



Recht und Politik des Wettbe- RPW
werbs

Droit et politique de la concur- DPC
rence

Diritto e politica della concor- DPC
renza

1998 / 2

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

© Copyright by:

© Copyright by:

Wettbewerbskommission
CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Commission de la concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Commissione della concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Vertrieb:

Eidgenössische Drucksachen- und Materialzentrale
CH-3000 Bern

Vente:

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

Vendita:

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

Preis Einzelnummer:

Fr. 25.--

Prix au numéro:

Fr. 25.--

Prezzo per esemplare:

Fr. 25.--

Preis Jahresabonnement:

Fr. 80.--

(Form: 701.000.98/2)

Prix de l'abonnement annuel:

Fr. 80.--

Prezzo dell'abbonamento:

Fr. 80.--

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

1998 / 2

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

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

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

Juli / juillet / luglio 1998

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

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice

1998 / 2

B *Verwaltungsrechtliche Praxis*
Pratique administrative
Prassi amministrativa

B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission

Secrétariat de la Commission de la concurrence

Segreteria della Commissione della concorrenza

1. *Vorabklärungen / Enquêtes préalables / Inchieste preliminari* 185

- | | | |
|-----|--|-----|
| 1.1 | Tarifs de la Société vaudoise des régisseurs et courtiers en immeubles et en fonds de commerce | 185 |
| 1.2 | SVIT-Honorarrichtlinien | 189 |
| 1.3 | Ärztliche Notfalldienste in der Stadt Zürich | 198 |
| 1.4 | Association suisse des traducteurs, terminologues et interprètes (ASTTI) | 203 |

B 2 Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence

Commissione della concorrenza

1. *Vorsorgliche Massnahmen / Mesures provisionnelles / Misure cautelari* 206

- | | | |
|-----|--|-----|
| 1.1 | L'association des médecins du canton de Genève | 206 |
|-----|--|-----|

2. *Unternehmenszusammenschlüsse / Concentrations d'entreprises / Concentrazioni di imprese* 214

- | | | |
|-----|--|-----|
| 2.1 | Revisuisse Price Waterhouse / STG-Coopers & Lybrand | 214 |
| 2.2 | Curti & Co. AG / Schweizerische Speisewagen-Gesellschaft Holding | 247 |
| 2.3 | Swisskey AG | 252 |
| 2.4 | Schweizerische Post – BEVO | 265 |
| 2.5 | Schweizerische Post – BEVO – vorzeitiger Vollzug | 268 |
| 2.6 | Thomson SA – Alcatel - Alsthom | 274 |
| 2.7 | Compaq Computer Corporation – Digital Equipment Corporation | 274 |
| 2.8 | Batigroup Holding AG – Stamm-Gruppe | 277 |
| 2.9 | UBS/SBV | 278 |

3. *Stellungnahmen / Préavis / Preavvisi* 320

- | | | |
|-----|--|-----|
| 3.1 | Vernehmlassung zum Elektrizitätsmarktgesetz | 320 |
| 3.2 | Regulativ über die Ausführung der interkantonalen Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel vom 25. Mai 1972 (IKV-Regulativ) und Richtlinien der IKS über die Heilmittelwerbung vom 23. November 1995 (Werbe-Richtlinien) | 326 |
| 3.3 | Projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 mars 1998 | 329 |

3.4	Projet de loi sur les marchés publics du Canton de Neuchâtel du 6 mai 1998	336
C	<i>Zivilrechtliche Praxis</i> <i>Pratique des tribunaux civils</i> <i>Prassi dei tribunali civili</i>	
C 1	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali canonali	
1.1	Zulassung zu einer Messe (Zivilgericht Basel-Stadt)	344
C 2	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
2.1	C. SA c. Neuchâtel	346
D	<i>Entwicklungen</i> <i>Développements</i> <i>Sviluppi</i>	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen Actes législatifs, communications Atti legislativi, comunicazioni	
1.	<i>Erlasse, Bekanntmachungen / Actes législatifs,</i> <i>Communications / Atti legislativi, Comunicazioni</i>	351
1.1	Bekanntmachung „Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen“	351
1.2	Communication “conditions d’admissibilité, conformément à la Loi sur les cartels, d’accords sur l’utilisation de schémas de calcul”	354
1.3	Comunicazione “condizioni per l’ammissibilità, conformemente alla legge sui cartelli, d’accordi sull’utilizzazione di schemi di calcolo”	357
1.4	Kommentar des Sekretariats zur Bekanntmachung „Voraus- setzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen“	359
2.	<i>Bibliographie</i> <i>Publications/Bibliographie</i> <i>Bibliografia</i>	361
E	<i>Diverses</i> <i>Divers</i> <i>Diversi</i>	
1.	<i>Organigramm / Organigramme / Organigramma</i>	

1.1	Organigramm der Wettbewerbskommission	362
1.2	Organigramme de la Commission de la concurrence	363
1.3	Organigramma della Commissione della concorrenza	364

Index (deutsch, français e italiano)

VI-VII

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.** *Tarifs de la Société vaudoise des régisseurs et courtiers en immeubles et en fonds de commerce*

Unzulässige Wettbewerbsabrede, Art. 5 KG

Accord illicite, art. 5 LCart

Accordo illecito, art. 5 LCart

Rapport final du 18 mai 1998 concernant l'enquête préalable selon l'art. 26 LCart sur le cas Tarifs de la Société vaudoise des régisseurs et courtiers en immeubles et en fonds de commerce relatif à de prétendus accords illicites selon l'art. 5 LCart

A. En fait

1. La Commission des cartels a mené sous le régime de l'ancienne loi une enquête sur le marché immobilier. Elle a annoncé qu'un suivi de son enquête aura lieu dans le courant de l'année suivante afin de vérifier si la suppression des sanctions pour non respect des tarifs a bien été appliquée.

2. Le 5 août 1997, le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après secrétariat) procède donc au suivi auprès de diverses sections cantonales et observe que la demande de la Commission des cartels a bien été respectée.

3. L'analyse des statuts de la Société Vaudoise des Régisseurs et Courtiers en Immeuble et en Fonds de Commerce (ci-après SVR) a fait apparaître des tarifs recommandés.

4. Une procédure d'enquête préalable selon l'art. 26 LCart a été ouverte le 7 octobre 1997 à l'encontre de la SVR afin de déterminer s'il existe des indices d'une restriction illicite de la concurrence.

5. Des questionnaires ont été envoyés à des sociétaires de la SVR sur leur pratique tarifaire. Le secrétariat a en outre reçu un nombre important de contrats de gérance et de courtage.

