sehr wichtiges Kriterium für die Wahl der Revisionsstelle. Sämtliche Marktteilnehmer teilen die Ansicht, dass AA CH ohne Einbindung in ein internationales Netzwerk Grossunternehmen sowie international tätige Banken und Versicherungen nicht betreuen kann und somit aus diesen Märkten ausscheidet. Der Wiederaufbau des internationalen Netzwerks würde eine hohe Hürde für den Wiedereintritt von AA CH darstellen. Kurzfristig wäre nicht mit einem Wiedereintritt von AA CH in den Markt zu rechnen.

67. Unbedeutend ist in diesem Zusammenhang, dass AA CH seine Mandate im Bereich der Revision von KMU auch ohne internationales Netzwerk behalten könnte. Die Untersagung des geplanten Zusammenschlusses würde somit nicht unmittelbar zum Konkurs von AA CH, wohl aber zu einer wesentlichen Redimensionierung der Gesellschaft führen. Inwiefern eine solche Redimensionierung von AA CH im Hinblick auf die Haftungs Pflichten gegenüber AA USA und auf den Reputationsschaden von Andersen realistisch wäre, kann offen gelassen werden. Entscheidend für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens sind jedoch die Auswirkungen auf den Märkten für die Revision von Grossunternehmen, Banken und Versicherungen.

68. Auf diesen Märkten kann aufgrund der Bedeutung des internationalen Netzwerks ein Weiterbestehen von AA CH ausgeschlossen wer-

den. Somit ist die erste Voraussetzung für die Anwendung der Failing company defence gegeben.

69. Die zweite Voraussetzung für die Anwendung der Failing company defence verlangt, dass die andere am Zusammenschluss beteiligte Partei einen Grossteil der Marktanteile des untergehenden Unternehmens übernehmen würde. Dieses Kriterium, das im Hinblick auf die Entstehung einer alleinigen Marktbeherrschung entwickelt wurde, soll sicherstellen, dass die Failing firm defence nur dann zur Anwendung gelangt, wenn eine Untersagung des Zusammenschlusses nicht zu einer besseren Situation für den Wettbewerb führt. Würden die Marktanteile der untergehenden Gesellschaft von einem Dritten übernommen, so könnte sich eine aus wettbewerblicher Sicht bessere Marktstruktur ergeben als im Zusammenschlussfall. In der bisherigen Praxis ("Le Temps" und "Batrech AG/Recymet SA") war ausschliesslich die Möglichkeit der Entstehung einer alleinigen Marktbeherrschung zu beurteilen.

70. Im vorliegenden Fall ist die Entstehung einer alleinigen Marktbeherrschung auszuschliessen. Im Vordergrund steht die mögliche (aber unwahrscheinliche) Entstehung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung. Einer analogen Anwendung der Failing company defence im Falle einer kollektiven Marktbeherrschung ist grundsätzlich nichts entgegenzusetzen. Von Bedeutung ist letztlich, ob ein Kausalzusammenhang zwischen dem Zusammenschluss und der Marktbeherrschung besteht, unabhängig davon, ob es sich dabei um eine alleinige Marktbeherrschung oder eine kollektive Marktbeherrschung handelt. Jeder Fall muss deshalb individuell dahingehend analysiert werden, ob die Verteilung der Marktanteile nach dem Ausscheiden des beteiligten Unternehmens eine kollektive Marktbeherrschung verstärken oder schwächen würde⁷.

71. Das zweite Kriterium für die Anwendbarkeit der Failing company defence ist daher dem vorliegenden Fall anzupassen. Insbesondere muss ausgeschlossen werden, dass ein Untergang von AA CH zu einer Marktstruktur führen könnte, welche eine kollektiv marktbeherrschende Stellung der verbleibenden Big Four verunmöglicht. Dies könnte insbesondere dann der Fall sein, wenn die Marktanteile von AA CH an ein Unternehmen übergehen würden, welches nicht an einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung beteiligt wäre. Das zweite Kriterium muss daher lauten:

⁷ OECD Roundtable, Failing Firm Defence (OCDE/GD(96)23)

2. In diesem Fall würden die an der kollektiven Marktbeherrschung beteiligten Unternehmen die meisten oder sämtliche Marktanteile des verschwundenen Unternehmens absorbieren und die sich dabei ergebende Marktanteilsverteilung ist nicht geeignet, die kollektive Marktbeherrschung zu verunmöglichen.

72. Die Abklärungen des Sekretariats haben ergeben, dass die Marktanteile von AA CH nur von den verbleibenden Big Four (PWC, KPMG, EY CH und D&T) übernommen werden könnten. Wie in Abschnitt B.2.3 aufgezeigt worden ist, sind dies die Unternehmen, welche an einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung beteiligt wären. Welche der Big Four welchen Anteil der von AA CH gehaltenen Marktanteile bei einem Ausscheiden aus dem Markt übernehmen würde, ist letztlich eine hypothetische Frage. Aufgrund des relativ geringen Marktanteils von AA CH von [...] % (bzw. [...] % im Bereich der Revision von Banken und [...] % im Bereich der Revision von Versicherungen) kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass eine allfällige kollektive Marktbeherrschung durch eine andere Verteilung dieser Anteile auf die Big Four destabilisiert würde. Somit ist auch die zweite Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Failing company defence im vorliegenden Fall erfüllt.

73. Es verbleibt somit noch die Frage, ob es eine für den Wettbewerb weniger schädliche Lösung als das Zusammenschlussvorhaben gibt (dritte Voraussetzung).

74. In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob ein Zusammenschluss mit einem anderen Unternehmen allenfalls eine für den Wettbewerb weniger schädliche Lösung darstellen könnte. Aus den bereits erwähnten Gründen kommen als Zusammenschlusspartner nur die verbleibenden Big Four in Betracht. Eine Übernahme von AA CH durch PWC würde dessen Marktstellung weiter ausbauen und würde mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht zu einer Verbesserung der Marktstruktur im Vergleich zum vorliegenden Zusammenschluss führen. Auch ein Zusammenschluss mit KPMG würde offensichtlich nicht eine bessere Lösung darstellen, da KPMG über eine ähnliche Marktstellung verfügt wie EY CH. Die Situation würde schliesslich auch durch eine Übernahme durch D&T nicht verbessert. Die Angleichung der Marktanteile könnte in diesem Fall die Anreize für eine kollektive Marktbeherrschung verstärken. Damit ist auch die dritte Voraussetzung für die Anwendung der Failing company defence erfüllt.

75. Selbst wenn man davon ausgeht, dass nach dem Zusammenschluss eine kollektiv marktbeherrschende Stellung der verbleibenden Big Four besteht (was unwahrscheinlich ist), so wäre diese Stellung somit nicht ursächlich auf den vorliegenden Zusammenschluss zurückzuführen.

C. Ergebnis

76. Aus den genannten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Die Voraussetzungen für die Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3	3. Tamedia AG - LH Holding AG/ Radio Basilisk Betriebs AG
-------	--

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

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

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

Mitteilung nach Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 24. Juni 2002

1. Zusammenschlussvorhaben

1. Am 29. Mai 2002 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des oben genannten Zusammenschlussvorhabens eingegangen.

2. Die Tamedia AG (Tamedia) übernimmt das gesamte Aktienkapital der LH Holding AG (LHH) und der Radio Basilisk Betriebs AG (Basilisk AG) von den beiden bisherigen Aktieninhabern Herr Christian Heeb und Herr Hans-Ruedi Ledermann (Beteiligung je 50%). Diese werden die übernommenen Gesellschaften weiterhin als geschäftsführende Verwaltungsräte im Auftrag der Erwerberin führen.

3. Gemäss eigenen Angaben beabsichtigt die Tamedia durch diese Akquisition, in den lokalen Radiomarkt Basel vorzustossen und ihre Multimedia-Strategie weiterzuverfolgen.

4. Tamedia ist eine Schweizer Mediengruppe, die über direkte und indirekte Beteiligungsgesellschaften schwergewichtig in den Printmedien, aber auch in den elektronischen Medien (Radio, TV, Internet) sowie Services (z.B. grafische Industrie, Distribution u.a.) tätig ist. Sie gibt eine Reihe von Tages- und Wochenzeitungen sowie Zeitschriften heraus. Über die Belcom-Gruppe ist sie zu 100% an TeleZüri und an Radio 24 beteiligt.

5. Die LHH ist eine Beteiligungsgesellschaft. Sie hält Mehrheiten an folgenden Unternehmen:

- *Medag AG für Medienarbeit (Medag)*: Koordiniert exklusiv die Werbespots von Radio Basilisk und Tele Basel. Ist zudem in der Werbeberatung sowie in der Vermittlung von Werbespots auf allen privaten Radio- und TV-Stationen der Schweiz tätig. Die *Medag (Deutschland)*

GmbH für Medienarbeit sowie die *Medag France EURL* in Frankreich sind inaktiv.

- *Basilisk Medienverlag AG*: Sie dient(e) der Kapitalbeschaffung durch Drittaktionäre für die Sender- und Studioanlagen von Radio Basilisk. Sie wird eventuell aufgelöst.

- *Balmedia AG*: Ist die Radioagentur der Ringier AG, das heisst, sie platziert national die Radiowerbung für deren Titel. Sie wird je zu 50% gehalten von der LH Holding und der Ringier AG.

- *MCC Media Clearing Center AG*: Bezweckt den Aufbau und den Betrieb eines Centers für Dienstleistungen aller Art im Medien- und Kommunikationsbereich. Das Unternehmen ist heute inaktiv und wird eventuell aufgelöst.

6. Die *Radio Basilisk Betriebs AG* betreibt einen neutralen und unabhängigen Radiosender, Radio Basilisk.

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 Tamedia übernimmt je 100% der Aktien an der LHH und der Basilisk AG. Dieser Vorgang ist ein Zusammenschluss im Sinne des Gesetzes.

8. Nach Angaben der Parteien erreicht die Tamedia einen Umsatz von CHF 756,1 Mio., die LHH und die Basilisk AG (Zahlen Basilisk AG von 2000) zusammen CHF 7,211 Mio. (wobei die im Ausland erzielten Umsätze mit Bezug auf das zu meldende Unternehmen vernachlässigbar seien). Gemäss Artikel 9 Absatz 2 KG ist bei Unternehmen, deren geschäftliche Tätigkeit ganz oder teilweise im Verlag, in der Herstellung oder im Vertrieb von Zeitungen oder Zeitschriften besteht oder die ganz oder teilweise als Veranstalter von Programmen im Sinne des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen tätig sind, das Zwanzigfache der tatsächlich in diesen Bereichen getätigten Umsätze massgebend. Die beteiligten Unternehmen erreichen die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absatz 1 KG. Das Zusammenschlussvorhaben ist somit meldepflichtig.

3. Die relevanten Märkte

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

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

11. Sowohl die Tamedia wie auch die Basilisk AG betreiben einen Radiosender. Im Folgenden ist demzufolge die Situation auf dem Radiomarkt zu untersuchen. Was die Medag betrifft, so ist festzustellen, dass im Bereich für Werbeberatung und Vermittlung keine wettbewerbsrechtlichen Probleme zu erwarten sind. Grosse Konkurrenten in diesem Markt sind insbesondere die Radio Tele AG, sowie auch IP Multimedia (Schweiz) AG, die Cover Media AG und die Spot Promotion AG. Dazu kommen zahlreiche regional verankerte Unternehmen, welche vielfach auch Drittwerbung akquirieren. Im Übrigen vermitteln alle Werbeagenturen und alle Radio- und TV-Sender selbst Spots für Dritte. Die Tamedia besitzt keine Unternehmen in diesem Bereich, ihre Beteiligung an der Radio Tele AG hat sie 1999 verkauft. Es entstehen keine Marktanteilsadditionen. Dieser Bereich wird im Folgenden nicht weiter untersucht.

3.1 Radiomarkt

a. Sachlich relevanter Markt

12. Vorliegend wird von einem eher engen sachlich relevanten Markt für Radiowerbung ausgegangen (so schon Tamedia-Belcom, RPW 2001/4, S. 724, Rz. 19). Zwar ist es möglich, dass andere Werbemittel teilweise eine disziplinierende Wirkung haben. Sie können jedoch nur beschränkt als Substitute bezeichnet werden, denn je nach Zielgruppe und Werbestrategie stellen sie für die Werbetreibenden keine Alternative zur Radiowerbung dar.

13. Zudem sind die Märkte für lokale/regionale und nationale (Deutschschweiz) Radiowerbung zu unterscheiden. Für national geschaltete Spots werden über Pools grössere oder einzelne Gebiete stärker abgedeckt.

b. Räumlich relevanter Markt

14. Nachfrager nach Werberaum für regionale/lokale Radiowerbung sind meist in der Region ansässige Unternehmen aus verschiedenen Wirtschaftsbereichen. Diese wollen mit Radiowerbung die Bevölkerung in dieser Region - dem Sendegebiet der Radiostationen - erreichen. Der Markt für regionale/lokale Werbung umfasst also die Sendegebiete von Radio Basilisk und Radio 24, im ersten Fall den Grossraum Basel, im zweiten Fall den Grossraum Zürich.

15. Bei der "national" geschalteten Werbung ist entsprechend den Präferenzen der Werbetreibenden ein räumlich relevanter Markt für die gesamte Deutschschweiz zu definieren.

3.2 Hörermarkt

16. Die Wettbewerbskommission hat es bisher offen gelassen, ob zusätzlich zum Werbemarkt ein Hörermarkt zu definieren sei. Für die Zwecke dieser Prüfung wird von einem Hörermarkt für nationale und regionale/lokale Ereignisse ausgegangen (so schon Tamedia-Belcom, RPW 2001/4, S. 725, Rz. 23). Räumlich ist der Markt auf die Sendegebiete der betroffenen Lokalradios abzugrenzen. Ob letztlich ein separater Hörermarkt zu unterscheiden und wie er genau abzugrenzen wäre, kann im vorliegenden Fall offen bleiben, da der Zusammenschluss in einem solchen Markt keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde.

17. Auf jeden Fall sind die Hörerverhältnisse im Werbemarkt zu berücksichtigen. Die Ausrichtung und die Marktanteile eines Lokalradios haben einen grossen Einfluss auf die Art und Anzahl an Werbeaufträgen.

4. Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

4.1 Lokaler Werbemarkt und Hörermarkt

18. In seinem Empfangsgebiet im Raum Basel ist Radio Basilisk mit einem Hörer-Marktanteil von 16,6% das stärkste Lokalradio, gefolgt von Radio Edelweiss (Sendegebiet Baselland/Baselstadt) mit 4,5% und Radio Regenbogen (4,2% deutsches Radio, mit regionaler Werbung). Klare Marktleader sind die Sender von DRS mit weit über 50% Marktanteilen. Weitere Radios (auch ausländische) erreichen Werte von gut 15%. Im lokalen Werbemarkt ist Radio Basilisk führend, gefolgt von seinen lokalen Konkurrenten, da die DRS-Sender zurzeit nur Sponsoring-Werbung anbieten dürfen.

19. Die Tamedia betreibt mit Radio 24 lediglich ein Radio im Grossraum Zürich. Dessen Sendegebiet ist von demjenigen von Radio Basilisk verschieden. Markteintritte durch neue Radiostationen im Raum Basel sind eher unwahrscheinlich. Nach Angabe der Parteien (die sich wiederum auf das BAKOM stützen) sei der Raum Basel für weitere Privatradios zu klein. Auch im Fall Tamedia-Belcom erachtete die Wettbewerbskommission Marktzutritte als wenig wahrscheinlich. Deshalb war die Tamedia vor dem Zusammenschluss nicht als potenzielle Konkurrentin von Radio Basilisk zu betrachten. Es ergeben sich somit weder Marktanteilsadditionen, noch ändert sich etwas an der aktuellen oder potenziellen Konkurrenzsituation im Raum Basel.

20. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass die Marktabgrenzung als eher eng zu bezeichnen ist, das heisst, es ist nicht auszuschliessen, dass andere Werbeträger zumindest eine disziplinierende Wirkung auf die Radiowerbung haben.

21. Es bestehen deshalb keine Anhaltspunkte, wonach durch den Zusammenschluss in den Verbreitungsgebieten der betroffenen Radio-

sender im Markt für regionale Radiowerbung oder im Hörermarkt eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde.

4.2 Nationaler Werbemarkt

22. Die Pool-Zugehörigkeit ist für die Akquisition von nationaler Werbung entscheidend. Radio 24 ist zurzeit mit Radio Zürisee im "Powerpool" verbunden. Radio Basilisk bildet zusammen mit Radio Extra-Bern und Radio Pilatus den "City Pool" (mindestens bis Ende 2002). Die wichtigsten Konkurrenten von Radio Basilisk, Radio Edelweiss und Radio Regenbogen sind im "Pool 2000" vertreten (zusammen mit den Radios Argovia, BE1, BEO, Canal 3 D, Sunshine und Z).

23. Der mit Abstand grösste Pool der Schweiz ist zurzeit der "Pool 2000" mit einer Nettoreichweite von zirka 850'000 Hörern, gefolgt von "Leader-Pool", "Power Pool", "Tourismus Pool", "City-Pool" und "aktuell Plus".

24. Die Radiopool-Landschaft ist zurzeit in Bewegung: Die Radios Z, Sunshine und Argovia sind aus dem "Pool 2000" ausgeschert und haben zusammen mit den Radios Central, Grischa, Ri, Top und 32 den "Millionen-Pool" gegründet, welcher zirka 1,2 Mio. Hörer erreichen wird. Zurzeit ist unklar, ob und in welcher Zusammensetzung der "Pool 2000" fortbestehen wird. Auch hinsichtlich der weiteren bestehenden Radiopools ist die weitere Entwicklung schwer absehbar.

25. Mit dem Zusammenschluss besteht eine gewisse Wahrscheinlichkeit eines gemeinsamen Pools von Radio 24 und Radio Basilisk. Zusammen könnten sie so zwei wichtige Wirtschaftszentren abdecken. Falls sich diesen beiden Sendern auch deren aktuelle Poolpartner - nämlich Radio Zürisee, Radio ExtraBern (woran die Tamedia indirekt beteiligt ist) und Radio Pilatus - anschliessen würden, entstünde ein starker Pool mit einer Nettoreichweite von zirka 800'000 Hörern. Bei diesem Vorgehen würden wahrscheinlich der "City-Pool" und der "Power Pool" auf Ende des Jahres 2002 aufgelöst. Als weiteres alternatives Szenario denkbar wäre andererseits auch die Beteiligung von Radio 24 am verbleibenden "Pool 2000", wobei aber dort Radio Basilisk wegen der Lokalkonkurrenten Radio Edelweiss und Radio Regenbogen keinen Platz hätte. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Entwicklung im Pool-Bereich zurzeit nur schwer vorherzusagen und eine Beurteilung des Marktes schwierig ist.

26. Immerhin ist festzustellen, dass mit dem neu gegründeten "Millionen-Pool" ein sehr starker Konkurrent entstanden ist, welcher bei der Nettoreichweite unangefochten die Spitze einnimmt. Selbst wenn sich also in der Folge des Zusammenschlusses ein neuer grosser Pool bildet, würde sich dieser als Konkurrent zum Millionen-Pool prokompetitiv auf den Markt auswirken.

27. Es bestehen deshalb keine Anhaltspunkte, wonach im Markt für Radiowerbung in der Deutschschweiz eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde.

8. Ergebnis

28. 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	4. Richner AG/Vicom Baubedarf AG
-------	---

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

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

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

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

I. ZUSAMMENSCHLUSSVORHABEN

1. Am 16. Mai 2002 hat die Wettbewerbskommission (Weko) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Richner AG (Richner), von der Vigier Holding (Vigier) 100% der Vicom-Aktien durch Kauf zu übernehmen.

2. Richner ist ein Grosshandelsunternehmen im Bereich Baubedarf und verfügt über verschiedene Ausstellungs-, Verkaufs- und Lagerstandorte. Sie ist vor allem in den Bereichen Baumaterial, Baukeramik und Sanitärprodukte tätig. Ihre Geschäftstätigkeit konzentriert sich im Baumaterialbereich auf die Kantone Aargau und Freiburg, im Sanitärbereich auf die nördliche Deutschschweiz und Freiburg und im Baukeramikbereich auf die nördliche Deutschschweiz, Freiburg und die Zentralschweiz. Richner wird seit Dezember 2000 von der Cement Roadstone Holding plc (CRH) mit Sitz in Dublin kontrolliert. CRH ist eine vor allem im Bereich Rohmaterialien, Baumaterialien und Vertrieb international tätige Gruppe und ist in Dublin, London und New York kotiert.

3. Vicom ist ein Grosshandelsunternehmen im Bereich Baubedarf. Vicom entstand 1998 aus einem Zusammenschluss zwischen Gustav Hunziker AG, AGB Solothurn AG und Marti + Gaspani AG. Sie verfügt über sieben Verkaufsstellen. Die Geschäftstätigkeit des Unternehmens konzentriert sich auf die Nordwestschweiz, insbesondere auf die Gebiete um Bern und Solothurn. Vicom ist vor allem in den Bereichen Baumaterial, Holz, Sanitärprodukte und Baukeramik tätig. Vicom wird zu 100% von der Vigier kontrolliert. Vigier ist ein Konzern mit Sitz in

Lauterbach (SO), dessen Tätigkeit sich auf die Gewinnung und Entsorgung von Kies, Beton und Zement, die Herstellung von Zement und Betonwaren und den Handel von Betonwaren und Baumaterial erstreckt.

II. MELDEPFLICHT

4. Der von beiden Unternehmen (CRH und Vicom) weltweit erzielte Umsatz übersteigt CHF 2'000 Mio. (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und beide Unternehmen erzielen in der Schweiz je einen Umsatz von über CHF 100 Mio. (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG). Damit erfüllt dieses Zusammenschlussvorhaben das Aufgreifkriterium von Artikel 9 Absatz 1 Kartellgesetz (KG; SR 251).

III. BEURTEILUNG DES ZUSAMMENSCHLUSSVORHABENS

1. Relevante Märkte

1.1 Sachlich relevanter Markt

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

6. Gestützt auf die Praxis der Wettbewerbskommission (Gétaz Romang/Miauton, RPW 2000/1, S. 56 ff.) können im vorliegenden Fall folgende sachlich relevanten Märkte unterschieden werden, auf welchen die beteiligten Unternehmen tätig sind:

?? Baumaterial

Dieser Produktmarkt umfasst Baumaterialien wie Zement, Betonwaren, Putze/Verputzträger, Bausteine, Ziegel, Isolationen, Bauplatten, Kanalisationsmaterial, Tiefbaumaterialien, Gartenbauartikel und so weiter.

?? Holz

Dieser Produktmarkt umfasst verschiedene Holzprodukte unterschiedlicher Verarbeitungsstufen wie Massivholz, Türen, Parkett und so weiter.

?? Sanitär (sichtbar)

Der Produktmarkt Sanitär beinhaltet einerseits "sichtbare Sanitärprodukte", andererseits "Sanitärprodukte in der Mauer". Richner und Vicom sind nur als Grosshändler im Bereich "sichtbare Sanitärprodukte" tätig. Der Grosshandelsmarkt für "sichtbare Teile" umfasst Sanitärprodukte wie Bäder, Küchen und Waschküchen.

?? Baukeramik

Dieser Produktmarkt umfasst alle Arten von Keramikplatten für die Boden- und Wandanwendung sowie die zur Verlegung von Baukeramik notwendigen Hilfsstoffe.

?? Werkzeuge/Bekleidung

Dieser Produktmarkt umfasst Werkzeuge, elektrische Kleinmaschinen und Arbeitsbekleidung.

1.2 Räumlich relevanter Markt

7. 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).

8. In Bezug auf die räumliche Marktabgrenzung kann der Handel mit Baubedarfsgütern in Verrechnungs- (Transitgeschäfte) und Lagergeschäfte unterteilt werden.

9. Beim *Verrechnungsgeschäft* werden die Produkte direkt vom Hersteller an die Kunden der Grosshändler geliefert. Der Grossist koordiniert die Lieferung und stellt diese in Rechnung. Es handelt sich dabei zumeist um grössere Lieferungen. Da sich bei den Verrechnungsgeschäften die Tätigkeit der Grosshändler auf Vermittlungs-, Koordinations-, Finanzierungs- oder Delkrederefunktionen beschränkt, können die Grossisten diese unabhängig vom Lieferort von überall in der Schweiz her ausüben. Für den hier vorliegenden Fall kann demnach in Bezug auf die Verrechnungsgeschäfte der erwähnten sachlichen Märkte von einem räumlichen Markt Schweiz ausgegangen werden.

10. Bei *Lagergeschäften* liefern Grossisten ihre Produkte an ihre Kunden beziehungsweise die Kunden holen diese beim Grossisten ab. Lagergeschäfte werden vor allem dann getätigt, wenn es sich um kleinere Liefermengen handelt. In Bezug auf die hier vorliegenden sachlich relevanten Märkte hat die Wettbewerbskommission im Entscheid Gétaz Romang/Miauton (RPW 2000/1, S. 58) einen separaten räumlich relevanten Markt für die Romandie angenommen. Für die sich im aktuellen Fall stellende räumliche Marktabgrenzung kann in Übereinstimmung mit der Praxis von regionalen Märkten mit ähnlicher Dimension wie die Romandie ausgegangen werden. Die Faktoren, welche eine regionale Marktabgrenzung beeinflussen können, variieren von Fall zu Fall:

?? Ausgangspunkt der Lieferung beziehungsweise Abholung der sachlich relevanten Produkte sind die Auslieferungs- und Abhollager der Grossisten. Die verschiedenen Grossisten haben ihre Lager an unterschiedlichen Orten. Zudem unterhalten einzelne Grossisten zum Teil für die verschiedenen Gütergruppen unterschiedliche Lager.

?? Der Auslieferungs- beziehungsweise Abholradius ist von mehreren Faktoren abhängig, so zum Beispiel von der Distanz zu den Mitbewerbern, von der Dichte des eigenen Netzes, vom Verkehrsnetz, von den Transportkosten, von der Qualität und den Preisen der Produkte, von der Grösse der Baustelle und so weiter. Der Bezugs-

radius kann somit von wenigen Kilometern bis zu 50-60 Kilometern betragen. Die Kriterien, welche den Bezug beeinflussen, sind somit je nach Gegebenheiten auf Seiten der Marktgegenseite (Baustelle, auf welcher das Baugewerbe tätig ist) unterschiedlich.

11. Da es nur im Grossraum Bern sowie Luzern zu Überschneidungen im Auslieferungsgebiet kommt, werden nachgängig nur diese Regionen untersucht.

2. Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

12. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt (diese Märkte werden hier als vom Zusammenschluss "betroffene Märkte" bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

13. Die nachfolgende Tabelle zeigt auf, in welchen Bereichen betroffene Märkte bestehen. Dabei können für die Verrechnungsgeschäfte die Bereiche Sanitär und Baukeramik vernachlässigt werden, da in diesen Bereichen fast nur Lagergeschäfte getätigt werden.

14. Zudem kann in Bezug auf die Lagergeschäfte auf eine Analyse des Bereichs Werkzeuge/Bekleidung verzichtet werden, da die beteiligten Unternehmen darin nur am Rande tätig sind.

	Richner	Vicom	Gemeinsam
Verrechnungsgeschäfte Schweiz:			
Baumaterial	0%-10%	0%-10%	0%-10%
Holz	0%-10%	0%-10%	0%-10%
Lagergeschäfte Grossraum Bern:			
Baumaterial	-	10%-20%	10%-20%
Holz	-	10%-20%	10%-20%
Sanitär	0%-10%	10%-20%	20%-30%
Baukeramik	-	20%-30%	20%-30%
Lagergeschäfte Grossraum Luzern:			
Baumaterial	-	-	-
Holz	-	-	-
Sanitär	0%-10%	-	0%-10%
Baukeramik	0%-10%	0%-10%	10%-20%

2.1 Aktuelle Konkurrenz

15. Wie die oben stehende Tabelle zeigt, ist einzig der Sanitärmarkt im Grossraum Bern betroffen im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU. Einen Überblick über die *aktuelle Konkurrenz* auf dem Sanitärmarkt im Grossraum Bern zeigt folgende Tabelle:

Wettbewerber	Marktanteile im Sanitärmarkt im Grossraum Bern
Richner	0%-10%
Vicom	10%-20%
Sabag	10%-20%
Sanitas Troesch	40%-50%
Übrige	0%-10%

16. Im Grossraum Bern ist Sanitas Troesch klarer Marktführer. Zudem erklären Konkurrenten der beteiligten Unternehmen, dass im Sanitärmarkt ausgeprägter Wettbewerb herrscht und dass sie keine wettbewerbsschädigenden Folgen aufgrund des Zusammenschlusses erwarten, da es nur zu geringen Marktanteilsadditionen kommt. Ausserhalb des Grosshandelsverbandes der sanitären Branche sind zusätzlich einige Sanitärfachhändler und Baumärkte (Do it, Migros, Jumbo etc.) vorhanden.

17. Obwohl im hier vorliegenden Fall aktuelle Konkurrenz besteht, kann durch die Reduzierung der grossen Konkurrenten von vier auf drei nicht ohne weitere Begründung davon ausgegangen werden, dass diese Konzentration als offensichtlich unbedenklich einzustufen ist.

2.2 Potenzielle Konkurrenz

18. Alle anderen Unternehmen in der Schweiz im Bereich Sanitär müssen als potenzielle Konkurrenten betrachtet werden, da sie über das nötige Know-how und den Zugang zu den Beschaffungsmärkten verfügen (Gétaz Romang/Miauton, RPW 2000/1, S. 61). Zu denken ist hierbei insbesondere an Gétaz Romang, welche in der Romandie im Sanitärbereich über eine sehr starke Stellung verfügt und in anderen Bereichen der Deutschschweiz auch schon tätig ist. Dies erlaubt es, den Vorgang trotzdem als offensichtlich unbedenklich einzustufen.

IV. ERGEBNIS

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

B 2.3	5. Zürcher Kantonalbank/BZ-Visionen
-------	--

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 20. August 2002

I ZUSAMMENSCHLUSSVORHABEN

1. Sachverhalt

1. Am 7. August 2002 hat die Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die ZKB, die nicht kotierten Namenaktien und damit die Stimmenmehrheit der Pharma Vision, BK Vision, Spezialitäten Vision

und Stillhalter Vision (nachfolgend BZ Visionen) von der BZ Gruppe Holding AG (nachfolgend BZ Gruppe) zu kaufen.

2. Die beteiligten Unternehmen

2. Die BZ Visionen der BZ Gruppe sind börsenkotierte Beteiligungsgesellschaften zur Kapitalanlage für private und institutionelle Anleger. Während sich die Pharma Vision und die BK Vision an erstklassige Unternehmen einer Branche (Pharma bzw. Finanzen) beteiligen, investiert die Stillhalter Vision in Unternehmen verschiedener Branchen. Die Spezialitäten Vision hat ihrerseits einen besonderen Anlagestil und investiert in Unternehmen in Spezialsituationen. Dabei kann es sich um Unternehmen handeln, die unterbewertet erscheinen, weil zum Beispiel das Ertragspotenzial unterschätzt wird oder weil es der Gesellschaft noch nicht gelungen ist, sich im Kapitalmarkt richtig zu positionieren. Die Gesellschaften verfügen über keine eigene Infrastruktur (Personal, Büroräumlichkeiten etc.) und wurden seit ihrer Gründung unter einem Geschäftsführungsvertrag durch die BZ Trust Aktiengesellschaft, einer Tochtergesellschaft der BZ Gruppe, verwaltet.

3. Die ZKB darf im Folgenden als Universalbank und grösste Schweizer Kantonalbank als bekannt vorausgesetzt werden. Die ZKB beabsichtigt mit dem Kauf der BZ Visionen den Ausbau ihres Anlagegeschäfts.

3. Kontrollerwerb

4. Der Kaufvertrag zwischen der ZKB und der BZ Gruppe sieht den Kauf der nicht kotierten Namenaktien der BZ Visionen vor, wodurch die ZKB 16,67% des Aktienkapitals und 50% der Stimmrechte der BK Vision, 16,67% des Aktienkapitals und 50% der Stimmrechte der Pharma Vision, 20% des Aktienkapitals und 55,56% der Stimmrechte der Spezialitäten Vision sowie 16,67% des Aktienkapitals und 50% der Stimmrechte der Stillhalter Vision erhält.

5. Das vorliegende Vorhaben erfüllt somit den Tatbestand des Unternehmenszusammenschlusses gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG.

4. Zuständigkeit der Wettbewerbskommission

6. Die Bankenkommission ist mit Schreiben vom 7. August 2002 über den geplanten Zusammenschluss informiert worden. Sie hat mit Schreiben vom 13. August 2002 erklärt, auf eine Übernahme des Falles im Sinne von Artikel 10 Absatz 3 KG zu verzichten. Die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission ist deshalb gegeben.

II MELDEPFLICHT

7. Im Jahre 2001 betrug die Bilanzsumme der ZKB in der Schweiz CHF [...] Mia. Der für die Berechnung der Schwellenwerte massgebliche Umsatz (10% der Bilanzsumme, vgl. Art. 8 Abs. 1 VKU) beträgt somit CHF [...] Mia. Im gleichen Geschäftsjahr betrug der Umsatz der Pharma

Vision CHF [...] Mio., der BK Vision CHF [...] Mio., der Spezialitäten Vision CHF [...] Mio. und der Stillhalter Vision CHF [...] Mio. Somit ergibt sich ein Gesamtumsatz der BZ Visionen von CHF [...] Mio. Damit sind die Schwellenwerte für die Meldepflicht gemäss Artikel 9 KG erreicht.

III BEURTEILUNG

1. Sachlich relevanter Markt

8. 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).

9. Die Wettbewerbskommission hatte sich bisher noch in keinem Fall mit Beteiligungsgesellschaften beziehungsweise Anlagefonds zu beschäftigen, weshalb in diesem Bereich keine einschlägige Praxis besteht. Im Bereich der Kapitalanlage hat sie im Rahmen von Bankenfusionen bisher lediglich einen Markt für das Private Banking (Vermögensverwaltung und Anlageberatung, Treuhandanlagen sowie sämtliche damit verbundene Dienstleistungen) ausgeschieden (vgl. Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen, RPW 1997/4, S. 527 f., Rz. 17, 20). Diese Marktabgrenzung scheint im vorliegenden Fall wenig sinnvoll, da die vier Visionen lediglich Anlagevehikel darstellen und keine eigentliche Vermögensverwaltung oder Anlageberatung betreiben.

10. Die von der ZKB übernommenen Beteiligungsgesellschaften dienen der Kapitalanlage sowohl für private als auch institutionelle Anleger. Ähnlich wie bei Anlagefonds besteht die von diesen Beteiligungsgesellschaften erbrachte Dienstleistung in der Auswahl, Bewirtschaftung und Verwaltung der Beteiligungen. Nach Ansicht der Parteien handelt es sich beim sachlich relevanten Markt deshalb um den Markt für "Fonds und fondsähnliche Produkte".

11. Für die Zusammenfassung von Anlagefonds und Beteiligungsgesellschaften in einen gemeinsamen sachlich relevanten Markt sprechen verschiedene Gründe. So ist es für den Anleger von untergeordneter Bedeutung, ob die Anlage in Vertragsform (Anlagefonds) oder Gesellschaftsform (Beteiligungsgesellschaften) erfolgt. In ausländischen Rechtsordnungen sind Anlagefonds sowohl in vertragsrechtlicher wie auch in gesellschaftsrechtlicher Form möglich. Ein grosser Teil der in der Schweiz für den Vertrieb zugelassenen ausländischen Anlagefonds besitzt denn auch die Gesellschaftsform. Auch in der Schweiz sind Bestrebungen im Gang, den auf vertragliche Anlagefonds beschränkten Geltungsbereich des Anlagefondsgesetzes auf Anlagefonds in körperschaftlicher Struktur auszudehnen. Die verschiedenen Formen kollektiver Anlageinstrumente sollen in der Zukunft somit grundsätzlich gleich behandelt werden.

12. Gegen die Zusammenfassung von Anlagefonds und Beteiligungsgesellschaften in einen gemeinsamen sachlich relevanten Markt spre-

chen verschiedene Unterschiede zwischen den beiden Formen kollektiver Kapitalanlage. Entgegen den vertraglichen Anlagefonds, welche die "open-end" Form besitzen (sog. offene Anlagefonds), kennen die Beteiligungsgesellschaften die "closed-end" Form. Dementsprechend haben die Anleger bei Beteiligungsgesellschaften - im Gegensatz zu Anlegern bei Anlagefonds (vgl. Art. 24 Abs. 1 Anlagefondsgesetz, AFG, SR 951.31) - keinen Anspruch auf Rücknahme ihrer Anteile. Des Weiteren können die Beteiligungsgesellschaften grössere Anteile an einer gleichen Gesellschaft erwerben, während die Anlagefonds gemäss Artikel 33 Absatz 1 AFG nur einen bestimmten Höchstanteil des Fondsvermögens beim gleichen Schuldner oder Unternehmen anlegen können (10% gemäss Art. 37 Abs. 1 Anlagefondsverordnung, AFV; SR 951.311).

13. Da das vorliegende Zusammenschlussvorhaben auch bei einer engen Marktabgrenzung offensichtlich unbedenklich ist, kann die exakte Definition des sachlich relevanten Marktes offen gelassen werden.

2. Räumlich relevanter Markt

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

15. Beim Markt für Anlagefonds und fondsähnlichen Produkten ist mindestens von einem nationalen Markt auszugehen, allenfalls sogar von einem internationalen Markt. Das gleiche würde auch im Falle eines Marktes für Anlagen in Beteiligungsgesellschaften gelten. Da das vorliegende Zusammenschlussvorhaben auch bei einer engen Marktabgrenzung unbedenklich ist, kann auf eine endgültige Definition des räumlich relevanten Marktes verzichtet werden.

3. Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

16. Ende 2001 verfügten nach Angaben der Schweizerischen Nationalbank 3'295 Anlagefonds über eine Bewilligung der Eidgenössischen Bankenkommission für den Vertrieb in der Schweiz. Dabei handelt es sich um 464 Anlagefonds nach schweizerischem Recht und um 2'831 Anlagefonds nach ausländischem Recht. Das Total der von den Fondsgesellschaften im In- und Ausland verwalteten Vermögen belief sich Ende Juni 2002 auf CHF 432 Mia. (Quelle: Swiss Funds Association; SFA).

17. Daneben waren Ende Juni 2002 48 Investmentgesellschaften mit einer Börsenkaptalisierung von insgesamt knapp CHF 15 Mia. an der SWX Swiss Exchange kotiert (Quelle: SWX Swiss Exchange). Das Total der von den Anlagefonds verwalteten Vermögen und der Börsenkaptalisierung der kotierten Beteiligungsgesellschaften betrug Ende Juni 2002 somit CHF 447 Mia.

18. Die Börsenkapitalisierung der vier BZ-Visionen betrug Ende Juni 2002 zirka CHF [...] Mia., während die ZKB nach eigenen Angaben Fondsvermögen im Umfang von CHF [...] Mia. verwaltete. Nach dem Zusammenschluss beträgt das Total der verwalteten Vermögen beziehungsweise Börsenkapitalisierung somit CHF [...] Mia.

19. Aufgrund einer weiten Marktabgrenzung (Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte) ergibt sich nach dem Zusammenschluss somit ein Marktanteil von 2,1%. Geht man von einer engen Marktabgrenzung aus (Markt für Anlagen in Beteiligungsgesellschaften), so beträgt der Marktanteil der vier BZ-Visionen 29%, wobei der Zusammenschluss nicht zu einer Marktanteilsaddition führt. Der Zusammenschluss wäre - angesichts der Präsenz der beiden Grossbanken UBS und CREDIT SUISSE Group - auch in diesem Fall unbedenklich. Hinzu kommt, dass der zu beurteilende Zusammenschluss der ZKB eine stärkere Stellung im Wettbewerb gegenüber den genannten Grossbanken verschafft.

IV. ERGEBNIS

20. Der Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte ist durch eine sehr grosse Zahl von Anbietern charakterisiert, die in einem intensiven Wettbewerb zueinander stehen. Aufgrund des geringen gemeinsamen Marktanteils der beteiligten Parteien ist der Zusammenschluss unbedenklich. Selbst wenn man von der engsten Marktabgrenzung ausgeht (Markt für Anlagen in Beteiligungsgesellschaften), so ergibt sich aufgrund des Fehlens von Marktanteilsadditionen keine Verstärkung der Stellung auf dem Markt.

21. 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	6. GU Laboratoires Inneov
-------	----------------------------------

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 26. August 2002

I. ZUSAMMENSCHLUSSVORHABEN

1. Am 23. Juli 2002 ist bei der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko) die vollständige Meldung über das Zusammenschlussvorhaben Laboratoires Inneov eingegangen. Die Unternehmen Nestlé SA,

Vevey (nachfolgend: Nestlé), und L'OREAL SA, Paris, Frankreich (nachfolgend: L'OREAL), beabsichtigen, das Gemeinschaftsunternehmen Laboratoires Inneov, Paris, Frankreich, zu gründen.

2. Die Neugründung von Laboratoires Inneov gemeinsam durch Nestlé und L'OREAL erfolgt auf der Grundlage eines Joint Venture Agreement, das am 25. Juni 2002 abgeschlossen wurde. Mit der Gründung der Laboratoires Inneov verfolgen die Parteien das Ziel, Nahrungsmittel herzustellen, die kosmetische Wirkung erzeugen.

3. L'OREAL SA ist eine international tätige Kosmetikgruppe, deren Aktienkapital zu 54% von der Finanzgesellschaft Gesperal gehalten wird, an der Madame Liliane Bettencourt, Tochter von L'OREAL-Gründer Eugène Schuller, zu 51% beteiligt ist. Nestlé ist ebenfalls an der Finanzgesellschaft Gesperal beteiligt, nämlich mit 49%. Nestlé verfügt damit indirekt über einen Anteil von 26,3% am L'OREAL-Konzern. L'OREAL produziert und vertreibt weltweit Kosmetik- und Pharmaprodukte, letztere durch das Unternehmen Sanofi-Synthélabo, an dem L'OREAL zu 20% beteiligt ist.

4. Nestlé ist eine international tätige, börsennotierte Holdinggesellschaft, die weltweit Nahrungsmittel, Getränke, Tierfutter und Pharmaprodukte herstellt und vertreibt.

5. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 26. Juni 2002 der EU-Kommission gemeldet (M.2773 NESTLE/L'OREAL/INNEOV). Die EU-Kommission hat den Zusammenschluss mit Entscheid vom 26. Juli 2002 gutgeheissen.

II. MELDEPFLICHT

1. Gemeinschaftsunternehmen

6. Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (nachfolgend: GU) stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b Kartellgesetz (KG; SR 251) dar, wenn **1.1)** zwei oder mehr Unternehmen ein Unternehmen gründen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen (Art. 2 Abs. 2 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU; SR 251.4), **1.2)** das GU auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Vollfunktionsunternehmen, Art. 2 Abs. 1 VKU), und **1.3)** in das GU Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (Art. 2 Abs. 2 VKU).

1.1. Gemeinsame Kontrolle

7. Laboratoires Inneov stellt eine Neugründung von Nestlé und L'OREAL dar. Indem beide Unternehmen je 50% des Aktienkapitals halten und über den gleichen Stimmrechtsanteil verfügen, können die Entscheide über die Unternehmenspolitik nur gemeinsam gefällt werden. Gemäss Gründungsvertrag haben Nestlé und L'OREAL das Recht, die Mitglieder "des strategischen Komitees", das maximal acht Perso-

nen umfasst, paritätisch auszugestalten. Jedes Unternehmen bestimmt einen Co-Präsidenten, welcher alternierend das Komitee präsidieren wird. Laboratoires Inneov wird somit von Nestlé und L'OREAL gemeinsam kontrolliert.

1.2 Vollfunktions-GU

8. Ein Vollfunktions-GU muss nach Artikel 2 Absatz 1 VKU drei Voraussetzungen erfüllen, nämlich a) als Vollfunktionsunternehmen auftreten, b) eine selbstständige wirtschaftliche Einheit darstellen und c) auf Dauer angelegt sein (RPW 1997/2, S. 199).

9. Laboratoires Inneov ist eine selbstständige, auf [...] Jahre angelegte (wobei sich der Vertrag ohne Kündigung jeweils um weitere [...] Jahre verlängert), wirtschaftliche Einheit, die über ausreichende finanzielle Ressourcen verfügt, und Mitarbeiter in den Bereichen Forschung, Produktion, Vermarktung und Distribution beschäftigen wird. Laboratoires Inneov ist damit als Vollfunktions-GU anzusehen.