B. En droit

1 Applicabilité des règles matérielles de la LCart

1.1 Entreprise (art. 2 LCart)

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

1.2 Prescriptions réservées (art. 3 LCart)

7. Dans les marchés concernés, il n'existe aucune prescription qui exclut la concurrence. Par ailleurs, les réserves de l'art. 3 al. 1 et 2 LCart n'ont pas été invoquées par les parties.

1.3 Accords en matière de concurrence (art. 4 al. 1 LCart)

8. Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart).

9. Les tarifs de la SVR remplissent les conditions de l'art. 4 al. 1 LCart.

2 Marchés de référence

Un marché de référence a une dimension matérielle (marché des produits) et une dimension territoriale (marché géographique).

a) Marchés des produits

S'agissant des produits, le marché de référence comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (art. 11 al. 3 let. a de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises, OCCE).

10. La SVR est active sur deux marchés distincts: (A) la gérance d'immeubles et (B) le courtage immobilier.

11. (A) La gestion immobilière est un service demandé par les propriétaires immobiliers. Il existe principalement deux groupes de propriétaires: les propriétaires institutionnels (banques, caisses de pension, assurances, etc.) et les propriétaires privés (70-80 % du marché). La gestion immobilière consiste à gérer et à administrer un immeuble locatif pour le compte d'un propriétaire.

12. Les principales tâches d'un gérant d'immeubles sont:

- location des locaux;
- établissement des baux à loyer;
- recherche de concierges;
- entretien des immeubles;
- intervention auprès des locataires;
- commande de combustibles;
- établissement des comptes de chauffage et d'eau.

13. Du fait que tous ces services ne sont pas substituables entre eux, on pourrait considérer des marchés différents pour chacun de ces services. Mais vu que la gérance d'immeubles est un ensemble de services complémentaires demandé comme tel, il convient de définir le marché de la gérance d'immeubles comme un marché unitaire.

14. (B) Le courtage consiste à intervenir comme négociateur entre un vendeur et un acheteur en vue de faire aboutir une vente ou une promesse de vente, ou comme indicateur des amateurs susceptibles d'être intéressés par la conclusion d'un contrat de vente ou d'une promesse de vente.

b) Marché géographique

Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (art. 11 al. 3 let. b OCCE).

15. La gestion immobilière et le courtage tendent à perdre leur dimension régionale (activité de voisinage). Les régisseurs vaudois subissent de plus en plus la concurrence de régisseurs d'autres cantons voire étrangers.

16. Ces régisseurs peuvent être actifs sans avoir de représentation sur le territoire vaudois. Le secrétariat renonce à faire une délimitation géographique précise compte tenu du fait que même avec une délimitation très restrictive (uniquement canton de Vaud), il n'y a pas d'affectation notable de la concurrence (cf. titre III ss).

3 Appréciation selon l'art. 5 LCart des tarifs professionnels

17. Les tarifs professionnels de la SVR tombent sous la présomption de l'art. 5 al. 3 let. b LCart.

3.1 Renversement de la présomption

18. Il n'a pas été possible de déterminer avec précision le pourcentage des gérances immobilières vaudoises membres de la SVR en raison de la diversité de acteurs (cf. point 21). En lieu et place, nous avons cherché à connaître cette proportion pour les 5 plus grandes villes du canton:

Ville	Membres SVR	Non membres SVR	pourcentage
Lausanne	51	43	54 %
Montreux	5	7	41 %
Morges	4	7	36 %
Vevey	7	9	43 %
Yverdon	6	5	54 %
Total	73	71	51 %

19. Il y aurait, dans le canton de Vaud, selon la SVR, 289 sociétés ou raisons individuelles qui auraient la gestion immobilière ou le courtage comme activité principale. Vu que la SVR compte 103 membres, cela signifie que 36 % des acteurs vaudois seraient membres de la SVR. Il faut toutefois mentionner que ce pourcentage ne dit rien sur les parts de marché en valeur pour l'ensemble du secteur en question.

20. L'appréciation de ces pourcentages doit tenir compte des aspects suivants:

- (1) une des plus importante agence immobilière du canton de Vaud, à savoir Bernard Nicod SA, n'est pas membre de la SVR ;
- (2) des agences immobilières étrangères au canton de Vaud sont actives sur le territoire vaudois (autres cantons et étranger) ;

21. Des notaires, fiduciaires, caisses de retraites, assurances et autres administrateurs de biens sont aussi actifs dans la gérance d'immeuble ou l'administration de PPE. Ces acteurs, qui n'ont pas la gérance immobilière ou le courtage comme activité principale, échappent à cette statistique.

22. Les barrières à l'entrée sont faibles car il n'existe pas vraiment de contraintes technologiques, il n'est pas nécessaire d'avoir une importante puissance financière, les barrières légales sont faibles voire inexistantes et la structure de la demande est plutôt atomistique.

23. L'étude d'une cinquantaine de contrats de gérance montre que les honoraires facturés varient entre 2,5% et 5,25% du montant des loyers perçus.

24. Compte tenu des écarts de tarifs importants entre les membres mêmes de la SVR, la présomption de l'art. 5 al. 3 let. b LCart est renversée.

3.2 Pas d'affectation notable de la concurrence

25. Il n'y pas d'affectation notable de la concurrence pour les raisons suivantes:

26. La concurrence actuelle est forte. Cela est à mettre au compte de l'état général du marché de l'immobilier dans le canton de Vaud, du nombre important de concurrents ainsi que de leur excellente substituabilité et de la disparité élevée des tarifs.

27. La concurrence potentielle est forte en raison des barrières à l'entrée faibles. L'entrée sur le marché de nouveaux acteurs venant aussi bien d'autres cantons que de l'étranger ainsi que de nouveaux types d'acteurs (institutionnels par exemple) le prouve.

3.3 Résultat

28. Il n'existe pas d'indice d'une restriction illicite à la concurrence au sens de l'art. 27 LCart.

4 *Appréciation selon l'art. 5 LCart des tarifs de courtage immobilier et en fonds de commerce*

29. Les contrats de courtage présentent une grande diversité, aussi bien sur son montant que sur la méthode de calcul des honoraires (pourcentage ou forfait). L'appréciation des tarifs professionnels s'applique pour le reste *mutatis mutandis* aux tarifs de courtage immobilier et en fonds de commerce.

C. Conclusions

30. 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 n'existe pas d'indice d'une restriction illicite à la concurrence;
2. décide de clore l'enquête préalable sans suite.
3. communique aux parties la clôture de l'enquête préalable.

B 1.1 2. *SVIT-Honorarrichtlinien*

Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG

Accords illicites; art. 5 LCart.

Accordi illeciti; art. 5 LCart.

Schlussbericht vom 28. Mai 1998 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Honorarrichtlinien einzelner Sektionen des Schweizerischen Verbandes der Immobilien-Treuhänder

A. Sachverhalt

1. Die Kartellkommission (seit dem 1. Juli 1996: Wettbewerbskommission) hat gemäss dem alten Kartellgesetz eine Untersuchung auf dem Immobilienmarkt durchgeführt. Als Folge dieser Untersuchung wurde den Sektionen des Schweizerischen Verbandes der Immobilien-

Treuhänder (SVIT) sowie den Sektionen der Union Suisse des professionnels de l'immobilier (USPI) u. a. nahegelegt, die Sanktionen für die Nichtbefolgung der Honorarordnungen aufzuheben (VKKP 3/96, S. 10/11).

2. In der Folge der oben erwähnten Untersuchung wurde angekündigt, dass eine Nachkontrolle erfolgen werde, welche die Auswirkungen einer allfälligen Aufhebung der Sanktionen auf die Wettbewerbssituation in den betroffenen Märkten feststellen soll. Die Nachkontrolle wurde in Form dieser Vorabklärung durchgeführt.

3. Im Vorfeld dieser Vorabklärung wurden die angepassten Sektionsstatuten mit dem Ergebnis überprüft, dass in einzelnen Statuten und in den dazugehörigen Honorarrichtlinien und -ordnungen die Mitglieder noch immer verpflichtet werden, sich an die Tarife zu halten. Die Nichtbeachtung kann zum Ausschluss führen, da das Mitglied damit gegen die Statuten verstösst und dies ein Ausschlussgrund darstellt. Es besteht insofern noch immer eine Sanktionsandrohung.

4. Das Sekretariat hat sich auf eine Analyse der Situation in den Sektionen Bern und Zürich beschränkt, weil diese einerseits ein sehr grosses Gebiet der Deutschschweiz abdecken. Andererseits würde eine Abklärung der Situation in sämtlichen Sektionen den Rahmen einer Vorabklärung sprengen. Die Durchsicht der anderen Sektionsstatuten ergab jedoch, dass, abgesehen von den Sektionen Beide Basel, Solothurn, Ostschweiz und Zentralschweiz, die restlichen Sektionen (Aargau, Graubünden und Tessin) ihre Mitglieder auf ähnliche Weise zur Einhaltung von Tarifen verpflichten.

5. Praktisch gleichzeitig mit der Eröffnung dieser Vorabklärung wurde von der Delegiertenversammlung des SVIT beschlossen, dass zukünftig ein gesamtschweizerischer Leistungsbeschrieb eingeführt werden soll. Gemäss diesem Beschluss sollen auch sämtliche Honorarrichtlinien und Ordnungen durch reine Empfehlungen ersetzt werden. Die Sektionen können diese Empfehlungen nach eigenem Gutdünken den örtlichen Verhältnissen entsprechend ausgestalten, es wird lediglich ein einheitlicher Raster vorgegeben. Gemäss diesem Raster wird dem einzelnen Treuhänder ein relativ grosser Spielraum geboten, innerhalb dessen er sein Honorar festsetzen kann, falls er sich überhaupt an diesen halten will.

6. Grundsätzlich ändert sich durch diesen Beschluss der Delegiertenversammlung nichts an der Ausgangssituation und an der Fragestellung, die dieser Vorabklärung zugrunde liegen. Der Entscheid der Delegiertenversammlung ist lediglich in der Hinsicht von Bedeutung, dass im Falle der Durchführung des Beschlusses in sämtlichen Sektionen die letzten Sanktionierungsmöglichkeiten wegfielen und so der Empfehlung der Kartellkommission schliesslich doch noch Rechnung getragen würde.

7. Ziel dieser Vorabklärung ist es, festzustellen, ob sich aus den Honorarrichtlinien und Honorarordnungen und der Verpflichtung, diese einzuhalten, Hinweise auf eine Beseitigung oder erhebliche Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 KG ergeben.
8. Die Vorabklärung wurde mit Schreiben vom 30. September 1997 eröffnet.
9. Befragt wurden jeweils zehn zufällig aus den aktuellen Mitgliederlisten der SVIT-Sektionen Bern und Zürich ausgewählte Immobilien-treuhänder.
10. Im weiteren wurden mit den Sektionspräsidenten sowie dem Zentralsekretär des SVIT Gespräche geführt.
11. Zusätzlich wurde auch der Schweizerische Hausbesitzer Verein (SHBV) als Vertreter der Marktgegenseite befragt.

B. Erwägungen

1 Anwendbarkeit der materiellrechtlichen Bestimmungen des KG

1.1 Unternehmen (Art. 2 KG)

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

1.2 Vorbehaltene Vorschriften (Art. 3 KG)

13. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG).

14. Im Markt für die Vermittlung von Immobilien kommen das Bundesgesetz vom 12. Juni 1951 über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes (SR 211.412.11) sowie die Bestimmungen der Art. 412-418 des OR über den Mäklervertrag zur Anwendung. Die letztgenannten Bestimmungen sind dispositiver Natur, so dass die Parteien schriftlich oder ausdrücklich von diesen Abweichen können.

15. Diese Vorschriften sind nicht geeignet, den Wettbewerb im Sinne des Kartellgesetzes zu beschränken. Der Vorbehalt von Artikel 3

Absätze 1 und 2 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

1.3 Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG)

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

17. Die Bestimmungen in den Sektionsstatuten (Zürich und Bern), wie sie heute noch gelten, können als rechtlich erzwingbare Vereinbarungen qualifiziert werden. Die Nichteinhaltung der Honorarordnung kann gemäss den Statuten als Verstoss gegen ebendiese betrachtet werden. Ein Verstoss gegen die Statuten, stellt einen Ausschlussgrund dar. Insofern handelt es sich bei der Honorarrichtlinie resp. -ordnung, so wie sie gegenwärtig gilt, um eine rechtlich erzwingbare Vereinbarung.

18. Diese Vorabklärung betrifft grundsätzlich die noch geltenden Regelungen. Die Schlussfolgerungen gelten jedoch auch nach der Umstellung auf Empfehlungen, sofern diese in der Praxis befolgt werden.

19. Die in den Sektionen des SVIT organisierten Immobilientreuhänder sind Unternehmer derselben Marktstufe.

20. Die Honorarordnungen und -richtlinien - aber auch Empfehlungen - sind geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken.