1.3 Einfließen der Geschäftstätigkeiten

10. Schliesslich ist zu prüfen, ob Geschäftstätigkeiten eines kontrollierenden Unternehmens in das GU einfließen. Die Wettbewerbsbehörden legen die Bestimmung von Artikel 2 Absatz 2 VKU weit aus (vgl. z.B. RPW 1997/2, S. 200; 1998/2, S. 253 f.; 2000/1, S. 37). Der Tatbestand ist beispielsweise dann erfüllt, wenn ein Mutterunternehmen seine Vertriebsorganisation, Produktionsanlagen oder wesentliches Know-how in das GU einbringt (vgl. DUCREY, Gemeinschaftsunternehmen [Joint Ventures] - kartellrechtliche Aspekte, in: Mergers & Acquisitions III, Europa Institut Zürich 2001, S. 138).

11. Der Gründungsvertrag zwischen Nestlé und L'OREAL sieht unter anderem vor, dass:

[...]

12. Daran ändert nichts, dass die oben genannten Leistungen von L'OREAL und Nestlé gegenüber Laboratoires Inneov entgeltlich sind, da diese Abgeltungen als unternehmensinterne Finanztransaktionen anzusehen sind. Damit sind alle Voraussetzungen für ein GU gegeben.

2. Umsatzschwellen

13. Der von Nestlé und L'OREAL weltweit erzielte Umsatz übersteigt den gesetzlichen Schwellenwert von CHF 2'000 Mio. Beide Unternehmen erzielen in der Schweiz je einen Umsatz von weit mehr als CHF 100 Mio. Damit erfüllt das Zusammenschlussvorhaben die Umsatzkriterien nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a und b KG.

3 Ergebnis

14. Es handelt sich demnach um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 9 KG.

III. BEURTEILUNG DES ZUSAMMENSCHLUSSVORHABENS

1. Relevante Märkte

1.1. Sachlich relevante Märkte

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

16. Laboratoires Inneov wird im Bereich der Nahrungsergänzungspräparate mit kosmetischer Zielsetzung tätig sein. Dabei handelt es sich um Nahrungsmittel, die durch eine bestimmte Zusammensetzung aus Vitaminen, Mineralstoffen und Pflanzenextrakten einen Effekt auf das äusserliche Erscheinungsbild des Menschen erzielen sollen. Sie stellen aber keine Heilmittel im Sinne des Heilmittelgesetzes dar. Die Produkte werden als Tablette, Kapsel oder in flüssiger Form angeboten. Sie wirken durch die Aufnahme der Inhaltsstoffe in den Blutkreislauf auf die Haut oder die Haarwurzeln.

17. Nahrungsergänzungspräparate und Kosmetikprodukte stellen separate sachliche Märkte dar. Sie sind untereinander nicht austauschbar.

18. Dies ergibt sich zunächst aus ihrer unterschiedlichen rechtlichen Behandlung. Während Kosmetikprodukte nach Artikel 5 Lebensmittelgesetz (LMG; SR 817.0) Gebrauchsgegenstände darstellen, gelten Nahrungsergänzungspräparate als Lebensmittel (Art. 3 LMG, Art. 184b Lebensmittelverordnung, LMV; SR 817.02). Für beide Produkte existieren unterschiedliche Regeln hinsichtlich der Zulässigkeit der Inhaltsstoffe und der Kennzeichnung.

19. Nahrungsergänzungs- und Kosmetikpräparate sind aber auch funktionell nicht substituierbar.

20. Nahrungsergänzungspräparate unterscheiden sich von reinen Kosmetikprodukten in der Art ihrer Anwendung: Kosmetika werden äusserlich angewendet, Nahrungsergänzungspräparate dagegen eingenommen. In der Art der Wirkung gibt es ebenfalls Unterschiede: Kosmetika wirken nur auf die äusseren Lagen der Haut (Haare oder Nägel) und lokal nur auf dem Gebiet der Anwendung, Nahrungsergänzungspräparate wirken demgegenüber von innen auf den Körper. Bei den Kosmetika setzt die Wirkung in der Regel sofort ein, ist aber allgemein nur von kurzer Dauer. Im Gegensatz dazu sind bei Nahrungsergänzungspräparaten nur langsam Effekte zu erzielen, die dafür aber länger anhalten.

21. Nahrungsergänzungspräparate mit kosmetischen Zusätzen sind nicht dazu bestimmt, eine mangelhafte Ernährung zu korrigieren, sondern ein kosmetisches Resultat zu erreichen. Damit können sie auch von anderen Nahrungsergänzungsmitteln, bei denen die Ernäh-

rungs- und Gesundheitskomponente im Vordergrund steht, abgegrenzt werden. Es lässt sich somit ein eigenständiger Markt für Nahrungsergänzungspräparate mit kosmetischer Zielsetzung abgrenzen.

1.2. Räumlich relevante Märkte

22. 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).

23. Der räumlich relevante Markt ist im vorliegenden Fall auf die Schweiz begrenzt, da die Nahrungsergänzungspräparate nationalen Zulassungsbestimmungen unterliegen (vgl. Lebensmittelgesetzgebung).

2. Stellung in den betroffenen Märkten

24. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt. Diese Märkte werden 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.

25. Im Rahmen ihrer eigenen Geschäftstätigkeiten waren Nestlé und L'OREAL im Bereich der Herstellung von Nahrungsmittelergänzungspräparate bisher nicht direkt tätig. Daher können Nestlé und L'OREAL in diesem Markt noch keine Marktanteile vorweisen.

26. Aufgrund der Tatsache, dass im Markt für Nahrungsergänzungspräparate bereits Anbieter existieren (aktuelle Konkurrenz) und neben Laboratoires Inneov zukünftig mit weiteren Marktzutritten zu rechnen ist (potenzielle Konkurrenz), kann davon ausgegangen werden, dass in diesem Bereich Wettbewerb herrscht.

IV. SCHLUSSFOLGERUNG

27. Aus den genannten Gründen ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in der Schweiz. Das Zusammenschlussvorhaben ist als unbedenklich anzusehen. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3	7. Coop/EPA
-------	--------------------

Prüfungsverfahren; Art. 33 KG

Procédure d'examen; art. 33 LCart

Procedura d'esame; art. 33 LCart

Mitteilung nach Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 19. August 2002

A. Sachverhalt

A.1 Gegenstand

1. Am 15. April 2002 erhielt das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend "Sekretariat") die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben. Danach beabsichtigt Coop, Basel (nachfolgend "Coop"), mittels Aktienkauf sowie Optionsvereinbarung die Kontrolle über die EPA AG (nachfolgend "EPA"), Zürich, zu erlangen.

2. Coop ist die Dachgesellschaft der schweizerischen Coop-Gruppe, zu welcher zahlreiche Produktions-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen gehören. Coop ist eine der führenden Detailhandelsketten für Food-Produkte und ein bedeutender Anbieter von Non-Food-Produkten in der Schweiz. Das Kerngeschäft der Coop-Gruppe bilden ihre Supermärkte. Daneben ist die Coop-Gruppe unter anderem auch in den Bereichen Gastronomie (Coop Restaurants) und Tankstellen (Coop Mineralöl) tätig.

3. Die EPA ist eine im schweizerischen Detailhandel tätige Unternehmung, deren Geschäftstätigkeiten hauptsächlich im Warenhausbereich für Food, Near-Food, Hartwaren und Textilien liegen. Daneben ist die EPA in sehr beschränktem Ausmass im Online-Handel mit Parfümerieartikeln und Kosmetika aktiv.

4. Gemäss eigenen Angaben hat die EPA für ein längerfristiges Bestehen im Detailhandel nicht die nötige Grösse. Das Zusammenschlussvorhaben würde der EPA erlauben, sich auf ihre Kernkompetenzen im Warenhausbetrieb zu konzentrieren. Coop führt aus, mit dem vorliegenden Zusammenschluss ihren Warenhauskanal zu ergänzen und in diesem Bereich die kritische Grösse zu überwinden. Synergien sollen dank der Ausnützung von Verbundvorteilen vor allem in der Lagerbewirtschaftung, Logistik, Informatik und Administration erfolgen.

A.2 Verfahren

5. Mit Schreiben vom 18. April 2002 erachtete das Sekretariat die erste Meldung als unvollständig, da wesentliche Angaben zu den Beschaffungsmärkten fehlten. Das Sekretariat stellte am 25. April 2002 die Vollständigkeit der Meldung fest, nachdem die Parteien die fehlenden Angaben am 23. April 2002 nachgereicht hatten.

6. Am 22. Mai 2002 hat die zuständige Kammer Produktemärkte der Wettbewerbskommission (nachfolgend "Weko") gestützt auf Artikel 10 Absatz 1 Kartellgesetz (KG; SR 251) sowie auf Antrag des Sekretariates das Vorliegen von Anhaltspunkten für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch den beabsichtigten Zusammenschluss bejaht und die Eröffnung eines Prüfungsverfahrens gemäss Artikel 10 und Artikel 33 ff. KG beschlossen.
7. Die Eröffnung des Prüfungsverfahrens wurde am 5. Juni 2002 im Schweizerischen Handelsamtsblatt und am 11. Juni 2002 im Bundesblatt publiziert.
8. Am 24. Mai 2002 stellten die Parteien einen Antrag auf Akteneinsicht. Die gewünschten Akten, mit Ausnahme von Dokumenten mit Geschäftsgeheimnissen, wurden den Parteien am 3. Juni 2002 zugestellt.
9. Die genauen Beschwerdepunkte, auf denen der Entscheid vom 22. Mai 2002 basiert, wurden den Parteien mit Schreiben vom 3. Juni 2002 mitgeteilt.
10. [...]
11. Anlässlich der Sitzung vom 10. Juni 2002 beschloss die zuständige Kammer Produktemärkte, das Zusammenschlussvorhaben der Weko zu überweisen.
12. Im Rahmen der durch das Sekretariat durchgeführten Abklärungen wurden 83 Fragebogen an Konkurrenten (8, wovon 7 geantwortet haben) und Lieferanten (71, wovon 56 geantwortet haben) von Coop und EPA sowie an Konsumentenschutzorganisationen (4, wovon 3 geantwortet haben) versandt.

B. Erwägungen

B.1 Meldepflicht

13. Coop übernimmt mittels Aktienkauf [...] % der Aktien von EPA. Unter einer Optionsvereinbarung erhält Coop zusätzlich das Recht, die restlichen [...] % des Aktienkapitals der EPA zwischen dem 1. Januar 2004 und dem 31. Dezember 2009 zu erwerben. Der Erwerb von [...] % des Aktienkapitals in Verbindung mit der Optionsvereinbarung ist als Kontrollerwerb und damit als Unternehmenszusammenschluss gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG zu qualifizieren.
 14. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Jahr 2000 in der Schweiz einen gemeinsamen Umsatz von CHF [...] Mio. Getrennt betrug der Umsatz für Coop CHF [...] Mio. und jener von EPA CHF [...] Mio. Damit sind die Aufgreifkriterien von Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a und b KG erfüllt.
-

B.2 Relevante Märkte

15. Was die relevanten Märkte betrifft, sind die Unternehmen (Coop, EPA) im Vertrieb einer Vielzahl von Produkten auf der Stufe Detailhandel in der Schweiz tätig. Für alle diese Produkte ist im Rahmen der wettbewerblichen Analyse grundsätzlich zu unterscheiden zwischen

?? den Absatzmärkten, auf denen sich die Detailhändler als Anbieter den Endkonsumenten gegenübersehen, und

?? den Beschaffungsmärkten, auf denen sich die Detailhändler als Nachfrager den Herstellern gegenübersehen.

16. Bevor eine detaillierte und getrennte Betrachtung der sachlichen und räumlichen Absatz- beziehungsweise Beschaffungsmärkte (vgl. Rz. 17 ff.) erfolgt, ist vorab folgendes anzumerken:

a) Zwischen den Absatz- und Beschaffungsmärkten bestehen enge Interdependenzen. Die Detailhandelsketten beeinflussen über ihre Aktivitäten in den Absatzmärkten das Einkaufsvolumen und ihre Stellung in den Beschaffungsmärkten. Diese Stellung beeinflusst ihrerseits die Einkaufskonditionen.

b) Ein weiterer Zusammenhang zwischen Absatz- und Beschaffungsmärkten basiert auf der Intermedialfunktion der Detailhandelsketten zwischen Lieferanten und Endkonsumenten. Die Notwendigkeit dieser Vermittlerrolle ergibt sich aus den Eigenschaften der Konsumenten, die oft als wenig mobile und nur lückenhaft informierte Nachfrager zu charakterisieren sind¹. Damit treten die grossen Detailhandelsketten im Ergebnis für die Konsumenten, die Einkäufe in relativ geringem Umfang tätigen, den Lieferanten entgegen (Gegenmachthypothese). Zudem bringen die Detaillisten die Produkte zu den (immobilen) Konsumenten und bündeln für die (uninformierten) Konsumenten Informationen über Angebot, Preise und Qualität von Produkten².

c) Obwohl die jeweiligen Produkte in ihren physischen Eigenschaften auf dem Beschaffungs- und Absatzmarkt identisch sind, können sie sich ökonomisch durchaus unterscheiden. Für Lieferanten und Konsumenten spielen beim Verkauf beziehungsweise Kauf eines Produktes typischerweise nicht nur das Produkt an sich, sondern auch die dazugehörigen *komplementären* Dienstleistungen des Detailhändlers (Transport, Information etc.) eine Rolle.

¹ London Economics, 1997: Competition in Retailing, OFT Research Paper 13, Kapitel 2

² Vgl. zu dieser Rz. BÖHEIM M., 2002: Ökonomische Analyse der Wettbewerbssituation im österreichischen Lebensmitteleinzelhandel, Wifo Monatsberichte, S. 325 ff.

B.2.1 Sachlich relevante Märkte

17. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU; SR 251.4)

B.2.1.1 Absatzmärkte

18. Basierend auf dem Entscheid Migros/Globus (RPW 1997/3, S. 364 ff.) und auf den vom Sekretariat durchgeführten Abklärungen dient eine sachlich relevante Unterteilung der Absatzmärkte im Detailhandel nach Sortimenten als primäre Grundlage der wettbewerblichen Analyse (vgl. Rz. 19 ff.). Weitere Wettbewerbsparameter, die in einem geringeren Umfang für die Abgrenzung der sachlich relevanten Absatzmärkte zu berücksichtigen sind, werden in Randziffer 24 aufgeführt.

19. Dem Sortimentskonzept liegt der Gedanke zu Grunde, dass der durchschnittliche Konsument ein mehr oder weniger umfassendes Güterbündel an *einem* Verkaufspunkt erstehen will, um so die Transaktionskosten (Such-, Transport- und Zeitkosten etc.) eines Einkaufs zu minimieren. Detailhandelsketten richten ihr Sortiment auf dieses Bedürfnis der Konsumenten nach einem "One-Stop-Shopping" aus. Das Sortimentskonzept ist gemäss Entscheid Migros/Globus (RPW 1997/3, S. 367) sowohl auf Konsumgüter des täglichen Gebrauchs wie auch auf dauerhafte Güter des nicht täglichen Gebrauchs anwendbar, wobei das Sortiment bei höherwertigen Gütern tendenziell enger abzugrenzen ist. Zu bemerken ist, dass hinsichtlich der Minimierung von Transaktionskosten für niederwertige Güter des täglichen Gebrauchs die Transport- und Zeitkosten im Vordergrund stehen, wohingegen bei hochwertigen Gütern des nicht täglichen Gebrauchs den Suchkosten grosse Bedeutung zukommt (vgl. Migros/Globus, RPW 1997/3, S. 368).

20. Neben der Nachfragesubstitution legt zusätzlich die Anbietersubstitution eine Abgrenzung anhand ganzer Sortimente anstelle von Einzelprodukten nahe. Abklärungen des Sekretariates haben ergeben, dass Detailhandelsketten in der Lage sind, ihr Sortiment laufend, relativ rasch und ohne grosse Kosten umzustellen. Die Angebotsumstellungsflexibilität ist damit innerhalb von Sortimenten beachtlich.

21. Demgegenüber bilden basierend auf dem Sortimentskonzept Geschäfte mit einem *spezialisierten* Teilsortiment (z.B. Bäckereien, Drogerien, Kioske etc.) einen eigenen sachlich relevanten Markt. Teilsortimentsanbieter unterscheiden sich in der Regel hinsichtlich der Breite und Tiefe der angebotenen Produktpalette, der Qualität, der Preise, der Beratungsdienstleistung, der Verkaufsatmosphäre und so weiter deutlich von den Vollsorimentsanbietern. Jedoch üben die Teilsortimentsanbieter durchaus einen gewissen Einfluss auf die Vollsorti-

mentsanbieter aus und sind infolgedessen bei der Analyse zu berücksichtigen.

22. Auf der Stufe Lieferanten wird im Zusammenhang mit der Zusammenführung mehrerer Produkte zu einem Bündel auf den so genannten Portfolioeffekt verwiesen (z.B. Unilever/Bestfoods, RPW 2001/4, S. 701 ff. oder EU IV/M.938 Guinness/Grand Metropolitan). Beim Portfolioeffekt geht es im Wesentlichen darum, dass die Marktmacht eines Anbieters von einem Bündel von an sich *komplementären* Produkten gegebenenfalls die Summe der Marktmacht von mehreren Anbieter der entsprechenden Einzelprodukte übersteigen kann. Damit der Portfolioeffekt zum Tragen kommt, müsste der Zusammenschluss zur Zusammenführung komplementärer Güter führen. Da Coop und EPA jedoch dieselben, das heisst *substituierbaren* Sortimente vertreiben, kommt der Portfolioeffekt vorliegend nicht zur Anwendung.

23. Ausgehend von den oben dargelegten Überlegungen hat die Weko bis anhin zwischen folgenden 16 sachlich relevanten Märkten beziehungsweise Sortimenten unterschieden, ohne dabei Modifikationen bei der Unterteilung zwischen und innerhalb dieser Sortimente auszuschliessen (Migros/Globus, RPW 1997/3, S. 368, Rz. 20 ff.):

- ?? Nahrungs- und Genussmittel
- ?? Kosmetik/Hygiene/Reinigung
- ?? Küchen- und Haushaltgeräte
- ?? Herrenbekleidung
- ?? Damenbekleidung
- ?? Kinderbekleidung
- ?? Schuhe
- ?? Möbel
- ?? Heimtextilien
- ?? Uhren/Bijouterie
- ?? elektrische Apparate/Unterhaltungselektronik
- ?? Sportwaren
- ?? Spielwaren
- ?? Bücher/Zeitschriften
- ?? Do-it-yourself

24. Zu beachten bei Abgrenzung der sachlich relevanten Absatzmärkte gilt der Umstand, dass Detailhandelsketten neben den Sortimenten über weitere Parameter im Wettbewerb stehen. Die wichtigsten Detailhändler in der Schweiz heben in diesem Zusammenhang namentlich hervor: die Preissetzung inklusive die Durchführung von Verkaufsaktionen und Treueprogrammen, aber auch die Wahl geeigneter Standorte (vgl. Kap. 1.2. geografische Marktabgrenzung) sowie die Höhe und Qualität von Verkaufsdienstleistungen (Atmosphäre in den Geschäften, Image bzw. Reputation der Detailhandelskette, Verkaufs-

förderung, Beratung während und nach dem Verkauf etc.)³. Bei der Analyse der Marktstellung von Coop und EPA auf den betroffenen Märkten sind diese Wettbewerbsparameter ebenfalls in Betracht zu ziehen.

B.2.1.2 Beschaffungsmärkte

25. Hinsichtlich der Beschaffungsmärkte bilden die Lieferanten von Produkten, die über das Vertriebsnetz des Detailhandels verkaufen wollen beziehungsweise müssen, die Marktgegenseite. Der Detailhandel erbringt in seiner intermediären Stellung (vgl. Rz. 16.b) auf der Beschaffungsseite Dienstleistungen, die es einem Lieferanten erlauben, mit seinem Produkt an den Endkonsumenten zu gelangen.

26. Die Bedürfnisse des Endkonsumenten wirken sich über den Detailhandel auf den Hersteller aus, weshalb den Verhältnissen auf den Absatzmärkten bei der Abgrenzung der Beschaffungsmärkte Rechnung zu tragen ist (vgl. Rz. 16).

27. Aus der Sicht der Lieferanten umfasst der sachlich relevante Markt demnach verschiedene Vertriebsmöglichkeiten (Absatzkanäle) zum Endkonsumenten. Für die Marktabgrenzung auf der Beschaffungsseite sind die Substitutionsmöglichkeiten dieser Absatzkanäle zu beurteilen. Dies ist gleichbedeutend mit der Beurteilung der Frage nach den Marktverhältnissen zwischen den Anbietern von Absatzkanälen (vgl. Migros/Globus, RPW 1997/3, S. 380, Rz. 84).

28. Neben dem Detailhandel bietet sich für die Hersteller namentlich die Möglichkeit des Vertriebes über spezialisierte Teilsortimentsanbieter (z.B. Bäckereien, Drogerien, Kioske etc.), den Grosshandel (z.B. zur Deckung der Nachfrage der Gastronomie und Hotellerie), den Direktvertrieb und neuerdings ebenfalls das E-Commerce. Diese Vertriebskanäle unterscheiden sich hinsichtlich der durchschnittlichen Qualität der Produkte, der Preise, der Grösse der Verkaufsfläche, der Erreichbarkeit, der Ausprägung des angebotenen Sortimentes, der Verkaufsatmosphäre und so weiter. Vor allem können über die aufgelisteten Absatzkanäle meist nur bestimmte Kundengruppen (wie private Konsumenten oder Gastronomiebetriebe) bedient werden.

29. Die Abklärungen des Sekretariates haben ergeben, dass sich die Bedeutung der verschiedenen Absatzkanäle für die Lieferanten je nach den jeweiligen Kundengruppen und Produkteigenschaften erheblich unterscheiden kann. Jedoch benutzen die Hersteller innerhalb der in Randziffer 23 aufgelisteten Sortimente einen vergleichbaren Mix von Vertriebskanälen, was sich aus dem funktionalen Zusammen-

³ Vgl. hierzu auch: London Economics, 1997: Competition in Retailing. OFT Research Paper 13, Kapitel 2.3. sowie: accenture, 2002: KonsumGüter 2010: Handel - Macht - Marken, S. 13 f.

hang zwischen Beschaffungs- und Absatzmärkten (vgl. Rz. 16, 26) erklären lässt. Typischerweise nutzen die Lieferanten mehrere Vertriebskanäle, was auf deren Substituierbarkeit hindeutet.