21. Daher handelt es sich bei den Honorarordnungen und -richtlinien um Wettbewerbsabreden im Sinne des KG.

2 Beurteilung nach Artikel 5 KG der Abrede über Tarife für Immobilientreuhanddienstleistungen

22. Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird insbesondere bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG)

23. Die Honorarrichtlinie der SVIT-Sektion Bern und die Honorarordnung der SVIT-Sektion Zürich geben Preise vor, wenn auch im Falle von Zürich mit einem gewissen Spielraum. Es handelt sich bei den Tarifen um Abreden über die direkte Festsetzung von Preisen von Unternehmen, die miteinander im Wettbewerb stehen. Die Mitglieder sind verpflichtet, die Tarife einzuhalten. Als Mittel, den Tarif durchzusetzen, droht zusätzlich die Sanktionierung durch einen Verbandsausschluss.

24. Aus diesen Gründen kommt die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zum Tragen, wonach die Tarife der Sektionen Bern und Zürich wirksamen Wettbewerb beseitigen.

25. Um festzustellen, ob die Abrede den Wettbewerb tatsächlich beseitigt oder allenfalls eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirkt, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen. Der relevante Markt wird für beide Sektionen auf gleiche Weise abgegrenzt.

2.1 Der relevante Markt

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

a) Sachlich relevanter Markt

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

28. Die Marktgegenseite sind natürliche und juristische Personen, die Eigentümer von Liegenschaften oder von Stockwerkeigentum sind. Im Rahmen dieser Vorabklärung hat sich das Sekretariat auf die zwei von der Marktgegenseite am häufigsten nachgefragten Dienstleistungen von Immobilienreuhänder konzentriert: die Vermittlung einerseits und die Verwaltung andererseits. Diese Dienstleistungen sind bezüglich ihrer Eigenschaften abgrenzbar; sie bilden jeweils einen Markt für sich.

I. Vermittlung von Immobilien

29. Die Dienstleistung der Vermittlung von Immobilien beinhaltet im wesentlichen die folgenden Arbeiten:

- Objektaufnahme: Besichtigung, Prüfung der Verkäuflichkeit, Sammeln der Verkaufsunterlagen;
- Erstellen von Verkaufsunterlagen;
- Führen von Verkaufsverhandlungen und deren Abschluss;
- Organisation der Beurkundung und Übergabe des Objekts an einen neuen Eigentümer.

II. Verwaltung von Immobilien

30. Die Verwaltung von Immobilien umfasst im wesentlichen folgende Aufgaben:

- Abschluss und Auflösung von Miet- und Hauswartverträgen;
- Inkasso der Mietzinse und der Nebenkosten;
- Periodische Überprüfung der Mietzinssätze und deren Anpassung unter Berücksichtigung der gesetzlichen Bestimmungen;
- Abschluss von Service- und Versicherungsverträgen sowie Erteilung von Wartungsaufträgen;

- Einkauf von Brennstoffen und Erstellung der Heiz- und Betriebskostenabrechnung;
- Führung der Liegenschaftenbuchhaltung;
- Durchführung der Beschlüsse der Stockwerkeigentümer-Versammlung und Ergreifen besonderer Vorkehren im Fall der Verwaltung von Stockwerkeigentum.

b) Räumlich relevanter Markt

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 lit. b VKU).

32. In der Regel werden beide im vorangehenden Abschnitt abgegrenzten Dienstleistungen bei einem Unternehmen nachgefragt, das in der jeweiligen Region angesiedelt ist. Die Unterscheidung zwischen Vermittlung und Verwaltung ist bei der Abgrenzung des räumlichen Marktes nicht von Bedeutung. In beiden Fällen kann von regionalen Märkten ausgegangen werden.

33. Zwei Tatsachen stützen diese These: Einerseits existieren in der Deutschschweiz und im Tessin neun Sektionen mit unterschiedlichen Honorarordnungen. In den beiden untersuchten Sektionen Bern und Zürich weicht der Tarif für Verwaltungen beispielsweise bis zu 1.5 % (absolut) ab. Alleine daraus kann geschlossen werden, dass es sich bei Immobilientreuhanddienstleistungen um regional relativ geschlossene Märkte handelt.

34. Eine regionale Abgrenzung der Märkte liegt aber auch schon in der Natur der Aufgaben eines Immobilientreuhänders. Zur effizienten Bewirtschaftung der Liegenschaften oder deren Vermittlung bedarf es der Kenntnis kantonal-gesetzlicher Bestimmungen sowie der besonderen regionalen Eigenschaften der Nachfrage- resp. Angebotsstrukturen einer Region.

35. Diese Abgrenzung wird auch durch die Aussagen der befragten Immobilientreuhänder bestätigt. Zumeist handelt es sich um kleine bis mittlere Unternehmen, welche hauptsächlich in einer bestimmten Region tätig sind. Nur selten werden auch Mandate in weiterer Entfernung angenommen. Grössere Immobilientreuhandunternehmen mit einem Filialnetz sind dementsprechend auch in anderen Regionen tätig.

36. Aus diesen Gründen kann man im Rahmen dieser Vorabklärung von denselben räumlichen Märkten ausgehen, wie sie vom SVIT in Form der Sektionen abgegrenzt werden.

2.2 Widerlegung der Vermutung / Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung

a) Aussenwettbewerb

37. Die Untersuchung der Kartellkommission in den Jahren 1993/94 hat ergeben, dass die Immobilientreuhänder über einen hohen Organisationsgrad verfügen: 70 - 90% aller im Immobilienbereich tätigen Unternehmen sind dazumal nach Angaben des Zentralvorstandes Mitglied des SVIT gewesen. Aktuellere Erhebungen ergaben beispielsweise für die Städte Bern und Zürich einen Anteil von ca. 60%. Die Vertreter des SVIT schätzen den Marktanteil, der auf die SVIT-Mitglieder entfällt, auf heute ca. 50-60%. Ein Rückgang des Marktanteils erscheint plausibel, da in der Rezessionsphase viele Architekten neben ihrer eigentlichen Tätigkeit begannen, Immobiliendienstleistungen anzubieten (Aussage des Vertreters des SHBVs). Diese Zahlen belegen, dass Aussenwettbewerb existiert.

38. Neben der horizontalen Konkurrenz durch andere Treuhandbüros und Architekturbüros erwächst den Immobilientreuhändern auch eine Konkurrenz von Unternehmen der nachgelagerten Marktstufe, d.h. durch die Kunden selber: Tendenzen sind beispielsweise in der Waadt feststellbar, gemäss welchen institutionelle Anleger vermehrt ihre relativ grossen Immobilien-Portefeuilles selber bewirtschaften. Vereinzelt sind solche Tendenzen auch in der Deutschschweiz feststellbar. Ob diese auch Immobilien bewirtschaften, die nicht in ihr Portefeuille gehören, ist dem Sekretariat nicht bekannt.