30. Beschaffungsseitig bilden vorliegend die Vertriebsdienstleistungen des Detailhandels, welche es den Lieferanten erlauben, mit ihren Produkten in ein Sortiment aufgenommen zu werden und damit letztlich an die (zumeist privaten) Konsumenten zu gelangen, den sachlich relevanten Markt.

B.2.2 Geografisch relevante Märkte

31. 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).

B.2.2.1 Absatzmärkte

32. In geografischer Hinsicht spielt sich der Wettbewerb gemäss schweizerischer (Migros/Globus, RPW 1997/3, S. 364 ff.) aber auch europäischer Rechtsprechung⁴ auf zwei Ebenen ab, nämlich auf der lokalen Ebene zwischen den jeweiligen Verkaufspunkten einerseits (Rz. 33 ff.) und auf der nationalen Ebene zwischen den verschiedenen Detailhandelsketten andererseits (Rz. 37). Beide Ebenen sind im Rahmen einer wettbewerblichen Analyse des Detailhandels in Betracht zu ziehen.

33. Aus der unmittelbaren Sicht der Marktgegenseite - das heisst der Endkonsumenten - ist der geografisch relevante Markt lokal, da lediglich in einem lokal begrenzten Gebiet die Transaktionskosten derart gering ausfallen, dass sich der Weg zu einem Verkaufspunkt lohnt. Typischerweise bevorzugt der Endkonsument im Detailhandel einen Verkaufspunkt in der näheren Umgebung - oft sogar den nächstgelegenen. Der lokale geografische Markt weist eine in etwa kreisrunde Form auf mit dem entsprechenden Verkaufspunkt im Zentrum.

34. Sowohl die Weko (Migros/Globus, RPW 1997/3, S. 364 ff.) als auch die Europäische Kommission⁵ gehen bis anhin für den Detailhandel von einer Begrenzung der Marktkreise anhand eines Radius von 20 Autofahrminuten aus.

⁴ Z.B. Rewe/Meinl EU IV/M.1221, REWA/Billa EU IV/M.803, Ahold/Superdiplo EU Comp/M.2161, Carrefour/Promodes EU IV/M.1684

⁵ Vgl. Rewe/Meinl EU IV/M.1221 oder REWA/Billa EU IV/M.803. Daneben finden sich in der EU auch Abgrenzungen, die den Radius der Marktkreise anhand eines Intervalls von 10-30 Autofahrminuten festsetzen (z.B. Ahold/Superdiplo EU Comp/M.2161 oder Carrefour/Promodes EU IV/M.1684).

35. Zu beachten ist, dass sich diese Marktkreise je nach zur Verfügung stehenden Transportmitteln, Verkehrsinfrastruktur, Wettbewerbsintensität, Präferenzen der Nachfrager, Grösse des Verkaufspunktes und so weiter unterscheiden können. Zusätzlich weisen Verkaufspunkte mit Konsumgütern des täglichen Bedarfs deutlich kleinere Einzugsgebiete auf als jene, die dauerhafte und meist teurere Güter des nicht täglichen Bedarfs anbieten (vgl. Migros/Globus, RPW 1997/3, S. 369).

36. Die Überlagerung von mehreren Vertriebsnetzen von Sortimenten mit verschiedenen grossen Marktkreisen erklärt die Entstehung von grossen Einkaufszentren, die mehrere oder sogar sämtliche der in Randziffer 23 aufgeführten Sortimente unter einem Dach und an zentralen und gut erreichbaren Standorten anbieten.

37. Neben der Bedeutung der lokalen Dimension sind weitere Gesichtspunkte im Wettbewerb zwischen Detailhandelsketten in einen überlokalen Kontext zu stellen:

?? Gewisse Entscheide im Wettbewerb zwischen Detailhandelsketten werden für das gesamte Vertriebsnetz gefasst, das in der Regel eine nationale Ausdehnung aufweist. Dies betrifft namentlich die bisweilen zentral gefassten Entscheidungen bezüglich der Gestaltung von Vertriebsnetzen, in einem erheblichen Ausmass die Verkaufsstrategie (z.B. Treueprogramme) sowie die Sortiments- und Preisgestaltung (z.B. Aktionen).

?? Im besiedelten Gebiet der Schweiz existieren im Detailhandel dichte und flächendeckende Vertriebsnetze. Infolgedessen kommt es zu Überschneidungen der lokalen Marktkreise. Die grossräumige Überschneidung der Marktkreise ermöglicht eine kettenförmige Übertragung von Substitutionsprozessen⁶ von einem lokalen Markt auf andere. Veränderungen in einem lokalen Markt (z.B. eine signifikante intransitive Preiserhöhung) üben damit Einflüsse über dessen Grenzen aus⁷.

B.2.2.2 Beschaffungsmärkte

38. Beschaffungsseitig weist der relevante Markt nationale Dimensionen auf (vgl. Migros/Globus, RPW 1997, S. 382; aber auch Unilever/Bestfoods, RPW 2001/4, S. 702 f.). Beschaffungsseitig bilden vorliegend demnach die Vertriebskanäle des Detailhandels, welche es den Lieferanten erlauben, mit ihren Produkten an die Konsumenten in der Schweiz zu gelangen, den räumlich relevanten Markt.

⁶ Zum Konzept der "Chain of Substitution" vgl: Office of Fair Trading, 1999: Market Definition, Rz. 3.9

⁷ Zur Problematik der Abgrenzung von lokalen Märkten vgl. BAKER J.B., 2000: Stepping out in an old *Brown Shoe*: In qualified praise of submarkets, *Antitrust Law Journal*, Vol. 68, S. 203 ff., sowie BAKER S., COSCELLI A., VAN DIJK T., 2002: Unilateral effects in Retail Chain Mergers: An Application to Supermarkets, *E.C.L.R.*, S. 180 ff.

39. Daran ändert nichts, dass zahlreiche Lieferanten von Coop und EPA, wie von den Parteien vorgebracht wurde, international tätige Grossunternehmen sind. Als Gründe für eine nationale Abgrenzung lassen sich vorbringen:

- ?? International tätige Unternehmen sind in der Regel über eine nationale Vertretung tätig.
- ?? Die befragten Lieferanten erachten eine Substitution zwischen schweizerischen Vertriebskanälen als verhältnismässig einfach. Für die Belieferung ins Ausland existieren nach Ansicht der meisten Lieferanten erhebliche Hindernisse und Kosten.
- ?? Die staatliche Regulierung (Bewilligungen, Vorschriften etc.) ist Angelegenheit der jeweiligen nationalen Behörden.
- ?? Es existieren Unterschiede zwischen den nationalen Kundenpräferenzen.
- ?? Im Prinzip legen die Interdependenzen zwischen den Absatz- und den Beschaffungsmärkten (vgl. Rz. 16 und Rz. 32 ff.) eine nationale Abgrenzung des Beschaffungsmarktes nahe.

B.3 Stellung auf den betroffenen Märkten

B.3.1 Absatzmärkte

B.3.1.1 Betroffene Märkte

40. Unten stehende Tabelle zeigt die Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf den verschiedenen, gemäss Randziffer 23 definierten Märkten.

41. Zu erwähnen ist, dass sich die Marktanteile im Detailhandel je nach Datenquelle (bzw. Datenerhebung) unterscheiden können. Für die Berechnung der Marktanteile in der Schweiz stützt sich die Weko im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wie bei Migros/Globus (vgl. RPW 1997/3, S. 371, Rz. 31) im Wesentlichen auf die Angaben der BAK⁸.

⁸ BAK Konjunkturforschung Basel AG: CH Konsum März 2001 und 2002

Angaben für das Jahr 2000	Coop	EPA	Coop/EPA	Marktvolumen in Mio. CHF
Food (Nahrungs- und Genussmittel)	?20%-30%?	?0%-10%?	?20%-30%?	?...?
Near-Food (Kosmetik/Hygiene/Reinigung)	?10%-20%?	?0%-10%?	?10%-20%?	?...?
Küchen- und Haushaltgeräte	?0%-10%?	?0%-10%?	?10%-20%?	?...?
Herrenbekleidung	?0%-10%?	?0%-10%?	?0%-10%?	?...?
Damenbekleidung	?0%-10%?	?0%-10%?	?0%-10%?	?...?
Kinderbekleidung	?0%-10%?	?0%-10%?	?0%-10%?	?...?
Schuhe	?...?	?...?	?...?	?...?
Möbel	?0%-10%?	?...?	?0%-10%?	?...?
Heimtextilien	?0%-10%?	?0%-10%?	?0%-10%?	?...?
Uhren/Bijouterie	?0%-10%?	?0%-10%?	?0%-10%?	?...?
Elektrische Apparate/ Unterhaltungselektronik	?10%-20%?	?0%-10%?	?10%-20%?	?...?
Sportwaren	?0%-10%?	?...?	?0%-10%?	?...?
Spielwaren	?0%-10%?	?0%-10%?	?0%-10%?	?...?
Bücher/ Zeitschriften	?0%-10%?	?0%-10%?	?0%-10%?	?...?
Do-it-yourself	?10%-20%?	?0%-10%?	?10%-20%?	?...?

42. Unter den verschiedenen relevanten Märkten ist lediglich jener für Nahrungs- und Genussmittel (Food) im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU betroffen.

43. Dennoch ist die Weko der Frage nachgegangen, ob der Markt für Kosmetik/Hygiene/Reinigung (Near-Food) gleichfalls ein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU darstellt.

44. Gemäss Angaben der Parteien betragen die kumulierten Marktanteile von Coop und EPA für den Bereich Near-Food [10%-20%]. Die Berechnungen der Parteien basieren auf den Angaben der BAK. Im Unterschied zum Zeitpunkt des Entscheides Migros/Globus berücksichtigt die BAK neuerdings die rezeptfreien Medikamente im Marktvolumen für Near-Food (dabei handelt es sich unter anderem um Vitamine, Schwangerschaftstests, Nasensprays oder Desinfektionssalben).

45. Bei Nichtberücksichtigung dieser Medikamente im Markt für Near-Food würden die kumulierten Marktanteile von Coop und EPA [20%-30%] betragen. Demzufolge wäre der Markt betroffen.

46. Die Parteien argumentieren, die BAK habe gewisse Medikamente in ihrer Berechnung des Marktvolumens für Near-Food aufgenommen, weil diese weder ein Rezept noch spezifische Beratung erfordern und folglich ähnlich wie Reinigungsprodukte oder Hygiene- und Kosmetikartikel vertrieben werden können. Diese Medikamente seien Teil der alltäglichen Bedürfnisse des Konsumenten.

47. Selbst wenn die Weko jedoch von einer engeren Abgrenzung des Marktes für Near-Food ausginge, würde die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses nicht anders ausfallen als für den Food-Bereich. Die Verhältnisse auf den beiden Märkten sind vergleichbar (vgl. Rz. 48 ff.). Folglich hat die Weko auf eine abschliessende Definition des Marktes für Near-Food verzichtet.

B.3.1.2 Aktuelle Konkurrenz

48. Wie in Randziffer 32 ff. erwähnt, spielt sich der (aktuelle) Wettbewerb im Detailhandel sowohl auf einer nationalen wie auch auf einer lokalen Ebene ab.

a) Nationale Ebene

49. Aus folgenden Gründen ist der vorliegende Zusammenschluss im Markt für Nahrungs- und Genussmittel trotz des zu beobachtenden Konzentrationsprozesses im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nicht zu beanstanden:

a) Der vorliegende Zusammenschluss würde den Marktanteil von Coop von [20%-30%] auf [20%-30%] erhöhen (der Herfindahl-Index steigt lediglich um [...] Punkte).

Die Marktanteilsadditionen sind demzufolge sehr gering.

b) Obwohl der Detailhandelsmarkt einen hohen Konzentrationsgrad aufweist, sind auf der nationalen Ebene einige aktuelle Konkurrenten tätig.

Allen voran verfügt Migros (einschliesslich Globus, ABM) über einen bedeutenden Marktanteil [20%-30%] und ist auf sämtlichen Ebenen (grosse Einkaufszentren, Supermärkte und kleinere Quartier- bzw. Dorfläden) vertreten.

Auf der Ebene der grossen Einkaufszentren und Warenhäuser befinden sich Jumbo, an dem Carrefour seit dem 1. Januar 2002 eine Beteiligung in der Höhe von 40% hält, Loeb und Manor, auf der Ebene der Supermärkte Denner, Waro und auf der Ebene der kleinen Quartier- und Dorfläden Volg, Pick-Pay, Vis à Vis und Primo. Des Weiteren üben kleinere Geschäfte ebenfalls einen disziplinierenden Einfluss auf Coop/EPA aus.

c) Die Anzahl Verkaufspunkte von Coop wird sich infolge des Zusammenschlusses lediglich um 39 erhöhen, bei derzeit 900 Verkaufspunkten.

Diese Erhöhung ist umso weniger problematisch, da sich sämtliche Verkaufspunkte von EPA in städtischen Gebieten befinden, wo eine grosse Anzahl von Konkurrenten tätig ist. Folglich wird der Zusammenschluss die Struktur des Vertriebsnetzes von Coop nur wenig verändern.

d) Der Markteintritt der französischen Carrefour, die mit 40% an Jumbo beteiligt ist und diese Beteiligung in den kommenden Jahren auf 50% ausbauen wird, zieht einen neuen Wettbewerbsdruck nach sich.

Der Eintritt hat die Anzahl Wettbewerber auf dem schweizerischen Markt nicht erhöht. Trotzdem wird von den Konkurrenten, infolge der grossen Finanzkraft der französischen Detailhandelskette, ein höherer Wettbewerbsdruck erwartet.

e) Es ist auf den nicht vernachlässigbaren Einfluss des ECommerce hinzuweisen, das trotz seines tiefen Entwicklungsstandes in gewissen Bereichen zunehmend an Bedeutung gewinnt.

f) Das Sekretariat hat bezüglich des Zusammenschlussvorhabens Befragungen bei den Konkurrenten von Coop und EPA durchgeführt. Die Konkurrenten führten aus, dass der Detailhandelsmarkt durch Konzentrationsprozesse gekennzeichnet ist. Dafür lassen sich folgende Erklärungen vorbringen:

?? Infolge der Globalisierung sei es für die Detailhandelsketten immer schwieriger, die Kosten für Transport und Logistik zu decken, falls die Detailhändler nicht über eine bestimmte Mindestgrösse verfügten.

?? Die Ansprüche der Konsumenten seien gestiegen (angenehmere Verkaufsatmosphäre, breiteres Sortiment, bequemer Zugang zu einem Verkaufspunkt etc.). Um Kunden zu gewinnen, seien die De-

tailhandelsketten gezwungen, neue Mittel einzusetzen, was eine gewisse Finanzkraft und Mindestgrösse voraussetzt.

?? Mit einer gewissen Grösse erlangen Detailhandelsketten bei den Lieferanten bessere Einkaufskonditionen.

Anzufügen ist, dass die ersten beiden Aspekte eher auf dem Vorhandensein von Wettbewerbsdruck basieren beziehungsweise auf der Realisierungen von Effizienzgewinnen beruhen. Hingegen könnte der letzte Punkt wettbewerbsrechtliche Probleme aufwerfen, da die besseren Verkaufskonditionen nicht nur auf der Realisierung von Effizienzgewinnen, sondern auch auf der Ausübung von Nachfragemacht durch Detaillisten basieren können. Diese Problematik wird im Abschnitt zu den Beschaffungsmärkten eingehend analysiert.

g) Das Sekretariat hat unter anderem Konsumentenschutzorganisationen befragt.

Diese beurteilen den vorliegenden Zusammenschluss mit Vorbehalten, wobei das Vorhandensein eines Duopols von Migros und Coop sowie das Verschwinden von kleineren Läden bedauert wurde.

Die von den Konsumentenschutzorganisationen aufgeworfenen Bedenken richten sich gegen international zu beobachtende Entwicklungen (v.a. Konzentrationsprozesse) auf dem Detailhandelsmarkt, die sich bereits seit geraumer Zeit abspielen. Diese Entwicklungen, welche an sich noch keine Wettbewerbsprobleme darstellen müssen, sind gerade Gegenstand der vorliegenden Analyse der Marktverhältnisse im Detailhandel. Zu berücksichtigen ist dabei, dass EPA als unabhängiges Unternehmen langfristig wahrscheinlich in jedem Fall nicht bestehen bleibt.

50. Diese Aspekte zeigen, dass genügend aktuelle Konkurrenz vorhanden ist. Zudem kann der vorliegende Zusammenschluss, unter Berücksichtigung des geringen Einflusses und der geringen Grösse von EPA auf dem nationalen Detailhandelsmarkt, nicht zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von Coop führen.

b) Lokale Ebene

51. Die Wettbewerbsverhältnisse können sich zwischen den verschiedenen lokalen Märkten deutlich unterscheiden. Da eine genaue Abgrenzung von lokalen Märkten, infolge der Dichte der schweizerischen Detailhandelsnetze und der Verteilung der Verkaufspunkte, schwierig vorzunehmen ist, hat die Weko entschieden, für die vorliegende Untersuchung den jeweiligen Verkaufspunkt von EPA als Ausgangspunkt für die Analyse zu wählen. Es wurden alle Gebiete untersucht, wo sich ein Verkaufspunkt von EPA befindet. In keinem dieser Gebiete zieht das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wettbewerbliche Probleme nach sich und dies aus folgenden Gründen:

a) Die 39 Verkaufspunkte von EPA befinden sich entweder in Städten oder in städtischen Agglomerationen, wo zumindest zwei weitere Konkurrenten wie Migros (einschliesslich Globus oder ABM), Manor, Denner, Waro oder die Bon Appétit Gruppe (Pick-Pay, Primo, Vis à Vis) tätig sind.

b) Zusätzlich zu den grossen Detailhandelsketten existiert eine Vielzahl von kleinen unabhängigen Geschäften, die einen nicht vernachlässigbaren Druck auf das Wettbewerbsverhalten der Detaillisten ausüben.

c) Das Sekretariat hat bezüglich der Standorte Grenchen und Wetzikon, wo die Stellung von Coop und EPA besonders stark schien, vertiefte Abklärungen durchgeführt. Selbst bei Zugrundelegung eines sehr kleinen lokalen Marktradius von 10km existiert eine grosse Anzahl von sich konkurrierenden Verkaufsstellen (für Grenchen 22 und für Wetzikon 50). Zudem unterscheiden sich die Marktanteile auf diesen lokalen Märkten im Vergleich zum nationalen Markt nicht signifikant.

52. Infolgedessen ist auf den lokalen Märkten ausreichend aktuelle Konkurrenz vorhanden, um das Verhalten von Coop/EPA zu disziplinieren. Eine unilaterale Preiserhöhung durch Coop/EPA auf einem der lokalen Märkte würde voraussichtlich zu empfindlichen Marktanteilsverlusten führen und wäre demnach nicht profitabel.

53. Deshalb ist Coop/EPA nicht in der Lage, sich auf den lokalen Absatzmärkten bezüglich des Sortiments von Nahrungs- und Genussmitteln unabhängig zu verhalten.

B.3.1.3 Potenzielle Konkurrenz

54. Obschon im Detailhandel ausreichend aktueller Wettbewerb vorhanden ist, scheint es angebracht, ebenfalls den potenziellen Wettbewerb zu untersuchen. Dabei geht es um die Bestimmung der Wahrscheinlichkeit, der Geschwindigkeit sowie des Ausmasses von möglichen Marktzutritten neuer Wettbewerber.

a) Nationale Ebene

55. Im grenznahen Ausland sind Detailhandelsketten (z.B. Metro) mit einem ähnlichen Sortiment wie Coop tätig. Derartige Detailhandelsketten kommen als potenzielle Wettbewerber in Frage.

56. Die Abklärungen des Sekretariats haben ergeben, dass auf der nationalen Ebene hohe Marktzutrittsschranken existieren. Tatsächlich verfügt die Schweiz über ein dichtes Detailhandelsnetz. Es ist kostspielig und zeitaufwändig, parallel zu den bestehenden Netzen ein neues Vertriebsnetz aufzubauen. Man kann zwischen drei Arten von Marktzutrittsschranken unterscheiden.

- ?? Strukturelle Marktzutrittsschranken: Es handelt sich dabei namentlich um absolute Kostenvorteile, die auf der Realisierung von Skalenerträgen beruhen.
- ?? Administrative Marktzutrittsschranken: Hier gilt es, insbesondere die Baubewilligungsverfahren zu berücksichtigen, die kostspielig und zeitaufwändig sein können.
- ?? Strategische Marktzutrittsschranken: Hier ist an die Sprache, die Gewohnheiten der Konsumenten, das Marketing und an die historischen Vorteile zu denken, über welche die bereits im Markt tätigen Detailhandelsketten mit ihrer Positionierung an günstigen Standorten verfügen.

57. Nach den Auskünften der Konkurrenten sind die Schranken derart, dass in den kommenden Jahren ein Marktzutritt unwahrscheinlich scheint. Der Markt ist gesättigt. Die wahrscheinlichste Vorgehensweise für einen Marktzutritt wird im Kauf einer bestehenden Detailhandelskette gesehen, ähnlich dem Vorgehen von Carrefour (vgl. Rz. 49 d).

b) Lokale Ebene

58. Die Abklärungen des Sekretariats haben gezeigt, dass die Zutrittsschranken auf der lokalen Ebene deutlich tiefer liegen. Die hauptsächliche Schwierigkeit besteht für eine Detailhandelskette, die eine neue Verkaufsstelle eröffnen will, im Auffinden eines geeigneten Standortes sowie im Auf- beziehungsweise Umbau der erforderlichen Infrastruktur.

59. Die Konkurrenten schätzen die erforderliche Zeit für die Neueröffnung einer Filiale auf einige Monate bis einige Jahre. In den vergangenen drei Jahren konnte jeder Wettbewerber sein Vertriebsnetz ausbauen.

60. Folglich ist auf der lokalen Ebene ausreichend potenzielle Konkurrenz vorhanden.

B.3.1.4 Ergebnis

61. Aus den genannten Gründen wird der Zusammenschluss weder auf den lokalen noch auf den nationalen Absatzmärkten für Nahrungs- und Genussmittel eine marktbeherrschende Stellung von Coop begründen oder verstärken.

B.3.2 Beschaffungsmärkte

B.3.2.1 Beurteilung

62. Im Detailhandel besteht eine enge Interdependenz zwischen den Absatz- und den Beschaffungsmärkten (vgl. Rz. 16 a). Der Marktanteil der Detailhandelsketten auf den Absatzmärkten bestimmt ihr Einkaufsvolumen, das umso grösser sein wird, je höher der Anteil des Detaillisten am Absatzmarkt ist. Je höher jedoch das Einkaufsvolumen, desto vorteilhafter die Einkaufskonditionen, die einer Detailhandels-

kette im Allgemeinen von einem Lieferanten gewährt werden. So kann eine sehr grosse Verhandlungsmacht der Detailhandelsketten entstehen⁹.