39. Diese Konkurrenz, die den Immobilientreuhändern beispielsweise durch Architekten oder institutionelle Liegenschaftseigentümer erwächst resp. erwachsen kann, deutet auf eine starke aktuelle sowie potentielle Konkurrenz hin, welche die Branche unter einen entsprechenden Wettbewerbsdruck setzt.

b) Innenwettbewerb

40. Im Rahmen der Vorabklärung wurden von den 20 befragten Treuhändern Offerten eingefordert, die das Wettbewerbsverhalten konkret dokumentieren sollten. Die Auswertung der Offerten lässt jedoch aus zwei Gründen keine allgemeingültigen Aussagen zu. Einerseits ist es in der Branche offenbar nicht üblich, schriftliche Offerten zu unterbreiten. Andererseits erhielt das Sekretariat insgesamt nur 56 Offerten, von denen acht nicht ausgewertet werden konnten. Bei den 48 verbleibenden fehlten oftmals wichtige Angaben, die diese erst vergleichbar gemacht hätten.

41. Die Auswertung zeigt jedoch, dass etwa 50% der Offerten individuell gestaltet sind und sich nicht mit der Vorgabe des SVIT decken, sie weichen in einem Rahmen von +/- 1,5% (absolut, relativ: ca. 20-30%) ab. Besonders bei den Offerten der Mitglieder der Sektion Zürich ist feststellbar, dass diese, wenn sie nicht ausserhalb des Tarifs

offerieren, den Spielraum, der ihnen teilweise auch in der geltenden Ordnung geboten wird, ausnützen.

42. Aus den Antworten kann geschlossen werden, dass sich die Mitglieder der Sektionen nicht generell an den Tarif halten. Es kann auch vorkommen, dass Treuhänder noch andere Mandate für einen Kunden übernehmen, die nicht in direktem Zusammenhang mit Immobilien stehen, und die Honorarberechnung für die Gesamtheit dieser Mandate durchgeführt wird. Dass sich die Verbandsmitglieder nicht generell an die Tarife halten, kann auch dadurch belegt werden, dass andere Mitglieder sich teilweise beim Verband (z.B. Sektion Bern) beschwerten, es hielten sich nicht alle an den Tarif. So kann also mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass sich die SVIT-Mitglieder nicht grundsätzlich an den Tarif halten.

c) Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

43. Man kann annehmen, dass der Wettbewerb auf einem bestimmten Markt dann beseitigt ist, wenn weder Innenwettbewerb noch Aussenwettbewerb herrscht. Im vorliegenden Fall existiert jedoch sowohl Innen- als auch Aussenwettbewerb.

2.3 Erheblichkeit

44. Die Literatur ist sich nicht einig, wie die Schwelle der Erheblichkeit bei einer Wettbewerbsabrede zu definieren ist. Bis anhin konnte auch die Praxis noch keine klare allgemeingültige Regel entwickeln, ab wann eine Abrede eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass eine Beschränkung dann unerheblich ist, wenn sie den Wettbewerb im Vergleich zur Situation vor der Abrede nicht in einem für die Marktteilnehmer nennenswerten Ausmass zu beeinflussen vermag. Insbesondere muss für die Nachfrager ein Ausweichen ohne weiteres möglich sein. Nicht an der Abrede Beteiligte sind in ihren Verhaltensweisen nicht in nennenswertem Ausmass eingeschränkt. Dass gleichzeitig noch Innenwettbewerb besteht, ist möglich, aber nicht zwingend.

45. Gemäss Aussagen des Vertreters des Schweizerischen Hausbesitzervereins (SHBV) sind bis dato nie irgendwelche Beschwerden von Mitgliedern eingegangen, die sich durch die Tarife oder Empfehlungen des SVIT in irgendeiner Weise behindert gefühlt haben. Im Gegenteil scheinen die Hausbesitzer sehr zufrieden mit dem Preis / Leistungsverhältnis auf den Märkten für Immobilientreuhanddienstleistungen. Aus der Sicht des SHBV stellt eine Mitgliedschaft im SVIT v.a. die Möglichkeit dar, sich auf dem Markt mit einem Gütesiegel zu positionieren, das einen hohen Qualitätsstandard gewährleistet.

46. Die betrachteten Märkte zeichnen sich, wie ausgeführt, dadurch aus, dass sie einerseits kaum Marktzutrittsschranken kennen und andererseits sehr viele Aussenseiter die erwähnten Dienstleistungen ebenfalls anbieten. Auch innerhalb des Verbandes kann in einem

relativ hohen Masse von Wettbewerb ausgegangen werden. Sicherlich halten sich einige Mitglieder des SVIT teilweise an die Honorarrichtlinien und -ordnungen, Abweichungen kommen jedoch regelmässig vor (vgl. RZ 41). Preisunterbietungen durch andere Mitglieder werden, wie erwähnt, sogar beim Vorstand gerügt und dessen Untätigkeit angesichts der Richtlinienverletzungen als Austrittsgrund angeführt.

47. Neben obenstehenden Erwägungen muss auch der Wettbewerbsdruck durch die potentielle Konkurrenz in die Erheblichkeitsprüfung einbezogen werden. So können grössere institutionelle Liegenschaftseigentümer ohne weiteres die Verwaltung der Immobilien selber übernehmen. Diese Unternehmen sind durch den eigenen Liegenschaftsbesitz nicht auf eine „externe“ Nachfrage angewiesen, damit sich der Aufbau einer eigenen Verwaltung lohnt. „Sunk costs“ existieren in dieser Branche generell kaum, in diesem spezifischen Fall eines Eintritts gar nicht; ein Marktauftritt lohnt sich in dem Moment, da die Selbstkosten für die Bewirtschaftung der eigenen Immobilien tiefer sind als die Honorarforderungen des Treuhänders.

48. Kleineren und mittleren Liegenschaftseigentümern ist die Möglichkeit der Eigenbewirtschaftung ebenfalls nicht genommen. So hat beispielsweise der SHBV ein Handbuch für die Verwaltung von Liegenschaften herausgegeben, das diesen Eigentümern die Selbstverwaltung ermöglichen soll. Die Mitglieder des SHBV machen von dieser Möglichkeit teilweise auch Gebrauch. Mit anderen Worten besteht auch im Kundensegment kleiner und mittlerer Liegenschaftseigentümer potentielle Konkurrenz durch den Kunden selber. Nach Einschätzung des SHBV liegen die Preise für diese Dienstleistungen jedoch im allgemeinen nahe bei der Kostendeckung. Daher machen offenbar nur relativ wenig Eigentümer von Liegenschaften von der Möglichkeit der Eigenbewirtschaftung Gebrauch.