63. Die Verhältnisse auf der Beschaffungsseite unterscheiden sich jedoch von jenen auf der Absatzseite in der Hinsicht, dass Migros (der wichtigste Konkurrent von Coop) für die meisten Produkte eine vertikal integrierte Struktur aufweist. Infolgedessen sind Einkaufs- und Verkaufsmacht beim Zusammenschluss Coop/EPA nicht zwangsläufig deckungsgleich.

64. Um eine beherrschende Stellung auf einem oder mehreren Beschaffungsmärkten innezuhaben, ist es für einen Detailhändler nicht erforderlich, die gesamte produzierte Menge eines Lieferanten nachzufragen. Die mögliche Androhung, einen Lieferanten in den Konkurs zu treiben oder in eine sehr kritische Lage zu bringen, reicht völlig aus. Damit diese Drohung glaubwürdig ist, müssen dem beherrschenden Detaillisten eine oder mehrere andere Bezugsquellen zur Verfügung stehen. Zudem darf der beherrschte Lieferant nicht über genügend andere Absatzkanäle verfügen, durch welche der Verlust des Kunden (beherrschender Detailhändler) kompensiert werden könnte.

65. Als hilfreicher Ausgangspunkt zur Analyse der Marktposition einer Detailhandelskette (vorliegend Nachfragemacht) dient die Fähigkeit, im Vergleich zu Konkurrenten "bessere Konditionen" bei Lieferanten herauszuschlagen¹⁰. Es ist zu betonen, dass diese besseren Konditionen eine Folge der Nachfragemacht sein müssen und nicht auf Kostenvorteilen (sprich Effizienzgewinnen) bei der Lieferung und Produktion grosser Mengen beruhen dürfen.

66. Anstatt den Beschaffungsmarkt als Ganzes zu betrachten, hat die Weko entschieden, eine Analyse für jedes Marktsegment anhand der nachfolgenden Methode durchzuführen:

?? Der erste Schritt besteht in der Identifizierung jener Beschaffungsmärkte, auf denen der Zusammenschluss Anhaltspunkte für ein wettbewerbsrechtlich problematisches Abhängigkeitsverhältnis zwischen Lieferant und Detailhändler liefert.

?? Für diese Märkte besteht der zweite Schritt in einer vertieften Analyse der Wettbewerbsverhältnisse (allfällig marktbeherrschende Stellung von Coop).

⁹ Carrefour/Promodes EU IV/M.1684

¹⁰ Vgl. OVERD A., 2001: Buyer Power, E.C.L.R., S. 249 ff.

67. Zur Durchführung des ersten Schrittes hat die Weko Kriterien entwickelt, welche Auskunft über die Lage eines Lieferanten geben. Sobald eines dieser Kriterien erfüllt ist, geht das Sekretariat davon aus, dass ein Lieferant nicht von Coop beherrscht wird, und dass auf dem entsprechenden Markt infolge des Zusammenschlusses keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

68. Die Kriterien sind die folgenden:

- 1) **Absatzkanäle, über welche ein Lieferant momentan vertreibt:** Der Lieferant verfügt gegenwärtig, abgesehen von Coop/EPA, über genügend Absatzkanäle, selbst wenn Coop/EPA den Vertrieb seines Produktes einstellen würde.

Zur Beurteilung dieses Kriteriums hat das Sekretariat die Lieferanten aufgefordert, den Prozentsatz des Umsatzes bekannt zu geben, ab dem ein Verlust eines oder mehrerer Abnehmer existenzbedrohend wäre. Der Durchschnitt der eingeholten Auskünfte lag bei einer Schwelle von 20%-25%.

Demnach geht die Weko davon aus, dass bei einem Vertriebsanteil eines Lieferanten von weniger als 20% über Coop/EPA genügen aktuelle Absatzkanäle offen stehen.

Es ist wichtig zu bemerken, dass ein Vertriebsanteil von mehr als 20% nicht zwangsläufig einer Situation mit einer ungenügenden Anzahl von Vertriebskanälen gleichkommt. Solche Fälle erfordern vielmehr eine genauere Analyse der Wettbewerbsverhältnisse.

- 2) **Absatzkanäle, welche sich ein Lieferant potenziell erschliessen könnte:** Im Falle eines Abbruches der Lieferbeziehungen mit Coop/EPA könnte ein Lieferant den Verlust des Verkaufsvolumens ausgleichen, entweder durch die Eröffnung neuer Absatzkanäle oder durch die Erhöhung des Volumens bei bestehenden Absatzkanälen.

Zur Beurteilung dieses Kriteriums hat das Sekretariat die Lieferanten nach den potenziellen Absatzkanälen, den Hindernissen und Kosten bei einem Wechsel befragt.

- 3) **Verhandlungsmacht:** Der Lieferant verfügt seinerseits über eine ausreichend hohe Verhandlungsmacht, weshalb Coop seine Bedingungen nicht einseitig durchsetzen kann.

Die Weko zieht diese Möglichkeit namentlich in Betracht, wenn:

- ?? das vertriebene Produkt eine renommierte Marke aufweist und die Präferenzen des Konsumenten für diese Marke derart hoch sind, dass dieser eher eine Substitution der Verkaufspunkte als eine Substitution der Marke vornimmt.
- ?? das Produkt Teil einer von einem Lieferanten angebotenen Produktpalette ausmacht, die als Ganzes für Coop unentbehrlich ist.
- ?? der Lieferant ein finanzkräftiger Grosskonzern beziehungsweise eine Vertretung eines finanzkräftigen Grosskonzerns ist, der im Falle eines Konfliktes mit Coop/EPA nicht in eine kritische Lage gerät.
- ?? der Lieferant für die Marke Coop produziert (vertikale Integration).

4) **Konkurrenz Coop/EPA:** Es ist zu fragen, inwiefern EPA ein aktueller Konkurrent von Coop darstellt.

Falls der Umsatz von EPA 20 Mal kleiner ist als jener von Coop, ist die Weko der Ansicht, dass der vorliegende Zusammenschluss die Lage der Lieferanten nur unwesentlich beeinflusst.

69. Das Sekretariat hat 70 Fragebogen an die Lieferanten von Coop und EPA versandt, welche zirka 80% des Einkaufsvolumens im Bereich Nahrungs- und Genussmittel bei EPA ausmachen. Insgesamt 56 Lieferanten haben auswertbare Antworten zurückgesandt.

70. Nach einer eingehenden Analyse der Antworten hat die Weko festgestellt, dass im Wesentlichen keiner der Lieferanten durch den Zusammenschluss in erheblichem Ausmass betroffen ist. Tatsächlich ergeben ihre Antworten, dass:

- ?? für 18 unter ihnen die aktuellen Absatzkanäle genügend Alternativen bieten, um nicht abhängig von Coop zu sein.
- ?? unter den 38 verbleibenden Lieferanten 22 davon ausgehen, dass genügend potenzielle Absatzkanäle vorhanden sind, über die ein Grossteil des aktuellen Verkaufsvolumens an Coop/EPA vertrieben werden könnte.
- ?? 14 der 16 Lieferanten mit ungenügenden aktuellen oder potenziellen Absatzkanälen über eine grosse Verhandlungsmacht verfügen.
- ?? das Verkaufsvolumen der verbleibenden zwei Lieferanten an EPA über 20 Mal tiefer als jenes an Coop ist. Folglich sind diese beiden Lieferanten durch den Zusammenschluss nur wenig betroffen.

71. Die Abklärungen des Sekretariates zeigen, dass eine bestimmte Abhängigkeit der Lieferanten gegenüber Coop in gewissen Märkten besteht. Jedoch lässt sich kein Markt bestimmen, auf dem der Zusam-

menschluss im Ergebnis entweder eine beherrschende Stellung hervorruft oder eine solche verstärkt (Schritt 1 vgl. Rz. 66). Eine vertiefte Analyse des Wettbewerbs auf den Märkten ist demzufolge nicht von Nöten (Schritt 2 vgl. Rz. 66).

72. Zusätzlich gilt es zu bemerken, dass eine überwiegende Mehrheit der Lieferanten die Zusammenarbeit mit Coop als gut und langfristig bezeichnet.

B.3.2.2 Ergebnis

73. Aus den genannten Gründen wird das vorliegende Zusammenschlussvorhaben auf den Beschaffungsmärkten zu keiner Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von Coop führen.

C. Zusammenfassung

74. In keinem der geprüften Märkte wird eine marktbeherrschende Stellung von Coop begründet oder verstärkt. Der vorliegende Zusammenschluss wird deshalb im Sinne von Artikel 16 Absatz 1 VKU für unbedenklich erklärt und kann vollzogen werden.

D. Kosten

75. Die aus diesem Verfahren entstehenden Kosten werden separat in einer Verfügung festgesetzt.

B 2.3	8. Weitere
-------	-------------------

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

1. Le 12 août 2002, la Commission de la concurrence a reçu une notification annonçant que Kohlberg Kravis Roberts and Co. L.P, société d'investissement américaine (ci-après: KKR), prévoyait d'acquérir certaines sociétés et unités commerciales de Siemens AG par l'intermédiaire de la société Demag Holding S.à.r.l.

2. La présente concentration ne créera ni ne renforcera de position dominante de KKR pour les raisons suivantes:

?? Les entreprises participantes ne sont pas actives sur les mêmes marchés. La présente opération ne donnera lieu à aucune addition de parts de marché.

?? L'opération consiste uniquement à un changement de contrôle des filiales et unités commerciales de Siemens. Les structures des marchés relevant ne s'en trouvent pas affectées.

?? Etant donné que les entreprises participantes ne sont mêmes pas actives sur des marchés voisins, l'opération ne pourra pas donner lieu à des synergies particulières.

?? De manière générale, la concentration n'entraîne aucun changement par rapport à la situation précédant l'opération.

B 2	4. Sanktionen Sanctions Sanzioni
B 2.4	1. Zusammenschluss Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft/Coop Leben

Verstösse im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen gemäss Art. 51 Abs. 1 KG

Inobservation en rapport avec les fusions d'entreprises selon l'art. 51 al. 1 LCart

Infrazioni in relazione con le fusioni giusta l'art. 51 cpv. 1 LCart

Verfügung vom 24. Juni 2002 in Sachen Verwaltungssanktion gemäss Artikel 51 Absatz 1 KG

Meldepflicht bei nicht-öffentlicher Umtausch- beziehungsweise Kauf-offerte an die Anteilsinhaber im Rahmen der Umwandlung einer Genossenschaft in eine AG. Verschulden (Praxisänderung). Reduktion der Sanktion aufgrund geringer Tragweite der Sorgfaltspflichtverletzung

A. Sachverhalt

1. Die Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft (im Folgenden: National) ist eine Versicherungsgesellschaft mit Sitz in Basel. Sie ist in allen Hauptzweigen der Schadensversicherung (Non-Life) sowie - mittels ihrer Filiale Schweizerische National Lebensversicherungsgesellschaft - in geringerem Ausmass im Bereich der Lebensversicherung tätig. Mittels einer Anzahl von Tochtergesellschaften und Beteiligungen ist sie auch in verschiedenen europäischen Ländern tätig.

2. Die Coop Leben AG (im Folgenden: Coop Leben) ist eine Versicherungsgesellschaft mit Sitz in Bottmingen/BL. Sie ist im Bereich der Lebensversicherungen sowie in allen anderen Bereichen tätig, welche eine Lebensversicherungsgesellschaft aufgrund der gesetzlichen Vorschriften betreiben kann. Durch ihre Tochtergesellschaft Coop Allgemeine Versicherung AG (nachstehend: Coop Allgemeine) ist sie auch im Bereich der Schadensversicherungen tätig (Non-Life). Im Sommer 2000 fusionierte die Coop Allgemeine mit der Fribourgeoise Générale

d'Assurance. Dieser Zusammenschluss unterlag nicht der Meldepflicht, da die Schwellenwerte gemäss Artikel 9 Kartellgesetz (KG; SR 251) nicht erreicht wurden.

3. Der gemeinsame Vertreter der National und der Coop Leben teilte am 19. Juni 2000 der Wettbewerbsbehörde mit, dass die beiden Unternehmen eine Fusion planten, die bis Mitte 2002 vollzogen werden sollte.

4. Das Zusammenschlussvorhaben der beteiligten Unternehmen sollte in mehreren Schritten erfolgen:

?? Umwandlung der Coop Leben in die Coop Leben AG per 30. Juni 2001 (Rechtskleidwechsel)

?? Erhöhung des Aktienkapitals der Coop Leben AG im Herbst 2001, unter Ausschluss des Bezugsrechtes der bisherigen Aktionäre und mit dem Ziel, der National eine Mehrheit von 51% am Aktienkapital einzuräumen

?? "Friendly take-over" der Coop Leben AG durch die National bis zum 30. Juni 2002

5. Die beteiligten Parteien gingen zutreffenderweise davon aus, dass erst die Mehrheitsbeteiligung der National an der Coop Leben - ermöglicht durch die Aktienkapitalerhöhung bei Letzterer - der Meldepflicht unterlag. Die Parteien sahen daher vor, dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (Weko) die Transaktion vor ihrer Umsetzung zu melden, das heisst vor Einberufung der auf Ende Oktober/Anfang November 2001 geplanten ausserordentlichen Generalversammlung, an der über die Kapitalerhöhung zu Gunsten der National entschieden werden sollte.

6. Mit Schreiben vom 2. Oktober 2001 teilte der gemeinsame Vertreter der Parteien dem Sekretariat der Weko mit, dass der Rechtskleidwechsel der Coop stattgefunden habe und Ende Juni 2001 im Handelsregister eingetragen worden sei. Die früheren Genossenschafter und neuen Aktionäre wurden Ende Juli 2001 darüber informiert, welche Anzahl Aktien ihnen zukam. Sie wurden aufgefordert anzugeben, ob (1) ihre Aktien gegen Aktien der National eingetauscht werden sollten, ob (2) sie der National verkauft werden sollten, ob (3) die Aktien beibehalten und bei der Coop Leben AG hinterlegt werden sollten oder ob (4) die Aktien beibehalten und an einem anderen Ort hinterlegt werden sollten.

7. Ein grosser Teil der Aktionäre bevorzugte die zwei ersten Varianten, was der National ermöglichte, die Aktienmehrheit der Coop Leben zu erwerben, ohne dass die ursprünglich vorgesehene Aktienkapitalerhöhung durchgeführt werden musste.

8. Der Vertreter der Parteien beantragte beim Sekretariat der Weko am 2. Oktober 2001 die erleichterte Meldung des Zusammenschlusses

gemäss Artikel 12 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) unter Berücksichtigung der Umstände und der mit dem Schreiben vom 19. Juni 2000 abgegebenen Informationen.

9. Das Sekretariat teilte dem Parteienvertreter am 5. Oktober 2001 mit, es könne aufgrund der ihm vorliegenden Dokumente keine erleichterte Meldung des Zusammenschlusses gewähren. Es bat den Parteienvertreter, die Umstände des Erwerbs der Mehrbeteiligung genauer zu erläutern, da dieser offensichtlich nicht gemäss dem ursprünglich vorgesehenen, dem Sekretariat am 19. Juni 2000 mitgeteilten Plan erfolgte.

10. Nachdem eine entsprechende Reaktion der Parteien ausgeblieben war, setzte das Sekretariat dem Vertreter der Parteien am 15. November 2001 eine Frist bis 7. Dezember 2001, um den Zusammenschluss zu melden. Des Weiteren machte das Sekretariat die Parteien darauf aufmerksam, dass anscheinend ein Kontrollerwerb bereits stattgefunden hatte, und behielt sich die Eröffnung eines Sanktionsverfahrens wegen Missachtung der Meldepflicht gemäss Artikel 51 und 55 KG ausdrücklich vor.

11. Mit Schreiben vom 16. November 2001 teilte der Vertreter der Parteien dem Sekretariat mit, die Meldung des Zusammenschlusses werde in der vorgegebenen Frist eintreffen. Er führte aus, beim am 19. Juni 2000 vorgestellten Vorgehensplan sei nicht vorgesehen gewesen, dass den Aktionären beim Rechtskleidwechsel die Varianten 1 (Umtauschaktion) und 2 (Exit-Lösung) angeboten würden. Der Entscheid hierfür sei kurz vor der Verteilung der Aktien an die Teilhaber gefallen, und die beteiligten Unternehmen hätten nicht damit gerechnet, dass die National damit bereits die Aktienmehrheit der Coop Leben erhalten würde.

12. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2001 reichten die Parteien die formelle Meldung des Zusammenschlusses ein, was vom Sekretariat am 7. Dezember 2001 bestätigt wurde.

13. Am 14. Dezember 2001 informierte das Sekretariat die Parteien darüber, dass es die Zusammenschlussmeldung vom 7. Dezember 2001 als unvollständig erachte, und gab die noch zu vervollständigenden Punkte an. Die Parteien ergänzten ihre Meldung mit Schreiben vom 9. Januar 2002. Die einmonatige Frist für die Vorprüfung begann am Tag nach Eingang dieses Schreibens, somit am 12. Januar 2002.

14. Mit Schreiben vom 31. Januar 2002 teilte das Sekretariat dem Vertreter der Parteien mit, dass die Weko den Zusammenschluss von Coop Leben und National als unbedenklich erachte. Gleichzeitig eröffnete es, im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums (Art. 53 Abs. 1 KG), ein Sanktionsverfahren gegen die National mit der Begründung, es bestünden Indizien dafür, dass der Zusammenschluss bereits vor der

Meldung stattgefunden habe (Art. 51 KG). Zur Klärung der Sachlage richtete das Sekretariat eine Anzahl Ergänzungsfragen an die National.

15. Mit Schreiben vom 26. Februar 2002 beantwortete der Vertreter der National die Fragen und nahm Stellung zu den Vorhaltungen des Sekretariates. Er beantragte die Einstellung des Sanktionsverfahrens, da der Zusammenschluss nicht vor dessen Meldung stattgefunden habe, sondern erst am 31. Januar 2002, als der Aktientransfer im Aktienbuch der Coop Leben eingetragen wurde.

16. Mit Schreiben vom 13. Mai 2002 lud das Sekretariat die National ein, zu seinem Verfügungsentwurf Stellung zu nehmen. In ihrer Stellungnahme beantragt die National, mangels Verletzung der Meldepflicht von der Auferlegung einer Verwaltungsanktion abzusehen; eventuell sei zufolge des geringen Verschuldens von der Auferlegung einer Verwaltungsanktion abzusehen beziehungsweise die im Verfügungsentwurf vorgesehene Sanktion angemessen zu reduzieren.

B. Erwägungen

B1 Anwendbarkeit des KG

17. Das Kartellgesetz (KG) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als beteiligte Unternehmen gelten im Falle eines Kontrollerwerbs das kontrollierende und das kontrollierte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU), somit also die National und die Coop Leben.

18. Die National und die Coop Leben sind zwei in der Schweiz etablierte Versicherungsgesellschaften, welche eine breite Palette an Versicherungsprodukten anbieten. Der vorliegende Zusammenschluss der beiden Unternehmen wird sich demnach in der Schweiz auswirken (Art. 2 Abs. 2 KG).

B2 Meldepflicht

19. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Weko zu melden, falls die beteiligten Unternehmen die Schwellenwerte nach Artikel 9 Absatz 1 KG erreichen.

B2.1 Zusammenschluss

20. Gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG ist ein Unternehmenszusammenschluss "jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb der Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen". Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Kauf der Aktienmehrheit an der Coop Leben durch die National einen Kontrollerwerb im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe b KG darstellt.

Umstritten ist dagegen, in welchem Zeitpunkt dieser Kontrollenwerb stattgefunden hat.

B2.2 Schwellenwerte

21. Alsdann ist zu ermitteln, ob die beteiligten Unternehmen die gesetzlichen Schwellenwerte erreicht haben. Gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG sind die Schwellenwerte dann erreicht, wenn die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mia. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielen (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielen (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG). Für die Berechnung der Schwellenwerte wird auf die im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss erzielten Umsätze abgestellt (Art. 9 Abs. 2 KG).

22. Für Versicherungsgesellschaften und Banken hat der Gesetzgeber in Artikel 9 Absatz 3 KG eine Spezialbestimmung aufgestellt. Danach treten bei Versicherungen an die Stelle des Umsatzes die jährlichen Bruttoprämieneinnahmen.

23. Vorliegend beträgt die Summe der auf die Schweiz entfallenden jährlichen Bruttoprämieneinnahmen der beiden Unternehmen CHF [...]. Die jährlichen Bruttoprämieneinnahmen in der Schweiz der Coop Leben betragen CHF [...], während diejenigen der National sich auf CHF [...] belaufen. Die kumulativen Voraussetzungen von Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a und b KG sind damit erfüllt. Der Zusammenschluss ist demnach meldepflichtig.

24. Artikel 9 Absatz 1 VKU bestimmt, wer meldepflichtig ist. Danach ist der Zusammenschluss bei der Erlangung der Kontrolle durch dasjenige Unternehmen zu melden, welches die Kontrolle erlangt (Bst. b). Im vorliegenden Fall trifft somit die National die Meldepflicht.

B3 Sanktion

25. Nach Artikel 51 Absatz 1 KG wird ein Unternehmen, welches einen meldepflichtigen Zusammenschluss ohne Meldung vollzieht, mit einer Verwaltungsanktion belegt.

B3.1 Vollzugsdatum

26. Ein Zusammenschluss ist vollzogen, sobald ein Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile davon erlangt hat, wenn also die Möglichkeit besteht, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des zu übernehmenden Unternehmens auszuüben (vgl. BOVET CHRISTIAN, Fiches juridiques suisses, Nr. 434, S. 4). Dies kann unter anderem mittels Erwerb einer Beteiligung - sei es über einen regulären Kauf von Aktien oder über ein öffentliches Umtauschangebot - erfolgen (vgl. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG, Art. 1 VKU). Für die Bestimmung des Vollzugszeitpunktes ist die effektive Ausübung des bestimmenden Ein-

flusses nicht relevant, tatsächlich genügt bereits die Möglichkeit der Ausübung (vgl. ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 409 ff.; LENZ [Hrsg.], EG-Vertrag Kommentar, 2. Auflage, 1999, S. 816).

27. Vorliegend erfolgte der Zusammenschluss der beiden Unternehmen beziehungsweise die Kontrollübernahme der National über die Coop Leben in mehreren Phasen. Von der Absichtserklärung vom 11. Mai 2000 bis zum Eintrag der von der National erworbenen Aktien im Aktienbuch der Coop Leben am 31. Januar 2002 vergingen rund 20 Monate.

28. Ursprünglich war der Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung erst für den 15. November 2001 vorgesehen. Eine für diesen Tag geplante ausserordentliche Generalversammlung der Coop Leben hätte über eine Aktienkapitalerhöhung zu Gunsten der National entscheiden sollen. Erst nach diesem Kontrollerwerb hätte die National den verbleibenden Aktionären der Coop Leben vorgeschlagen, entweder ihre Aktien gegen solche der National einzutauschen oder aber ihr die Aktien gegen Barzahlung zu verkaufen.

29. Nach dem Rechtskleidwechsel der Coop Leben in eine Aktiengesellschaft und nach Eintrag der neuen Gesellschaft im Handelsregister am 15. Juni 2001 wurde vom geplanten Vorgehen abgewichen und den neuen Aktionären mit Schreiben vom 30. Juli 2002 nicht nur die ihnen zukommende Anzahl Aktien mitgeteilt, sondern auch die erwähnten vier Varianten (vgl. Rz. 6) vorgelegt; die Varianten 1 (Umtauschaktion) und 2 (Exit-Lösung) - welche für jene Aktionäre vorgesehen waren, die ihre Aktien nicht behalten wollten - hätten den Aktionären ursprünglich erst nach der geplanten Aktienkapitalerhöhung im November 2001 vorgelegt werden sollen. Entgegen den Erwartungen der Parteien verschaffte die Umtausch- beziehungsweise Kaufofferte der National dieser die Mehrheitsbeteiligung am Aktienkapital der Coop Leben und ermöglichte ihr somit die Ausübung der Kontrolle über diese.

30. Fest steht, dass beide Unternehmen von Anfang an die Absicht hatten, der National mittels Erwerb der Mehrheitsbeteiligung am Aktienkapital der Coop Leben die Kontrolle über Coop Leben zu verschaffen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG). Letztlich wurde nur die Art und Weise, wie dies erreicht wurde, geändert. Indem den Aktionären anlässlich des Rechtskleidwechsels eine Umtausch- beziehungsweise Kaufofferte vorgelegt wurde, hat sich die National auf einen nicht rückgängig zu machenden Prozess eingelassen, der früher oder später zur Erlangung der erwünschten Mehrheitsbeteiligung an der Coop Leben führen würde.

31. Das Datum des Kontrollerwerbes, das heisst das Datum, an welchem die National die Mehrheit der Aktien der Coop Leben erwarb, ist nicht mit Bestimmtheit festzustellen. Die Parteien wussten aber spätes-

tens am 10. September 2001, dass die National über die Aktienmehrheit verfügte (58,172% des Aktienkapitals). Als Datum des Vollzuges des Unternehmenszusammenschlusses im Sinne von Artikel 9 Absatz 1 KG kann somit der 10. September 2001 gelten (RPW 2001/1, S. 150, Rz. 29).

32. Gemäss dem Meldeformular für Unternehmenszusammenschlüsse (RPW 1998/3, S. 510, Bst. F) muss im Fall eines öffentlichen Übernahmeangebotes die Meldung sofort nach dem öffentlichen Übernahmeangebot und vor dem Vollzug erfolgen. Im vorliegenden Fall handelt es sich um ein nicht-öffentliches Umtauschbeziehungsweise Kaufangebot, auf welches diese Regel analog anzuwenden ist. Da zurzeit des Angebots das genaue Vollzugsdatum des Zusammenschlusses unbekannt war, hätte das Angebot an die Aktionäre unter der Suspensivbedingung erfolgen müssen, dass die Wettbewerbsbehörde den Zusammenschluss genehmigt (vgl. RPW 2001/1, S. 151, Bst. c). Auf diese Weise hätte ein nicht genehmigter Vollzug vermieden werden können. Die National hat jedoch auf ein entsprechendes Vorgehen verzichtet.

33. Entgegen der Meinung der Parteien folgt aus der Tatsache, dass die National die Rechte aus ihren Beteiligungen, insbesondere das Stimmrecht, erst nach Genehmigung des Verwaltungsrates der Coop Leben sowie Eintragung im Aktienbuch ausüben konnte, nicht, dass ein Kontrollerwerb im Sinne des Kartellgesetzes zuvor nicht stattfinden konnte. Zwar setzt ein Kontrollerwerb die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Geschäftstätigkeit des Unternehmens voraus (vgl. Art. 1 VKU), doch hängt diese nicht allein von der Möglichkeit zur Ausübung des Stimmrechtes ab.

34. Wie der Vertreter der Parteien dartut, dürfte eine simple Absichtserklärung wie die von den Parteien am 9. und 11. Mai 2000 unterschriebene für die Annahme des Vollzuges eines Zusammenschlusses nicht genügen. Anders zu beurteilen ist aber der Fall eines Übernahmeangebots an die Aktionäre, welches von diesen akzeptiert wird. Hierbei handelt es sich nicht mehr um eine Absichtserklärung, sondern bereits um eine effektiv erfolgte Kontrollübernahme. Während nach dem Unterschreiben einer Absichtserklärung die Möglichkeit besteht, gegebenenfalls unter Schadloshaltung der anderen Partei den Zusammenschluss zu widerrufen, besteht diese Möglichkeit bei einem verbindlichen Übernahmeangebot grundsätzlich nicht. Spätestens mit der Bezahlung des vereinbarten Betrages beziehungsweise mit der Übertragung der umzutauschenden Aktien wird der Zusammenschlussprozess unwiderruflich, denn der Erwerber hat ein Recht darauf, im Aktienbuch eingetragen zu werden (Art. 685c Abs. 3 und 685b OR). Dass es sich hierbei bloss um ein obligatorisches Recht handelt und der Eigentümerwechsel bezüglich der Titel noch nicht stattgefunden hat, ändert daran nichts. Im Übrigen war die National spätestens

am 31. Dezember 2001 im Besitz der Mehrheit der Aktien der Coop Leben.

35. Man kann davon ausgehen, dass der Erwerber einer Mehrheitsbeteiligung bereits vor der Übertragung beziehungsweise der Möglichkeit, mittels Ausübung des Stimmrechts formell mitzuentcheiden, auf die Geschäftstätigkeit der übernommenen Gesellschaft Einfluss nehmen kann, umso mehr, wenn der Zusammenschluss in gegenseitigem Einvernehmen geschieht (freundliche Übernahme) und der Kontrollerwerb von beiden Parteien gewünscht wird. Ohne Zweifel könnte der Erwerber einer Aktienmehrheit an einer Generalversammlung, welche im Zeitraum nach dem Erwerb der Mehrheitsbeteiligung, aber vor dem Eintrag ins Aktienbuch stattfände, die Entscheide der Versammlung faktisch erheblich beeinflussen, auch wenn er formell noch nicht zur Stimmabgabe berechtigt ist.

36. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Meldung des Zusammenschlusses National/Coop Leben vor dem Vollzug am 10. September 2001 hätte erfolgen müssen. Wird ein meldepflichtiger Zusammenschluss ohne vorgängige Meldung vollzogen, ist eine Verwaltungsanktion nach Artikel 51 Absatz 1 KG auszusprechen.

37. Auch wenn man - wie der Parteienvertreter geltend macht - das Datum des Aktienbucheintrages als Vollzugsdatum des Zusammenschlusses betrachten würde, wäre der Zusammenschluss bereits vor Ablauf der einmonatigen Vorprüfungsfrist ab Eingang der vollständigen Meldung (11. Januar 2002) und ohne Vorliegen einer Genehmigung der Weko bereits vollzogen gewesen. Die Genehmigung erfolgte mit eingeschriebenem Brief vom 31. Januar 2002, welcher den Parteien frühestens am 1. Februar 2002 zugestellt wurde.

38. Gemäss Artikel 32 Absatz 2 KG dürfen die beteiligten Unternehmen den Zusammenschluss innerhalb eines Monats seit der Meldung des Vorhabens nicht vollziehen, es sei denn, die Weko habe dies auf Antrag der beteiligten Unternehmen aus wichtigen Gründen bewilligt. Wer dieses vorläufige Vollzugsverbot missachtet, ist gemäss Artikel 51 Absatz 1 KG ebenfalls mit einer kartellgesetzlichen Verwaltungsanktion zu belegen.

B3.2 Pflichtverletzung

39. Aus dem Gesagten folgt, dass der Tatbestand von Artikel 51 Absatz 1 KG erfüllt ist. Es bleibt zu prüfen, ob das Verhalten der National gerechtfertigt werden kann (RPW 2001/1, S. 150, Rz. 33).

40. Der Vertreter der National trägt vor, seine Mandantin habe die Weko auf freiwilliger Basis bereits im Juni 2000 über das Zusammenschlussvorhaben informiert und sei in gutem Glauben davon ausgegangen, dass eine weitere Information beziehungsweise eine formelle Meldung des Zusammenschlussvorhabens nach Änderung der ursprünglichen Vorgehensweise im Juli 2001 nicht nötig sei. Er habe auf-

grund früherer Erfahrungen mit einem ähnlichen Angebot nach dem Rechtskleidwechsel einer anderen Versicherungsgesellschaft angenommen, dass ein solches Angebot nicht zu einer Mehrheitsbeteiligung führen würde; ausserdem habe er angenommen, dass die Weko aufgrund der Vororientierung vom 19. Juni 2000 eine Vorprüfung durchgeführt und den Zusammenschluss für unbedenklich befunden habe.

41. Zunächst ist festzuhalten, dass die als "Vororientierung" betitelte Mitteilung vom 19. Juni 2000 keine formelle Meldung darstellte. Sie enthielt nicht alle Angaben, die eine Meldung enthalten muss, und erfüllte auch die entsprechenden formellen Voraussetzungen nicht (Art. 9 und 11 VKU). Zudem wurde die Einreichung der formellen Meldung vor dem Vollzug ausdrücklich in Aussicht gestellt. Die National kann sich daher nicht darauf berufen, gutgläubig angenommen zu haben, sie habe den Zusammenschluss bereits korrekt gemeldet.

42. Mit der im Juli 2001 beschlossenen Änderung der Vorgehensweise (Umtausch- bzw. Kaufangebot vor Kapitalerhöhung) wurde massgebend vom ursprünglichen Plan abgewichen. Damit wurde der Zeitpunkt der Meldepflicht vorgezogen. Während nach ursprünglich vorgesehenem Plan die Weko sich noch vor dem Vollzug zum Zusammenschlussvorhaben hätte äussern können, war dies nach der Änderung des Vorgehensplans gemäss Schreiben vom 2. Oktober 2001 nicht mehr möglich. Da mit der Änderung des ursprünglich geplanten Vorgehens ein Kontrollerwerb bereits früher als vorgesehen erfolgen konnte, hätte das Sekretariat der Weko rechtzeitig über einen solchen Schritt informiert beziehungsweise sichergestellt werden müssen, dass ein allfälliger Kontrollerwerb nicht vor der Genehmigung durch die Weko erfolgen konnte. Das Sekretariat hätte die National und ihren Vertreter bei allfälligen Unklarheiten über den Zeitpunkt der Meldepflicht im Vorfeld des Zusammenschlusses informell beraten können.

43. Auch die Erfahrung des Vertreters der National in einem "ähnlichen" Fall bietet keinen Rechtfertigungsgrund für die Unterlassung von Vorkehrungen für den Fall eines Kontrollerwerbs, da die Möglichkeit, dass ein Kontrollerwerb bereits im Zuge des Rechtskleidwechsels beziehungsweise des damit verbundenen Kauf- und Tauschangebots erfolgen könnte, nicht auszuschliessen war. Der Vertreter der National macht zwar keine näheren Angaben über die Umstände des früheren Falls, doch hätte er damit rechnen müssen, dass sich die Aktionäre in den beiden Fällen nicht gleich verhalten würden. Auch einer vermeintlich nur theoretischen Möglichkeit eines Kontrollerwerbs hätte er Rechnung tragen und sich darüber mindestens mit dem Sekretariat der Weko beraten müssen. Indem die Möglichkeit eines Kontrollerwerbs in diesem frühen Stadium unbedacht blieb, hat die National das Risiko auf sich genommen, einen Zusammenschluss ohne Genehmigung durch die Wettbewerbsbehörde zu vollziehen.

44. Auch dass die Mehrheit der Aktien zwischen dem 7. und 10. September 2001, das heisst erst nach Ablauf der vorgesehenen Antwortfrist bis 31. August 2001, erworben wurde, als eine überraschend grosse Anzahl von Antwortschreiben von Aktionären eintraf, welche nunmehr ihre Titel veräussern wollten, kann die verspätete Meldung des Zusammenschlusses nicht rechtfertigen. Auch wenn die Meldung sofort darauf eingegangen wäre, wäre sie zu spät erfolgt, denn der Zusammenschluss war bereits vollzogen. Gleiches gilt für die Mitteilung, welche der Weko mit Schreiben vom 2. Oktober 2001 gemacht wurde und über die Mehrheitsbeteiligung informierte. Diese Mitteilung, die ohnehin nicht als formelle Meldung betrachtet werden kann, wäre ebenfalls verspätet eingetroffen.

45. Die Gutgläubigkeit der National, welche sich auch in ihrer Bereitschaft zur kooperativen Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde äusserte, stellt keinen Rechtfertigungsgrund für eine verspätete Meldung eines Zusammenschlusses dar (RPW 2001/1, S. 151, Bst. d). Sie wird aber bei der Bemessung der Sanktion berücksichtigt.

46. Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Unternehmenszusammenschluss am 7. Dezember 2001 beziehungsweise am 11. Januar 2002 (vollständige Meldung) gemeldet wurde, jedoch bereits am 10. September 2001 vollzogen worden war. Die Meldung erfolgte verspätet, ohne dass genügende Rechtfertigungsgründe vorgebracht werden konnten. Diese Verletzung von Artikel 9 Absatz 1 KG ist somit gemäss Artikel 51 Absatz 1 KG zu sanktionieren.

B3.3 Verschulden

47. Nach der bisherigen Praxis der Weko ist es für die Erfüllung des Tatbestandes von Artikel 51 Absatz 1 KG irrelevant, aus welchen Gründen die Meldung unterblieben ist. Insbesondere bildete das Verschulden nach dieser Praxis keine Voraussetzung für die Verhängung einer Verwaltungsanktion. Dies wurde insbesondere aus dem Wortlaut der Botschaft zum Kartellgesetz abgeleitet (vgl. Botschaft zum Kartellgesetz, BBl 1995 I, S. 619). Die Weko hat in ihrer ständigen Praxis das Erfordernis der subjektiven Vorwerfbarkeit eines tatbeständlichen Handelns verneint (vgl. X/C-AG und D-AG, RPW 2000/3, S. 262 f., Rz. 30; BNP/Paribas, RPW 2001/1, S. 152, Rz. 35).

48. Gemäss der jüngsten Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) kann jedoch eine Sanktion im Sinne von Artikel 51 KG nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden (Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co Inc., RPW 2002/2, S. 398). Es müsse vielmehr auch das subjektive Element des Verschuldens mitberücksichtigt werden. Damit hat die REKO/WEF solchen Verwaltungsanktionen eine strafrechtliche Natur zuerkannt.

49. Nach Auffassung der REKO/WEF liegt ein Verschulden dann vor, wenn der Täter wissentlich handelt oder Handlungen unterlässt, wel-

che man von einer vernünftigen, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestatteten Person in einer entsprechenden Situation hätte erwarten können (RPW 2002/2, S. 399).

50. Im erwähnten Entscheid kam die REKO zum Schluss, dass Unternehmen grundsätzlich schuldhaft handeln, wenn sie wider besseren Wissens (trotz anwaltlicher Vertretung und Kenntnis der gesetzlichen Vorschriften) während der nach Artikel 32 Absatz 1 KG vorgesehenen einmonatigen Vorprüfungsfrist den Zusammenschluss vollziehen, weil sie in Vorwegnahme des Entscheids der Wettbewerbsbehörde von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgehen (RPW 2002/2, S. 399 f.).

51. Eine juristische Person ist nicht deliktstfähig. Die REKO/WEF hat sich nicht zur Frage geäußert, wem das Verschulden zuzuschreiben sein muss, beziehungsweise sie scheint dennoch davon auszugehen, dass das vorwerfbare Verhalten dem Unternehmen zuzuschreiben sein muss, ohne dass es aber einer bestimmten natürlichen Person zugeordnet werden muss. Inwiefern dabei rein subjektive Elemente zu berücksichtigen sind, wurde nicht restlos geklärt. Jedenfalls muss ein mindestens fahrlässiges Handeln vorliegen, die Verletzung der Regeln über die Meldepflicht dem Unternehmen also als eine Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden können (vgl. BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 50, Rz. 10).

52. Im vorliegenden Fall ist aus dem Orientierungsschreiben vom 19. Juni 2000 ersichtlich, dass das übernehmende und von einem Anwalt vertretene Unternehmen rechtskundig war und sich der Meldepflicht einer Mehrheitsbeteiligung vor deren Erwerb bewusst war. Die Tatsache, dass diese Mehrheitsbeteiligung nicht wie ursprünglich vorgesehen mittels Aktienkapitalerhöhung, sondern mittels Umtausch- beziehungsweise Kaufangebot an die Aktionäre im Rahmen des Rechtskleidwechsels zustande kam, ändert an der Sache nichts. Das übernehmende Unternehmen hätte damit rechnen müssen, dass ein solches Angebot zu einer Mehrheitsbeteiligung führen könnte, was ja im Übrigen auch dem Endzweck des Vorhabens entsprach.

53. Die Frage, inwiefern das meldende Unternehmen vorsätzlich ("wissentlich") vorgegangen ist, kann hierbei offen bleiben. Auf jeden Fall stellt die Tatsache, dass der Zusammenschluss vor Offertstellung der Weko nicht gemeldet wurde, eine Sorgfaltspflichtverletzung dar und damit - gemäss jüngster Rechtsprechung der REKO/WEF - eine schuldhaft fahrlässige Handlung.

54. Dass der Rechtsvertreter der National bereits frühere Erfahrungen mit solch einem Umtausch- beziehungsweise Kaufangebot gemacht hatte und es gestützt darauf als unwahrscheinlich erachtete, dass die National auf diese Art eine Mehrheitsbeteiligung erwerben könnte, ändert nichts am pflichtwidrigen und damit schuldhaften Charakter des Verhaltens. Dies gilt umso mehr, als der Rechtsvertreter sich der

Problematik eines allenfalls verfrüht eintretenden Kontrollerwerbs aufgrund seiner juristischen Fachkenntnisse in besonderem Masse hätte bewusst sein müssen. Der geringen Tragweite der Sorgfaltspflichtverletzung kann jedoch im Rahmen der Bemessung der Sanktion Rechnung getragen werden.

B3.4 Bemessung der Sanktion

55. Im Falle der Verletzung der Meldepflicht hat die Weko bisher grundsätzlich drei Kriterien berücksichtigt (RPW 1998/4, S. 619, Rz. 30; RPW 2001/1, S. 152, Rz. 38; ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 706):

- ?? die Bedeutung des die Meldepflicht verletzenden Unternehmens auf dem Markt (Kriterium I)
- ?? die potenzielle Gefahr des Zusammenschlussvorhabens für den Wettbewerb; eine solche wird bejaht, wenn der Zusammenschluss zu einem gemeinsamen Marktanteil von mehr als 20% beziehungsweise mehr als 30% im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU führt (Kriterium II)
- ?? die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Artikel 10 Absatz 2 KG durch das Zusammenschlussvorhaben (Kriterium III)

56. Zur Berechnung des Kriteriums I stellte die Weko im Entscheid Curti & Co. AG (RPW 1998/4, S. 619, Rz. 31) auf den in der Schweiz erzielten Jahresumsatz des meldepflichtigen Unternehmens ab. Sie folgte dabei der Konzeption des Kartellgesetzes, welche bei der Berechnung der Schwellenwerte - mit Ausnahme der Banken und Versicherungsgesellschaften - ebenfalls auf die Jahresumsätze abstellt (Art. 9 Abs. 1 KG). In Anbetracht der maximalen Sanktion von CHF 1 Mio. erachtete die Weko einen Basisbetrag von 0,1 Promille des Jahresumsatzes, maximal aber CHF 300'000.--, als angemessen.

57. Im vorliegenden Fall ist für die Berechnung des Kriteriums I analog zu Artikel 9 Absatz 3 KG nicht auf den Jahresumsatz, sondern auf den auf die Schweiz entfallenden Anteil der jährlichen Bruttoprämieinnahmen abzustellen. Daraus ergibt sich ein Basisbetrag von CHF [...].

58. Kriterium II bezieht sich auf die potenzielle Gefahr des Zusammenschlusses für den Wettbewerb. Beim Zusammenschluss zwischen National und Coop Leben wurde weder ein gemeinsamer Marktanteil in der Schweiz von 20% erreicht, noch hatte eines der beteiligten Unternehmen einen Marktanteil in der Schweiz von 30% oder mehr inne. Es bestand daher keine potenzielle Gefahr für den Wettbewerb. In Anwendung des Kriteriums II ist daher der Basisbetrag um 25% auf CHF [...] zu reduzieren.

59. Kriterium III stellt auf die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Artikel 10 Absatz 2 KG ab. Da beim Zusammenschluss zwischen National und Coop Leben die Marktanteilschwellen gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU nicht erreicht wurden, konnte dieser a fortiori weder zu einer Begründung noch zu einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen. Diese Tatsache wirkt sich wiederum vermindern auf die Verwaltungsanktion aus, weshalb der Betrag nochmals um 50% auf CHF [...] zu reduzieren ist (RPW 2001/1, S. 153, Rz. 42).

60. Neu ist schliesslich die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung zu berücksichtigen. Hierbei werden auch subjektive Elemente, wie der gute Glaube des meldenden Unternehmens, gewürdigt (vgl. ZURKINDEN in SIWR V/2, S. 520). Die Weko hat die Schwere des Verschuldens beziehungsweise das Vorhandensein von relevanten subjektiven Elementen im Einzelfall zu würdigen.

61. Dass die National es nicht für nötig hielt, den Zusammenschluss nach der Planänderung vom Juli 2001 zu melden, ist mildernd zu berücksichtigen, da sie aufgrund früherer Erfahrungen ihres Vertreters offenbar gutgläubig davon ausging, dass beim geänderten Vorgehen kein Risiko eines verfrüht eintretenden Zusammenschlusses bestehe. Ihr guter Glaube wird durch die Tatsache bekräftigt, dass sie seit Beginn des Zusammenschlussprozesses gegenüber der Weko und ihrem Sekretariat stets Transparenz übte und sich kooperativ verhielt.