49. Schliesslich sollte bei der Beurteilung der Preisabsprachen im Rahmen des SVIT und deren Auswirkungen auf den Wettbewerb auch die Bedeutung des Preises als Wettbewerbsfaktor betrachtet werden. Typischerweise hängt in Dienstleistungsmärkten die Art und Qualität der Leistung stark vom Leistungserbringer ab. Die Dienstleistung als Gut kann nicht bereits vor der Wahl beurteilt werden, viel wichtiger sind die Reputation und der Bekanntheitsgrad eines Immobilientreuhänders. Daher ist der Preis sicherlich nicht ein dominanter Wettbewerbsfaktor auf diesen Märkten. Dies wird einerseits dadurch bestätigt, dass nur wenige schriftliche Offerten im Rahmen dieser Vorabklärung eingereicht wurden und andererseits durch die Aussagen des SHBV sowie der Vertreter des SVIT, dass Aufträge zumeist via „Mund-zu-Mund-Propaganda“ akquiriert werden.

2.4 Ergebnis

50. Die Tarife des SVIT sind Absprachen i. S. d. Kartellgesetzes. Grundsätzlich sind sie geeignet eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken.

51. Der funktionierende Aussenwettbewerb, die starke potentielle Konkurrenz sowie vorhandener Innenwettbewerb schliessen jedoch sowohl eine Beseitigung als auch eine erhebliche Beschränkung des Wettbewerbs aus.

C. Schlussfolgerungen

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

1. stellt fest, dass keine Anhaltspunkte bestehen, dass die Honorarrichtlinien und -ordnungen sowie die Honorarempfehlungen der Sektionen unzulässige Wettbewerbsabreden über die Festsetzung von Preisen i. S. v. Art. 5 KG sind;
2. beschliesst, die Vorabklärung gemäss Art. 26 KG ohne Folgen einzustellen;
3. teilt dies den Parteien mit.

B 1.1 3. *Ärztliche Notfalldienste in der Stadt Zürich*

Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen; Art. 7 KG.

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

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

Schlussbericht vom 24. Februar 1998 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Ärztliche Notfalldienste in der Stadt Zürich

A. Sachverhalt

1. Art. 12 Abs. 3 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Zürich verpflichtet Staat und Gemeinden, „für eine zweckmässige Organisation der Notfalldienst, wo solche noch nicht bestehen“ zu sorgen. Gestützt auf diese Bestimmung wurde am 2. September 1994 der „Vertrag zwischen der Stadt Zürich und dem Ärzteverband der Bezirke Zürich und Dietikon betreffend den ärztlichen Notfalldienst“ geschlossen.

2. Im bis Ende 1997 geltenden Vertrag verpflichtete sich der Ärzteverband der Bezirke Zürich und Dietikon (Bezirksärzteverband), für die Organisation des Notfalldienstes zu sorgen. Im Gegenzug steuerte das Gemeinwesen 75 % der Betriebskosten für die Telefonzentrale

„Ärztefon“ bei (1996: Fr. 731'441.- wovon die Stadt Zürich einen Anteil von 82.8 % und die übrigen am Vertrag beteiligten Gemeinwesen die verbleibenden 17.2 % übernahmen), publizierte auf eigene Kosten wöchentlich im amtlichen Teil des Zürcher Tagblattes Telefonnummer und Informationen betreffend den Notfalldienst (1996: Fr. 42'238.- für die wöchentliche Publikation im Tagblatt) und übernahm das Inkasso und teilweise auch die Deckung bei Inkassoaussfällen (1996: ca. Fr. 13'000.- für Inkassodeckung).

3. Anschliessende Verhandlungen zwischen dem Bezirksärzteverband und der Stadt Zürich haben zu einer Neuauflage des Vertrags geführt, welche am 1. Januar 1998 in Kraft getreten ist. Im neuen Vertrag beteiligt sich die Stadt Zürich nur noch an den Kosten der Telefonzentrale und wendet dabei den bisherigen Schlüssel für die Verteilung der Kosten (vgl. Ziff. 2). Von der Beteiligung am Inkasso und der Werbung hat sich die Stadt Zürich gänzlich zurückgezogen.

4. Der Notfalldienst des Bezirksärzteverbands besteht im Wesentlichen aus dem „Ärztefon“, d.h. einer Telefonzentrale, bei der Mitarbeiterinnen des Bezirksärzteverbands eine Triage und in beschränktem Masse eine Beratung vornehmen. Der Anrufer wird an seinen Hausarzt bzw. dessen Stellvertreter zurückverwiesen, der gemäss Gesundheitsgesetz und Standesordnung der Ärztegesellschaft des Kantons Zürich (AGZ) für die Notfallversorgung seiner Patienten primär verantwortlich ist. Erst wenn der Hausarzt oder dessen Stellvertreter nicht erreichbar ist oder der Anrufer über keinen Hausarzt verfügt (z.B. Touristen), wird er mit einem diensthabenden Notfallarzt verbunden. Die Ärzte, die Mitglieder der AGZ sind, sind durch Art. 12 der Standesordnung der AGZ verpflichtet, am örtlichen Notfalldienst des betreffenden Bezirksärzteverbands teilzunehmen und gemäss einem Einsatzplan als Notfallarzt zur Verfügung zu stehen.

5. Die SOS Ärzte Turicum AG, Zürich (SOS Ärzte) bietet in der Stadt Zürich nach dem Vorbild von SOS Médecins, Genève, einen Notfalldienst an. Die Leistungen, die SOS Ärzte erbringen, sind aus der Sicht der Patienten mit jenen des Bezirksärzteverbands vergleichbar, wenn auch nicht identisch: Beide bieten Notfallbereitschaft rund um die Uhr an. SOS Ärzte sendet jedoch bei jedem Anruf einen Pikettarzt vor Ort. Auch in organisatorischer Hinsicht unterscheiden sich die beiden Notfalldienste: Während jener des Bezirksärzteverbands im Wesentlichen aus dem „Ärztefon“ besteht, ist SOS Ärzte eine Organisation von Ärzten, die auf Praxisräume verzichten und statt dessen bei Notfällen sofort, respektive bei weniger dringenden Fällen innert zwei Stunden, die Patienten an deren Aufenthaltsort behandeln.

6. SOS Ärzte macht vielfältige Probleme bei der Markteinführung geltend. Sie beklagt insbesondere die angeblich diskriminierende Unterstützung des Bezirksärzteverbandes durch die Stadt Zürich (für die

Telefonzentrale, die Werbung im Tagblatt und die Inkassobeteiligung, vgl. *Ziff. 2*).