62. In Anbetracht dieser Tatsachen kann die Sorgfaltspflichtverletzung als geringfügig qualifiziert werden. Eine weitere Kürzung der Sanktion um rund die Hälfte auf CHF [...] erscheint angemessen.

C. Kosten

63. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacher gilt im vorliegenden Fall die meldepflichtige Unternehmung, somit also die National.

64. 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).

65. Die Weko erkennt im vorliegenden Fall keine Gründe, welche eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr rechtfertigen würden. Für die aufgewendete Zeit von [...] Stunden beläuft sich demnach die Gebühr auf CHF [...].

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

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass der Zusammenschluss durch den Erwerb der Mehrheitsbeteiligung an der Coop Leben AG, Bottmingen, durch die Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft, Basel, gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG in Verbindung mit Artikel 9 Absatz 3 KG meldepflichtig war.
 2. Es wird festgestellt, dass der Zusammenschluss im Zeitpunkt des Vollzuges der Wettbewerbskommission nicht gemeldet war und die Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft als meldepflichtiges Unternehmen die Meldepflicht im Sinne von Artikel 51 Absatz 1 KG verletzt hat.
 3. Die Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft wird zur Zahlung einer Verwaltungsanktion von CHF [...] verpflichtet.
 4. [Kosten]
 5. [Rechtsmittelbelehrung]
 6. [Eröffnung]
-

B 4 Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale

B 4	1. BKW FMB Energie AG
-----	------------------------------

Urteil vom 25. April 2002 der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung in Sachen BKW FMB Energie AG, 3000 Bern 25 (Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 3. Oktober 2001)

Sachverhalt

A. Im März 1999 gelangten die UMS Schweizerische Metallwerke AG (nachfolgend UMS) und die Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG (EGL) an die Wettbewerbskommission mit dem Ersuchen, ein kartellrechtliches Verfahren gegen die BKW FMB Energie AG (BKW) zu eröffnen. Diese habe sich nach Kündigung ihres Liefervertrages durch die UMS auf Ende 1998 geweigert, ab 1999 elektrischen Strom der EGL gegen Entgelt über ihr Leitungsnetz zur Produktionsstätte der UMS in Boillat (Gemeinde Reconvilier/BE) zu leiten, und dadurch ihre marktbeherrschende Stellung als Elektrizitätsversorgerin missbraucht.

Nach einer Vorabklärung eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission am 13. Juli 1999 eine Untersuchung gegen die BKW. Hiergegen gelangte die BKW mit Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, wobei sie namentlich geltend machte, die Wettbewerbskommission sei nicht zuständig, die Rechtmässigkeit der Verweigerung einer Stromdurchleitung über ihr Netz zu beurteilen.

B. Am 17. Dezember 1999 schloss die UMS mit der BKW einen neuen Stromliefervertrag ab, mit dem die Versorgung ihrer Produktionsstätte Boillat durch die BKW per 1. Januar 2000 vereinbart wurde. In der Folge löste sie ihre Vereinbarung mit der EGL (Unterbeteiligungsvertrag mit Strombezugsrecht vom 19. Oktober 1998) auf, wobei sie der EGL eine Abfindung bezahlte.

Gestützt darauf stellte die Wettbewerbskommission die Untersuchung gegen die BKW mit Verfügung vom 7. Februar 2000 ein und auferlegte der BKW die Verfahrenskosten im Betrag von CHF [...]. Zur Kostenverlegung führte sie aus, die BKW habe das Verfahren durch ihr Verhalten verursacht, was die Kostenpflicht nach sich ziehe. In der Folge schrieb die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen das bei ihr hängige Beschwerdeverfahren ab.

C. Gegen die Kostenaufgabe erhob die BKW Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Sie machte geltend, der Wettbewerbskommission habe die Zuständigkeit zur Durchführung

einer kartellrechtlichen Untersuchung gefehlt, weil sie (die BKW) mit der Stromversorgung nach bernischem Energiegesetz eine öffentliche Aufgabe erfülle und hierfür mit besonderen Rechten ausgestattet sei, die ihr eine wettbewerbsausschliessende Sonderstellung einräumten. Zudem verfüge die Gebührenverordnung zum Kartellgesetz, auf der die Kostenaufgabe basiere, nicht über eine genügende gesetzliche Grundlage. Endlich stütze sich die Wettbewerbskommission auf einen willkürlich festgestellten Sachverhalt; allfällige Kosten dürften ihr ohne eingehende Prüfung der vorgebrachten Rechtfertigungsgründe nicht auferlegt werden.

Mit Entscheid vom 3. Oktober 2001 hiess die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Beschwerde gut und hob die Kostenregelung durch die Wettbewerbskommission auf. Zur Begründung führte sie aus, die Kostenliquidation basiere auf einer Verordnung, die sich ihrerseits auf Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes vom 4. Oktober 1974 stütze. Diese Vorschrift enthalte bloss eine Generalermächtigung des Bundesrates zum Erlass von Gebührenregelungen, die verfassungskonform und damit grundsätzlich restriktiv auszulegen sei. Aus dem Sinn und Zweck der Ermächtigung ergebe sich, dass es nur um Gebühren in Fällen gehe, in denen der Staat im Interesse einer Privatperson tätig geworden sei. Dass diese ein Verfahren verursacht habe, könne deshalb zur Kostenüberwälzung nicht genügen. Mithin sprengte die Verordnung den Delegationsrahmen und entbehre die Kostenaufgabe einer gesetzlichen Grundlage. Damit erübrige es sich, auf die weiteren Rügen der BKW einzugehen.

D. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 2. November 2001 beantragt das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement dem Bundesgericht, den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen aufzuheben und die Verfügung der Wettbewerbskommission zu bestätigen. Das Departement hält dafür, die umstrittene Gebühr sei gesetz- und verfassungsmässig.

Die BKW beantragt, die Beschwerde abzuweisen. Sie verweist auf ihre vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vorgetragene Argumentation.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen unterliegt der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 ff. und Art. 98 Bst. e OG). Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement ist zur Beschwerde befugt (Art. 103 Bst. b OG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

2.1 Die Wettbewerbskommission hat zur Kostenregelung ausgeführt, die BKW habe Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung geliefert und die Untersuchung damit verursacht; sie sei deshalb gebührenpflichtig. Dass ihr Verhalten wegen der Einstellung der Untersuchung kartellrechtlich nicht qualifiziert worden sei, ändere nichts. Die aufgewendete Zeit von [...] Stunden sei gemäss der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) mit einem Stundenansatz von CHF 130.-- in Anschlag zu bringen, was einer Gebühr von CHF [...] entspreche. Dazu kämen Auslagen von CHF [...]. Gestützt darauf auferlegte die Wettbewerbskommission der BKW mit Ziffer 2 der Einstellungsverfügung Kosten im Gesamtbetrag von CHF [...].

2.2 Gemäss Artikel 39 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG], SR 251) sind auf die Verfahren nach diesem Gesetz die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG; SR 172.021) anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht. Über die Gebührenpflicht für Verwaltungsverfahren und erstinstanzliche Verfügungen enthalten weder das Kartell- noch das Verwaltungsverfahrensgesetz Vorschriften. Die vom Bundesrat erlassene KG-Gebührenverordnung stützt sich laut ihrem Ingress auf Artikel 60 KG und Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes (SR 611.010). Artikel 60 KG erteilt dem Bundesrat freilich bloss einen allgemeinen Auftrag zum Erlass von Ausführungsbestimmungen zu diesem Gesetz. Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes beauftragt den Bundesrat, Vorschriften über die Erhebung von angemessenen Gebühren für Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung zu erlassen. Diese Vorschrift stellt somit die eigentliche gesetzliche Grundlage für die KG-Gebührenverordnung dar. Artikel 2 der KG-Gebührenverordnung bestimmt, dass gebührenpflichtig ist, wer Verwaltungsverfahren verursacht oder Gutachten und sonstige Dienstleistungen veranlasst. Laut Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a KG-Gebührenverordnung entfällt die Gebührenpflicht, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben hat. Auch Dritte, die durch Anzeige eine Vorabklärung verursacht haben, bezahlen gemäss Buchstabe b dieser Vorschrift keine Gebühr. Für die Bemessung einer allfälligen Gebühr ist grundsätzlich der Zeitaufwand massgebend, wobei ein Stundenansatz von CHF 130.-- verrechnet wird (Art. 4 KG-Gebührenverordnung). Nebst der so berechneten Gebühr sind die Auslagen der Wettbewerbskommission und ihres Sekretariats zu erstatten (Art. 5 KG-Gebührenverordnung).

3. Umstritten ist vorab, ob die gestützt auf die Artikel 4 und 5 der KG-Gebührenverordnung berechnete Gebühr über eine hinreichende gesetzliche Grundlage verfügt. Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen und der Beschwerdegegnerin ist dies nicht der Fall, weil Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes nur erlaube, Gebühren für Verfügungen zu erheben, die im Interesse des Verfügungsadressaten erlassen worden seien. Das kartellrechtliche Untersuchungsverfahren, das mit der Einstellungsverfügung der Wettbewerbskommission abgeschlossen worden sei, sei aber nicht im Interesse der Beschwerdegegnerin durchgeführt worden. Es habe vielmehr einem öffentlichen Interesse gedient. Der Beschwerdeführer hält - mit der Wettbewerbskommission - dafür, die erforderliche gesetzliche Grundlage für die Kostenauflage an die Beschwerdegegnerin sei vorhanden.

3.1 Verfahrenskosten sind den so genannten Kausalabgaben zuzurechnen. Sie sind im Gegensatz zu Steuern das Entgelt für die Inanspruchnahme staatlicher Leistungen. Ihre Bemessung hängt insbesondere vom Verfahrensaufwand ab (BGE 120 Ia 171 E. 2a S. 174, mit Hinweisen). Derartige Abgaben müssen sich nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung - wie andere öffentliche Abgaben auch - auf ein Gesetz im formellen Sinn stützen (statt vieler BGE 127 I 60 E. 2d, S. 64). Delegiert das Gesetz die Kompetenz zur Festlegung einer Abgabe an eine nachgeordnete Behörde, muss es zumindest den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand der Abgabe sowie deren Bemessungsgrundlagen nennen. Diese Anforderungen sind jedoch für gewisse Arten von Kausalabgaben gelockert, soweit das Mass der Abgabe durch überprüfbare verfassungsrechtliche Prinzipien (Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip) begrenzt wird und nicht allein der Gesetzesvorbehalt diese Schutzfunktion erfüllt (BGE 126 I 180 E. 2a/bb, mit zahlreichen Hinweisen). Insbesondere kann bei Kausalabgaben - auch bei kostenunabhängigen - bereits genügen, dass das Gesetz die maximale Höhe der Abgabe im Sinne einer Obergrenze festlegt (BGE 126 I 180 E. 2a/bb, mit Hinweisen). Einer solchen Lockerung zugänglich sind daher grundsätzlich auch Vorschriften über Verfahrenskosten (BGE 120 Ia 171 E. 2 und 3). Allgemein gesagt sind die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage je nach der Natur der Abgabe zu differenzieren. Das Legalitätsprinzip darf dabei weder seines Gehalts entleert noch in einer Weise überspannt werden, dass es mit der Rechtswirklichkeit und dem Erfordernis der Praktikabilität in einen unlösbaren Widerspruch gerät.

3.2 Der Gesetzesvorbehalt im Abgaberecht ist nun auf Bundesebene auch in Artikel 164 Absatz 1 Buchstabe d BV verfassungsrechtlich verankert (vgl. für Steuern zudem Art. 127 Abs. 1 BV). Insbesondere der Wortlaut dieser Vorschrift, wonach (nur) die grundlegenden Bestimmungen über den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand und die Bemessung von Abgaben in Form eines Bundesgesetzes zu erlassen

sind, legt den Schluss nahe, dass mit der erwähnten Verfassungsbestimmung lediglich die von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Tragweite des Legalitätsprinzips im Abgaberecht festgehalten werden sollten (s. auch GEORG MÜLLER, Rechtssetzung und Staatsverträge, in: Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 70 N. 16; RENÉ RHINOW, Die Bundesverfassung 2000, Basel 2000, S. 188, Ziff. 5). Mit Blick auf die nachstehenden Ausführungen braucht dies jedoch nicht weiter geklärt zu werden, ebenso wie sich die Diskussion anderer mit der Gesetzesdelegation zusammenhängender Probleme erübrigt (vgl. dazu RHINOW, a.a.O., S. 189 f.; MÜLLER, a.a.O., § 70 N. 14 f. und 35 f.; derselbe, Formen der Rechtssetzung, in: Die neue Bundesverfassung, Berner Tage für die juristische Praxis 1999, S. 264 ff.; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 2001, N. 1821 f.; PASCAL MAHON, Le principe de la séparation des pouvoirs, in: Verfassungsrecht der Schweiz, § 65 N. 24; je mit weiteren Hinweisen).

3.3 Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes räumt dem Bundesrat einen erheblichen Regelungsspielraum ein. Zwar hat das Bundesgericht schon in anderem Zusammenhang entschieden, dass sich der Gegenstand der Gebühr (Aufwand für Verfügungen und andere Dienstleistungen der Bundesverwaltung) und der Kreis der Kostenpflichtigen (Empfänger von Leistungen) aus dem Gesetz ergeben muss (Urteil 2A.75/1996 vom 21. Oktober 1996, E. 4c, publ. in RDAT 1997 I Nr. 54 S.167 sowie Pra 1997 Nr. 52 S. 266, bestätigt in Urteil 2A.212/2000 vom 14. August 2000, E. 2b, publ. in Pra 2001 Nr. 26 S. 159). Bezüglich des Kreises der Kostenpflichtigen ist vorliegend zudem ergänzend festzustellen, dass bei Verfügungen Adressaten mit eingeschlossen sind, die keine finanziellen Leistungen bezogen haben. Die Bemessungsgrundlagen und die Höhe der Gebühren sind aber nicht im Gesetz umrissen, sondern auf die Verordnungsstufe delegiert.

Bei unselbstständigen Verordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, prüft das Bundesgericht, ob sich der Bundesrat an die ihm durch Gesetz übertragenen Befugnisse gehalten hat. Das Bundesgericht ist gemäss Artikel 191 BV an Bundesgesetze gebunden und kann deshalb nicht überprüfen, ob die Delegation ihrerseits verfassungsmässig ist. Räumt die gesetzliche Delegation dem Bundesrat einen weiten Ermessensspielraum für die Regelung auf Verordnungsstufe ein, ist dieser für das Bundesgericht ebenfalls verbindlich. Es darf in diesem Fall nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen und ist auf die Prüfung beschränkt, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist (BGE 126 II 283 E. 3b S. 290; 122 II 411 E. 3b, S. 416 f., je mit Hinweisen; zur insofern unveränderten Rechtslage nach neuer Verfassung auch RHINOW, a.a.O., S. 184 f.).

4.

4.1 Die Vorinstanz hat argumentiert, weil das Abgabeobjekt in den drei Amtssprachen nicht übereinstimmend und eindeutig umschrieben werde ("Gebühren für Verfügungen und Dienstleistungen" einerseits, "... pour les décisions et les autres prestations" beziehungsweise "... per decisioni e altre prestazioni" andererseits), müsse die Tragweite der Gesetzesbestimmung gestützt auf andere Auslegungselemente bestimmt werden. Entgegen ihrer Auffassung ergibt sich aus den weiteren für die Auslegung wesentlichen Kriterien (vgl. dazu statt vieler BGE 126 II 71 E. 6d S. 80 f., 126 V 57 E. 3) jedoch nicht, dass für Verfügungen nur dann Gebühren erhoben werden dürfen, wenn das Gemeinwesen im Interesse eines Privaten verfügt hat. Zunächst ist in gesetzssystematischer Hinsicht festzuhalten, dass Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes in breitem Umfang die gesetzliche Grundlage für die Gebührenpflicht bei Inanspruchnahme von Dienstleistungen der Bundesverwaltung bildet. Insbesondere stützt sich die Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren vom 10. September 1969 (SR 172.041.0; in der Fassung vom 11. Dezember 1978) ebenfalls darauf ab, soweit es um das erstinstanzliche Verfahren geht. Artikel 13 dieser Verordnung sieht die Gebührenpflicht für Verfügungen ganz allgemein vor, ohne Rücksicht darauf, ob der Betroffene daran ein besonderes privates Interesse hat. Durch Verfügung werden denn auch regelmässig nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten der Adressaten begründet, geändert, aufgehoben oder festgestellt (Art. 5 Abs. 1 VwVG), und es kann nicht gesagt werden, dies sei für die Adressaten in der Regel mit Vorteilen verbunden beziehungsweise liege in ihrem Interesse. Der Begriff des Interesses wird im Zusammenhang mit Verfügungen gemeinhin so verstanden, dass Verfügungsadressaten dann an einer Verfügung interessiert sind, wenn diese sie persönlich betrifft. Ein weiter gehendes Interesse wird insbesondere für die Beschwerdelegitimation nicht vorausgesetzt (vgl. Art 48 Bst. a VwVG und Art. 103 Bst. a OG; statt vieler BGE 125 II 497 E. 1a/bb, mit Hinweisen). Der Umstand, dass Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes einen Geltungsbereich und eine Tragweite hat, die weit über die Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden hinausreichen, spricht demnach dagegen, die Vorschrift im Sinne der Vorinstanz eng auszulegen.

Ein eingeschränkter Anwendungsbereich ergibt sich auch nicht aus der Entstehungsgeschichte. Mit dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes wurde ein Paket von finanziellen Massnahmen eingeführt mit dem Ziel, das Gleichgewicht im Bundeshaushalt wieder herzustellen. Dies sollte mit einer Begrenzung der Ausgabenentwicklung einerseits und zusätzlichen Einnahmen andererseits erreicht werden (Botschaft vom 3. April 1974, BBl 1974 I 1309 ff., Titel und Ziff. 1). Teil der Massnahmen zur Steigerung der Einnahmen

war die Einführung der Gebührenpflicht für Verfahren auf Erlass von Verfügungen. In solchen Verfahren konnten damals - mangels gesetzlicher Grundlage - bloss bescheidene Kanzleigeühren erhoben werden (Botschaft, S. 1330, Ziff. 335). Die Absicht des Gesetzgebers bestand darin, die für Beschwerdeverfahren geltende Kostenpflicht (Auferlegung der Verfahrenskosten nach dem Unterliegerprinzip) sinngemäss auch für das erstinstanzliche Verfahren einzuführen. Zur Begründung wurde - ausser auf die erwähnten finanzpolitischen Überlegungen - darauf hingewiesen, dass solche Verfahren der Verwaltung oft erhebliche Kosten verursachten und - wie andere Dienstleistungen - im Interesse eines Privaten ergingen (Botschaft, S. 1330 f.). Daraus und aus dem Zusammenhang mit der im gleichen Zug eingeführten Kostenpflicht für Dienstleistungen im Allgemeinen kann nun nicht geschlossen werden, die Gebührenpflicht sollte auf diejenigen Verwaltungsverfahren beschränkt werden, die in eine Verfügung ausmündeten, an der die betroffene Person persönlich interessiert sei. Die Materialien geben für ein solches Verständnis keine Anhaltspunkte ab, wenn man von der mehrdeutigen Wendung "Verfügungen, die im Interesse eines Privaten getroffen werden" absieht, die indessen im Gesetzeswortlaut keinen Niederschlag gefunden hat. Auf diese hat sich die Vorinstanz gestützt. Sie hat die Wendung jedoch allzu sehr aus der Optik kartellrechtlicher Verwaltungsverfahren beurteilt. Aus dem übrigen Text, dem Gesamtzusammenhang und der allgemeinen Tragweite ist abzuleiten, dass der Begriff des "Interesses" im oben erwähnten, weiten Sinn zu verstehen ist.

Nichts anderes ergibt sich aus dem Zweck der Vorschrift. Diese zielt darauf ab, die Gebührenpflicht umfassend, für eine gesamte Stufe der erstinstanzlichen Verwaltungstätigkeit, einzuführen, um Mehreinnahmen zu erzielen. Es liegt auf der Hand, dass der Gesetzeszweck nicht besser erreicht wird, wenn die Gebührenpflicht in eingeschränktem Sinn verstanden wird. Vielmehr trifft gerade das Gegenteil zu.

4.2 Damit steht fest, dass sich die Gebührenpflicht nach Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes auf alle erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren bezieht, die von Organen der Bundesverwaltung durchgeführt werden. Nach dem in E. 3.3 hiervor Ausgeführten ist diese Vorgabe des Bundesgesetzgebers für das Bundesgericht verbindlich. Das Gericht ist an den Umfang der Delegation gebunden. Es ist nicht befugt, den Delegationsrahmen wegen verfassungsrechtlicher Bedenken einschränkender zu verstehen, als ihn der Bundesgesetzgeber festgelegt hat (Art. 191 BV). Dass die Wettbewerbskommission der Bundesverwaltung im Sinne der Delegationsnorm zuzurechnen ist, haben weder die Vorinstanz noch die Beschwerdegegnerin in Frage gestellt (vgl. dazu Art. 18 ff. KG). Demnach erweist sich der Einwand des Beschwerdeführers als begründet, wonach die Kompetenz des Bundesrates zum Erlass von Bestimmungen über Gebühren für die erstinstanzliche Verwaltungstätigkeit nicht

auf Fälle beschränkt sei, in denen eine Verfügung ergeht, an welcher der Verfügungsadressat persönlich interessiert ist.

4.3 Im Übrigen wäre ohnehin nicht recht einzusehen, inwiefern die Auslegung der Vorinstanz von Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes der Verfassung besser entsprechen sollte als die oben umschriebene. Zu einem solchen Ergebnis könnte man nur gelangen, wenn sich Gebühren für Verfügungen, die mit den persönlichen Interessen der Adressaten korrespondieren, aufgrund des Kostendeckungs- oder Äquivalenzprinzips generell besser überprüfen liessen als andere Verfügungen, so dass an das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage entsprechend herabgesetzte Anforderungen gestellt werden könnten (vgl. zu den Begriffen des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips BGE 126 I 180 E. 3a S. 188). Es ist jedoch unter dem Gesichtswinkel des Kostendeckungsprinzips einerlei, ob eine Verfügung für den Adressaten vorteilhaft ist oder nicht. Aus der Sicht des Äquivalenzprinzips mag wohl in vielen Fällen zutreffen, dass die Angemessenheit der Gebühr gestützt auf den finanziellen Wert des verfügmässig festgelegten für den Adressaten besser überprüft werden kann, als wenn der Verfügungsgegenstand für ihn keinen Wert hat oder gar Nachteile zeitigt. Verallgemeinern im Sinne eines einigermaßen verlässlichen Massstabes lässt sich diese Feststellung jedoch nicht. Die möglichen finanziellen Vorteile sind zu verschieden, und im persönlichen Interesse des Adressaten liegen auch zahlreiche Verfügungen, mit denen keine finanziell bezifferbaren Vorteile zugesprochen werden (z.B. Zulassung zu einer Prüfung) und wo das Äquivalenzprinzip von vornherein nicht weiter hilft.

4.4 Unbehelflich sind schliesslich die Hinweise der Vorinstanz auf verschiedene Gebührenregelungen in Spezialgesetzen. Diese lassen nur darauf schliessen, dass der Gesetzgeber für die betroffenen Regelungsbereiche detailliertere Gebührenordnungen als angezeigt erachtet hat. Es lässt sich daraus aber nicht ableiten, dass er die allgemeine Delegationsnorm von Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes ausser Kraft setzen wollte. Ein solcher Schluss kann für die aktuelle Rechtslage auch nicht aus den gesetzgeberischen Vorarbeiten zu einer Teilrevision des Kartellgesetzes (mit einer spezialgesetzlichen Regelung der Gebührenpflicht auf Gesetzesstufe [neu Art. 53a KG]) gezogen werden. Ferner kann für die hier interessierende Frage nichts auf die von der Vorinstanz erwähnte Bundesgerichtspraxis zu Artikel 2 und 48 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz [USG]; SR 814.01) ankommen. Im Entscheid 119 Ib 389 (E. 4a und e) hat das Bundesgericht erkannt, Artikel 48 Absatz 1 USG erlaube grundsätzlich Gebühren für Sanierungsverfügungen, doch verlange Absatz 2 der erwähnten Norm, dass das kantonale Recht die Gebührenansätze bestimme. In BGE 123 I 248 (E. 2c S. 251) hat es weiter festgehalten, Artikel 2 USG betreffend die allgemeine Festlegung des Verursacherprinzips sei keine genügend be-

stimmte, unmittelbar anwendbare gesetzliche Grundlage für eine Kostenaufgabe, sondern bedürfe der Konkretisierung durch die nach Artikel 48 USG zu erlassenden Gebührenregelungen. Eine derartige Konkretisierung liegt hier mit der KG-Gebührenverordnung im Unterschied zu den erwähnten Fällen vor (vgl. E. 2.2 hiervor).

5. Gewiss mögen mit Bezug auf das Erfordernis der gesetzlichen Umschreibung der Bemessungsgrundlagen beziehungsweise der Höhe der Gebühren für kartellrechtliche Verwaltungsverfahren verfassungsrechtliche Bedenken am Platz sein. Diesbezüglich ist die gesetzliche Delegationsnorm sehr unbestimmt ("angemessene Gebühren"). Auch in dieser Hinsicht ist der bundesgesetzlich vorgegebene, weite Delegationsrahmen aber für das Bundesgericht verbindlich (E. 3.3 und 4.2 hiervor). Es kann zudem nicht gesagt werden, die Gebührenbemessung nach Artikel 4 KG-Gebührenverordnung sei allzu starr und erlaube nicht, dem Erfordernis der Angemessenheit Rechnung zu tragen. Absatz 3 der soeben erwähnten Vorschrift sieht vor, dass die nach dem Zeitaufwand bemessene Gebühr je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden kann. Zwar ist einzubeziehen, dass kartellrechtliche Untersuchungen mit erheblichen Kosten verbunden sein können. Es können indessen auch bedeutende wirtschaftliche Interessen im Spiel sein. Jedenfalls kann nicht gefolgert werden, der Bundesrat habe bei der Gebührenbemessung den Delegationsrahmen überschritten, und die auf der KG-Gebührenverordnung fussende, hier umstrittene Gebühr sei aus diesem Grunde verfassungswidrig.

6.

6.1 Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes bietet freilich keine gesetzliche Grundlage, um den Verfahrensaufwand in jedem Fall auf den "Verursacher" einer Untersuchung zu überwälzen. Nach dem in E. 4.1 hiervor Dargelegten wollte der Gesetzgeber die Kostenpflicht in erstinstanzlichen Verfahren - soweit diese nicht auf eigenes Gesuch hin durchgeführt werden - in sinngemässer Anwendung des Unterliegerprinzips einführen. Dies setzt der Kostenüberwälzung Grenzen. Gewiss kann mit Verfahrenskosten belastet werden, wer den Wettbewerb unzulässig beschränkte und der Wettbewerbskommission damit Anlass gab, Massnahmen zu treffen (vgl. Art. 30 Abs. 1 KG). Die gesetzliche Basis erlaubt auch eine Kostenaufgabe, wenn die Wettbewerbskommission eine Wettbewerbsbeschränkung zwar als unzulässig beurteilt hat, der Bundesrat sie aber in Anwendung von Artikel 31 KG wegen überwiegenden öffentlichen Interessen ausnahmsweise zulässt. Mit Kosten kann ebenfalls belastet werden, wer einem Vorschlag des Sekretariats zur einvernehmlichen Beseitigung einer als unzulässig erachteten Wettbewerbsbeschränkung zustimmt und als Folge davon sein Verhalten massgeblich ändern muss. Schliesslich steht einer Kostenüberwälzung

nichts entgegen, wenn die Person, die wegen wettbewerbsbeschränkendem Verhalten ein Verfahren ausgelöst hat, das beanstandete Verhalten aufgibt, sich in diesem Sinne unterzieht und dadurch dafür sorgt, dass das Verfahren als gegenstandslos geworden eingestellt wird. In allen diesen Fällen kann sinngemäss auf ein Unterliegen der für ein beanstandetes Verhalten verantwortlichen Person geschlossen werden, was die Kostenaufgabe grundsätzlich erlaubt. Insoweit decken sich auch das Unterlieger- und das in Artikel 2 f. KG-Gebührenverordnung erwähnte Verursacherprinzip. Selbst bei Verfahrenserledigung zufolge Gegenstandslosigkeit aus anderen Gründen ist eine Kostenaufgabe nicht ausgeschlossen. Es muss in solchen Fällen - in sinngemässer Anwendung der allgemeinen Regel von Artikel 72 BZP - nach den Verfahrensaussichten vor Eintritt der Gegenstandslosigkeit geprüft werden, welchen Ausgang das Verfahren voraussichtlich genommen hätte (vgl. BGE 106 Ib 294; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 698). Hätte die Partei, deren Verhalten untersucht wurde, voraussichtlich Anlass zu Massnahmen nach Artikel 30 KG gegeben, kann sie sinngemäss als unterliegend betrachtet und mit Kosten belegt werden. Die Beurteilung kann summarisch, ohne weiteres Beweisverfahren, erfolgen, weil es nicht dem Sinn der Regelung entspricht und mit dem Grundsatz der Prozessökonomie nicht vereinbar ist, ein gegenstandslos gewordenes Verfahren nur um des Kostentseids willen gleichsam weiterzuführen. Dem allenfalls Betroffenen ist zur Kostenverlegung allerdings das rechtliche Gehör zu gewähren.

6.2 Nicht jedes Setzen eines Anlasses zu einer Untersuchung beziehungsweise jede Form des Verursachens kann jedoch Grund zur Belegung mit Verfahrenskosten sein. Erweist sich ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus besonderen Gründen als zulässig, beispielsweise weil es die in Artikel 3 KG vorbehaltenen Vorschriften gestattet, kann die Person, deren Verhalten untersucht wurde, nicht als unterliegend betrachtet und mit Kosten belegt werden. In solchen Fällen deckt sich das Verursacher- nicht mit dem Unterliegerprinzip und es hat hinter dieses zurückzutreten. Daraus ergibt sich zum einen, dass Artikel 2 der KG-Gebührenverordnung, wonach gebührenpflichtig ist, wer Verwaltungsverfahren verursacht, in der Tat zu weit gefasst ist und nicht in allen möglichen Anwendungsfällen über eine genügende gesetzliche Basis verfügt. Zum andern erhellt, dass die in Artikel 3 Absatz 2 der KG-Gebührenverordnung erwähnten Fälle von Gebührenfreiheit nicht abschliessend, sondern nur beispielhaft zu verstehen sind. Nur wer hinreichend begründeten Anlass zu einer Untersuchung gibt, das heisst mit seinem Verhalten grundsätzlich Massnahmen nach Artikel 30 KG auslöst, kann als "unterliegend" im hier interessierenden Sinne betrachtet und mit Untersuchungskosten belastet werden.

6.3 Die Beschwerdegegnerin bestreitet nicht, dass die Gebühr nach den Ansätzen der KG-Gebührenverordnung bemessen worden ist. Sie

weist freilich darauf hin, dass das Verfahren von der Wettbewerbskommission wegen des Abschlusses eines neuen Stromlieferungsvertrages zwischen ihr und der UMS und der damit verbundenen Rücknahme des Antrages der UMS auf Durchleitung als gegenstandslos geworden eingestellt worden sei. Die Gegenstandslosigkeit sei demnach nicht auf ihr Verhalten, sondern auf dasjenige der Anzeigerin zurückzuführen. Entgegen den Ausführungen der Wettbewerbskommission könne nicht von erheblichen Zugeständnissen ihrerseits und damit von einem Unterziehen gesprochen werden. Wie es sich mit diesen bereits in der Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vorgebrachten Einwänden verhält, hat die Vorinstanz nicht geprüft, sondern offen gelassen (Ziff. 9, S. 19 des angefochtenen Entscheids). Sie hat sich auch nicht zum weiteren Argument der Beschwerdegegnerin geäußert, wonach das kantonale Recht ihr öffentliche Aufgaben übertragen, sie mit besonderen Rechten ausgestattet und ihr eine wettbewerbsausschliessende Sonderstellung eingeräumt habe. Nach dem Gesagten sind diese Rügen nicht von vornherein unbehelflich; sie können unter dem Blickwinkel des Unterliegerprinzips, das für die Auslegung von Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes sinngemäss heranzuziehen ist und der Kostenaufgabe Grenzen setzt, durchaus beachtlich sein. Der Umstand, dass sich die Beschwerde des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes hinsichtlich der fehlenden gesetzlichen Grundlage für eine Kostenaufgabe im Grundsatz als begründet erweist, hat demnach noch nicht zur Folge, dass der Beschwerdegegnerin die Kosten der Untersuchung in Bestätigung der Verfügung der Wettbewerbskommission zu überbinden sind. Vielmehr wird die Eidgenössische Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die weiteren Einwände der Beschwerdegegnerin zu überprüfen haben. Die Beschwerde ist somit (nur) teilweise gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben, und die Angelegenheit ist zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zurückzuweisen.

7. Bei diesem Ergebnis sind die Verfahrenskosten zu drei Vierteln der Beschwerdegegnerin und zu einem Viertel dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 153 und 153a OG). Dieser hat der Beschwerdegegnerin ausserdem einen Beitrag an die Parteikosten auszurichten (Art. 159 Abs. 1 und 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird teilweise gutgeheissen, der angefochtene Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 3. Oktober 2001 aufgehoben und die Angelegenheit zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Rekurskommission zurückgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr, bestimmt auf CHF [...], wird zu CHF [...] der Beschwerdegegnerin und zu CHF [...] dem Beschwerdeführer auferlegt.
 3. Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von CHF [...] zu bezahlen.
 4. Dieses Urteil wird den Parteien, der Eidgenössischen Rekurskommission für Wettbewerbsfragen und der Wettbewerbskommission schriftlich mitgeteilt.
-

D **Entwicklungen Développements Sviluppi**

D 2	Bibliografie Bibliographie Bibliografia
------------	--

AHDAR Rex, "Consumers, Redistribution of Income and the Purpose of Competition Law", *European Competition Law Review*, 7/2002, S. 314 ff.

AMEL Dean F./STARR-MCCLUER Marha, "Market Definition in Banking: Recent Evidence", *The Antitrust Bulletin XLVII/1(2002)*, S. 63 ff.

ANDERMANN Steve, "EC Competition Law and Intellectual Property Rights in the New Economy", *The Antitrust Bulletin XLVII/2&3, 2002*, S. 285 ff.

ANDREWS Philip, "Self-Regulation by Professionals - The Approach Under E.U. and U.S. Competition Rules", *European Competition Law Review*, 2002/6, S. 281 ff.

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*

BEARD Randolph, KASERMAN David L., "Patent Tickets, Cross-Licensing and Antitrust", *The Antitrust Bulletin XLVII/2&3, 2002*, S. 345 ff.

BECK Alex, RISCH Leonie, "Vertikalabreden sind nicht immer schädlich", *Finanz und Wirtschaft*, 52, 3. Juli 2002, S. 28

BEKKERS Rudi, VERSPAGEN Bart, SMITS Jan, "Intellectual Property Rights and Standardization: the Case of GSM", *Telecommunications Policy*, 26(2002), S. 171 ff.

BOYLSTON HERDON Jill, "Intellectual Property, Antitrust and the Economics of Aftermarkets", *The Antitrust Bulletin XLVII/2&3, 2002*, S. 309 ff.

BUNDESKARTELLAMT, "Widerlegung einer Oligopolvermutung", *Wirtschaft und Wettbewerb*, 5/2002, S. 511 ff.

BUNDESKARTELLAMT, "Untersagung eines Zusammenschlusses mangels überwiegender Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen (Liberty/VIOLA)", *Wirtschaft und Wettbewerb*, 6/2002, S. 632 ff. (DE-V, S. 558 ff.)

CAMESASCA Peter D., VAN DEN BERGH Roger J., "Achilles Uncovered: Revisiting the European Commission's 1997 Market Definition Notice", *The Antitrust Bulletin XLVII/1(2002)*, S. 143 ff.

COPPI Lorenzo, DOBSON Paul, "The Importance of Market Conduct in the Economic Analysis of Mergers - The Interbrew Saga", *European Competition Law Review*, 8/2002, S. 386 ff.

CROCIANI Pietro, "The Hypothetical Monopolist Test: What it Can and Cannot Tell You", *European Competition Law Review*, 7/2002, S. 354 ff.

DUTTA S., BERGEN M. et al., "Pricing as a Strategic Capability", *MIT Sloan Management Review*, Spring 2002, S. 61 ff.

ECKERT Andrew, WEST Douglas S., "Predation in the Airline Industry: The Canadian Approach", *The Antitrust Bulletin XLVII/1(2002)*, S. 217 ff.

EMONS Winand, SHELDON George, "The Market for Used Cars: A New Test of The Lemons Model", *CEPR Discussion Paper Series*, No. 3360, Mai 2002

EU-KOMMISSION, "Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste", *Amtsblatt C 165* vom 11. Juli 2002, S. 6 ff.

EVENETT Simon J., "The Cross Border Mergers and Acquisitions Wave of The Late 1990s", *World Trade Institute and CEPR*, May 18 2002

GÄCHTER Simon, "'Erzwungene' Kooperation", E. FEHR, G. SCHWARZ (Hrsg.), *Psychologische Grundlagen der Ökonomie*, Verlag NZZ, 2002, S. 49 ff.

HARRISON Jeffrey R., "Online Music: Antitrust and Copyright Perspectives", *The Antitrust Bulletin XLVII/2&3*, 2002, S. 465 ff.

HÖLZL Werner, "Exit, Entry and Industry Turbulence in Austrian Manufacturing, 1981-1994", *Wirtschaftsuniversität Wien*, Working Paper No. 21, Mai 2002

HOVENKAMP Herbert, "IP Ties and Microsoft's Rule of Reason", *The Antitrust Bulletin XLVII/2&3*, 2002, S. 369 ff.

HUETTNER David A., "Product Market Definition in Antitrust Cases When Products Are Close Substitutes or Close Complements", *The Antitrust Bulletin XLVII/1(2002)*, S. 133 ff.

JANIS Mark D., "Transition in IP and Antitrust", *The Antitrust Bulletin XLVII/2&3*, 2002, S. 253 ff.

KIENER Olaf, "Marktmissbrauch am Beispiel der Kündigung von Vertriebsverträgen", *Schulthess*, Zürich 2002

LISTER Charles, "Review of P. Camesasca's 'European Merger Control: Getting the Efficiencies Right'", *The Antitrust Bulletin*, Spring 2002, S. 243 ff.

MAAG Harald, "Medienkonzentration - zur Reichweite des fusionskontrollrechtlichen Instrumentariums", Jur. Fakultät der Uni Basel, Schriftenreihe für internationales Recht, Band 97, Helbling & Lichtenhahn, Basel 2002

MANZINI Pietro, "The European Rule of Reason - Crossing the Sea of Doubt", *European Competition Law Review*, 8/2002, S. 392 ff.

MOLLGAARD Peter, "Must Trust Bust?", Centre of Law, Econ. and Finan. Institut at Copenhagen Business School, Inaugural Address 4.2.2002

MONOPOLKOMMISSION, "Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH", Sondergutachten der Monopolkommission, 2002

MONOPOLKOMMISSION, "Netzettbewerb durch Regulierung", Vierzehntes Hauptgutachten 2000/2001, Bonn 2002

OECD, "Effets de Portefeuille dans les Fusions Conglomérales", *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, 4/1(2002), S. 65 ff.

OXERA, "Collective Dominance from an Economic Perspective", Oxera Competing Ideas, Juni 2002

PEARCE AZEVEDO João, WALKER Mike, "Dominance: Meaning and Measurement", *European Competition Law Review*, 7/2002, S. 363 ff.

PICKER Randal C., "Copyright as Entry Policy: The Case of Digital Distribution", *The Antitrust Bulletin XLVII/2&3*, 2002, S. 423 ff.

SCHMIDT Hedvig K. S., "Article 82's 'Exceptional Circumstances' That Restrict Intellectual Property Rights", *European Competition Law Review* 2002/5, S. 210 ff.

SCHMITZ Stefan, "Doch eine Rule of Reason im deutschen Kartellrecht?", *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1/2002, S. 6 ff.

STOTHERS Christopher, "Are Parallel Imports Bad Medicine? Repackaging of trade-marked pharmaceuticals within the E.U.", *European Competition Law Review*, 8/2002, S. 417 ff.

TEN KATE Adriaan, NIELS Gunnar, "On the Rationality of Predatory Pricing: The Debate Between Chicago and Post-Chicago", *The Antitrust Bulletin XLVII/1(2002)*, S. 1 ff.

TERCIER Pierre/BOVET Christian (éd.), "Droit de la concurrence, Commentaire romand", Genève, Bâle, Munich 2002

VELJANOVSKI Cento G., "Markets in Professional Sports: Hendy v. WPSBA and the Importance of Functional Markets", *European Competition Law Review*, 2002/6, S. 273 ff.

VON FURSTENBERG George M., "One Region, One Money: Implications of Regional Currency Consolidation for Financial Services", *The Geneva Papers on Risk and Insurance* 27/1(2002), S. 5 ff.

VON WEIZÄCKER Carl Christian, "Anmerkungen zur geplanten Revision des Schweizerischen Kartellgesetzes, insbesondere zum Begriff der Marktbeherrschung", Vortrag an der Veranstaltung der *Crédit Suisse* in Zürich vom 27. August 2002

WEISMAN Dennis L., "The Law and Economics of Price Floors in Regulated Industries", *The Antitrust Bulletin* XLVII/1(2002), S. 107 ff.

Abkürzungsverzeichnis
Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A

AF	Arrêté fédéral
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA	Bundesamt
BB	Bundesbeschluss
BBI	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
BR	Bundesrat
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV	Bundesverfassung
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC	Code civil
CE	Communauté Européenne
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
CHF	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
CO	Code des obligations
Cost.	Costituzione federale
CPC	Code (cantonal) de procédure civile
CPS	Code pénal suisse
cst.	Constitution fédérale

D

DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG	Direction Générale (UE)

E

EU	Europäische Union
----	-------------------

F

FF	Feuille fédérale
FMG	Fernmeldegesetz

G

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU	Gemeinschaftsunternehmen

H

HGer	Handelsgericht
HMG	Heilmittelgesetz

I

IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux

K

KG	Kartellgesetz
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung

L

LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale / Legge federale
LL	Legge federale sul lavoro
LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
LOTC	Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio

LPM	Loi fédérale sur la protection des marques	RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits	RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi	RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)
M		RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)
N			
O		S	
O	Ordonnance	SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique	SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico	SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SJ	La semaine judiciaire
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OGer	Obergericht	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OMC	Organisation mondiale du commerce	StR	Ständerat
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OR	Obligationenrecht	T	
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TA	Tribunal administratif
P		TApp	Tribunale d'Appello
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PrHG	Produkthaftpflichtgesetz	U	
Publ.CCSPR	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UE	Union Européenne
PüG	Preisüberwachungsgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Q		URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
R		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	V	
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	W	
RR	Regierungsrat	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
		WuW	Wirtschaft und Wettbewerb

X**Y****Z**

ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Index

- A**
 abgestimmte Verhaltensweise -
 Abrede 433
 Anhörung 443
- B**
- C**
- D**
- E**
 einvernehmliche Regelung 455
- F**
- G**
 geografische Beschränkungen 455
- H**
- I**
 Indizienbeweis -
- J**
- K**
 kollektive Marktbeherrschung 475, 479, 484
 f.
 Kontrolle von Unternehmenszusammen-
 schlüssen 436, 444, 467, 482, 487, 501,
 508, 526
 Koppelungsgeschäft -
- L**
- M**
 marktbeherrschende Stellung 432, 435, 438
 f., 448, 451, 468, 472, 476, 479, 481, 484 f.,
 489 ff., 496, 500, 519 ff., 523, 538
 Marktgegenseite 436 ff., 444 f., 467 f., 471 f.,
 475 f., 478, 481, 487 f., 492 ff., 498 f., 503
 f., 508, 510 f.
- Meldepflicht 466, 471, 492, 497 f., 501, 506,
 524, 525 ff., 532, 534 f., 537
- N**
- O**
- P**
 Parallelverhalten -
- Q**
- R**
 Reduktion der Sanktion 524
- S**
 Submission -
 Submissionskartell -
- T**
- U**
 Untersuchung 435, 440, 442 f., 449, 451, 453,
 455, 513, 517, 538 ff., 546 ff., 557
 unzulässige Wettbewerbsabrede 424
- V**
 vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede
 455
 Veröffentlichung -
 Verschulden 524, 527, 533 f., 536
 vorbehaltene Vorschriften 436, 443, 471
- W**
- X**
- Y**
- Z**