7. Zusätzlich macht sie, betreffend ihrem Angebot, die Unzulässigkeit folgender Verhaltensweisen des Bezirksärzteverbandes geltend:

- Behinderung bei der Erlangung der Praxisbewilligung der an SOS Ärzte beteiligten Ärzte.
- Androhung von Disziplinarverfahren und Praxisbewilligungsentzug gegenüber Ärzten, die ihre standesrechtliche Notfalldienstpflicht an Dritte (z.B. SOS Ärzte) abtreten.
- Behinderung bei der Erteilung der Krankenkassenkonkordatsnummern.
- Verhinderung der Telefonbucheintrages unter „Ärztlicher Notfalldienst“ und „Ärzte“.
- Behinderung bei der Erlangung der Spezialparkbewilligung „Arzt im Dienst“.

8. SOS Ärzte fordert die Aufhebung der staatlichen Unterstützung (vgl. *Ziff. 5*) des Bezirksärzteverbandes sowie die Unterlassung der behaupteten Diskriminierungen (vgl. *Ziff. 6*).

9. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission eröffnete am 17. Juli 1997 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 des Kartellgesetzes (KG, SR 251) und stellte dem Bezirksärzteverband, der Ärztegesellschaft des Kantons Zürich, dem Gesundheits- und Umweltdepartement der Stadt Zürich sowie der Direktion des Gesundheitswesens des Kantons Zürich Fragebogen zu.

B. Erwägungen

1 Allgemeine Bestimmungen des KG

1.1 Unternehmen (Art. 2 KG)

10. Laut Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft) vom 23. November 1994 spricht der Geltungsbereich des Gesetzes diejenigen Marktteilnehmer an, die selbständig als Anbieter oder als Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen am Markt auftreten. Diese Marktteilnehmer sind Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes (vgl. BBI 1995 I 533).

1.1.1 Die Stadt Zürich

11. Art. 2 Abs. 1 KG erfasst Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts grundsätzlich gleichermassen. Die Stadt Zürich tritt im vorliegenden Fall jedoch nicht als Unternehmen auf, denn sie beschränkt sich auf die Erteilung von Bewilligungen zur Erfüllung einer übertragenen öffentlichen Aufgabe. Auch was die gestützt auf öffentlich-rechtliche Normen vertraglich geregelte finanzielle Unterstützung betrifft, tritt die Stadt Zürich in Erfüllung öffentlich-

rechtlicher Bestimmungen hoheitlich auf. Sie ist dem Kartellgesetz daher in diesem Falle nicht unterstellt.

1.1.2 Der Bezirksärzteverband

12. Die Ärzte und der Ärzteverband der Bezirke Zürich und Diätikon treten als Anbieter von Dienstleistungen der Notfallversorgung auf. Sie beteiligen sich mit diesen Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess, wobei unerheblich ist, ob ihre Tätigkeit kommerziellen Charakters ist oder nur gemeinnützige Ziele verfolgt. Die Ärzte und der Ärzteverband des Bezirkes Zürich sind daher in jenen Bereichen, in denen sie Notfalldienstleistungen erbringen, als Unternehmen im Sinne des Gesetzes zu qualifizieren.

1.2 Vorbehaltene Vorschriften (Art. 3 KG)

13. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG).

14. Soweit öffentlich-rechtliche Vorschriften wettbewerbles Verhalten und damit die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Kriterien zulassen, ist das KG anwendbar (vgl. Botschaft zum Kartellgesetz; BBl 1995 I 539 f).

a) Kantonale Vorschriften

15. Das kantonalzürcherische Gesetz über das Gesundheitswesen (Gesundheitsgesetz, 810.1) und die Verordnung über die Ärzte (811.11) gehen dem KG vor, soweit sie Wettbewerb nicht zulassen. Art. 12 Abs. 2 des Gesundheitsgesetzes sieht vor, dass primär die Ärzte für die Notfallversorgung ihrer Patienten zuständig sind. Mit Art. 12 Abs. 3 erklärt der kantonale Gesetzgeber die Sicherstellung der ärztlichen Notfallversorgung zur öffentlichen Aufgabe von Staat und Gemeinden.

16. Die kantonalzürcherische Verordnung über die Ärzte nimmt auf den Notfalldienst keinen Bezug. Sie präzisiert mit § 15 nur die Notfalldienstpflicht im Sinne von Art. 12 Abs. 2 des Gesundheitsgesetzes und enthält keine Bestimmungen, die die Organisation der Notfalldienste betreffen. Auch was die neu erlassene und ab dem 1. Juni 1998 in Kraft tretende Verordnung über die Ärztinnen und Ärzte anbelangt, wird auf den Notfalldienst keinen direkten Bezug genommen.

b) Kommunale Vorschriften

17. In Erfüllung der öffentlichen Aufgabe überträgt die Stadt Zürich die Verantwortung für die Organisation eines Notfalldienstes dem Bezirksärzteverband. Im „Vertrag zwischen der Stadt Zürich und

dem Ärzteverband des Bezirkes Zürich betreffend den ärztlichen Notfalldienst“ (Vertrag) formuliert sie die Anforderungen, denen der vom Bezirksärzteverband organisierte Notfalldienst zu entsprechen hat (Bereitschaft rund um die Uhr, Triage bereits durch die Telefonzentrale, usw.), und verpflichtet sich im Gegenzug zur finanziellen (Übernahme eines grossen Teils des Betriebsaufwandes der Telefonzentrale) Unterstützung des Notfalldienstes. Eine Notfalldienstkommission, zusammengesetzt aus Vertretern der Gemeinde und des Bezirksärzteverbandes, übt die Aufsicht über den Notfalldienst aus.

c) Reichweite des Anwendungsvorbehalts von Art. 3 Abs. 1 KG

18. Im Rahmen der durch das Gesundheitsgesetz und den Vertrag an den Bezirksärzteverband übertragenen Aufgaben und der dafür zugesprochenen Unterstützung greift der Anwendungsvorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG. Der Umstand, dass die Stadt Zürich den Bezirksärzteverband mittels eines *Vertrages* mit besonderen Rechten ausstattet, schliesst die Qualifikation des Vertrags als *Vorschrift* im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG nicht aus. Mit dem Vertragsschluss zielt die Stadt Zürich auf die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe, die ihr durch Art. 12 Abs. 3 des Gesundheitsgesetzes übertragen wurde. Dabei bewegt sie sich durchaus im Rahmen der Vorgaben des kantonalen Gesundheitsgesetzes.

19. Die vorgeworfenen Verhaltensweisen des Bezirksärzteverbandes können folglich gemäss KG nicht überprüft werden, auch wenn sie über die Gesetzesgrundlagen betreffend den ärztlichen Notfalldienst hinausgehen würden.

20. Eine Überprüfung der Verhaltensweisen gemäss den materiellen Bestimmungen des KG ist folglich ausgeschlossen.

21. Eine andere Frage ist, ob die Stadt Zürich die Übertragung der öffentlichen Aufgabe des Notfalldienstes im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung vergeben müsste, so dass eine öffentliche Beschaffung im Sinne von Art. 5 BGBM vorliegen würde. Diese Frage könnte allenfalls in einem separaten Verfahren auf Erlass von Empfehlungen zuhanden der Kantone oder Gemeinden geprüft werden.

C. Schlussfolgerungen

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

1. stellt fest, dass

- die Unterstützung des Bezirksärzteverbandes und dessen Notfalldienstzentrale „Ärztefon“ durch die Stadt Zürich der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe entspricht.
- der „Vertrag zwischen der Stadt Zürich und dem Ärzteverband der Bezirke Zürich und Dietikon betreffend den ärztlichen Notfall-

dienst“ in Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe geschlossen wurde und er weder über die Vorschriften des Gesundheitsgesetzes und der Verordnung über die Ärzte hinausgeht noch ihnen widerspricht.

- Für die Verhaltensweisen des Bezirksärzterverbandes der Anwendungsvorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG greift.
2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen.
 3. beschliesst, in einem neuen Verfahren die Vergabe der öffentlichen Aufgabe bezüglich ihrer Konformität zu den Bestimmungen des Binnemarktgesetzes zu überprüfen.
 4. teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.

B 1.1 **4. *Association suisse des traducteurs, terminologues et interprètes (ASTTI)***

Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG

Accords illicites; art. 5 LCart.

Accordi illeciti; art. 5 LCart.

Rapport final du 10 juin 1998 concernant l'enquête préalable selon l'art. 26 LCart sur le cas Association suisse des traducteurs, terminologues et interprètes (ASTTI)

A. En fait

1. Le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le secrétariat) a été informé de la décision rendue le 14 mars 1997 par la Federal Trade Commission des Etats-Unis d'Amérique confirmant en substance l'illicéité d'un certain nombre d'accords sur les prix adoptés par l'Association Internationale des Interprètes de Conférence (AIIC), ayant siège à Genève.

2. Le secrétariat a décidé d'examiner la politique appliquée en matière de prix sur le marché des interprètes et des traducteurs en Suisse. Pour ce faire, il a fait parvenir le 10 avril 1997 un questionnaire à trois associations professionnelles, à savoir:

- l'Association Internationale des Interprètes de Conférence (ci-après: l'AIIC);
- l'Association d'Interprètes et de Traducteurs (ci-après: l'AIT);
- l'Association Suisse des Traducteurs, Terminologues et Interprètes (ci-après: l'ASTTI).

3. Ces trois associations ont répondu au questionnaire et y ont joint leurs statuts. Sur la base des informations recueillies, le secrétariat a constaté:

- qu'en vertu de l'article 6 chiffre 3 des statuts de l'ASTTI, les membres étaient tenus de respecter les règlements, en particulier le règlement tarifaire;
 - qu'une disposition presque similaire figurait au chiffre 6 des statuts de l'AIT, lequel disposait qu'en entrant dans l'association, un nouveau membre s'engageait à adhérer aux statuts et à respecter les tarifs minimaux.
4. Ces dispositions pouvant entrer dans le champ d'application de l'art. 5 LCart, le secrétariat a décidé d'ouvrir une enquête préalable, conformément à l'art. 26 LCart, afin de déterminer s'il existait des indices de restriction à la concurrence. Il en a informé l'AIT et l'ASTTI par courrier du 3 septembre 1997.
5. Pour des motifs liés à l'indépendance juridique des deux associations concernées, le présent rapport final ne concerne que l'ASTTI, le cas de l'AIT faisant l'objet d'un rapport final séparé.
6. L'ASTTI a joint à sa réponse du 17 octobre 1997 son tarif minimum pour traductions, servant de base pour le calcul des honoraires, soit:
- *entre 3 et 4 francs la ligne de 50 à 60 frappes pour traductions documentaires et textes simples et entre 4 et 8 francs pour les textes spécialisés;*
 - *tarif horaire de 100 francs au bureau et de 120 francs à l'extérieur;*
 - *supplément pour textes "ralentisseurs" de 25% à 50%;*
 - *supplément pour travaux urgents (nuits et jours fériés) de 25% à 100%;*
 - *minimum par travail de 50 francs.*
7. Par courrier du 28 janvier 1998, le secrétariat a suggéré à l'ASTTI, sur la base de l'art. 26 al. 2 LCart, d'adapter son tarif minimum pour traductions ainsi que ses statuts, afin de les rendre conformes à la LCart.
8. Le 12 mai 1998, l'ASTTI a informé le secrétariat que lors de sa séance du 9 mai 1998, son assemblée générale avait accepté de modifier ses statuts, ses tarifs ainsi que son code de déontologie afin de supprimer tout tarif minimum pour des travaux de traduction ayant un effet contraignant sur ses membres. Elle a joint à son courrier la nouvelle teneur de ses statuts de même qu'un exemplaire du "Tarif conseillé pour traductions" qui remplace dorénavant son tarif minimum.
9. Le secrétariat a attendu d'avoir connaissance de ces derniers éléments pour clore l'enquête préalable.

B. En droit

1 Application des règles matérielles de la LCart

1.1 Entreprise (art. 2 LCart)

10. Selon le Message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence du 23 novembre 1994 (Message), la loi sur les cartels s'applique à toute entreprise, c'est-à-dire à tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (FF 1995 I 533). Compte tenu de l'activité déployée par les membres de l'ASTTI, ils doivent être qualifiés d'entreprises, au sens de la LCart, qui dans le cadre de l'association, ont conclu un accord en matière de prix.

11. Dans les marchés concernés, il n'existe aucune prescription qui exclut la concurrence. Par ailleurs, les réserves de l'art. 3 al. 1 et 2 LCart n'ont pas été invoquées par les parties.

1.2 Accords en matière de concurrence (art. 4 al. 1 LCart)

12. Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart).

13. En l'espèce, il appert que le règlement tarifaire de l'ASTTI a un caractère contraignant pour les membres de ladite association, puisque les statuts leur enjoignent de le respecter. De surcroît, le fait d'imposer des prix minimaux en matière d'honoraires pour des travaux de traduction a bien évidemment pour conséquence de limiter la concurrence potentielle entre traducteurs. Il en découle qu'il doit être considéré comme un accord en matière de concurrence, au sens de l'art. 4 al. 1^{er} LCart.

2 Appréciation des tarifs selon l'art. 5 LCart

14. En vertu de l'art. 5 al. 3 LCart, les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites. Sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace dans la mesure où ils réunissent des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes, les accords qui fixent directement les prix (art. 5 al. 3 let. a LCart).

15. Les statuts et le code de déontologie de l'ASTTI ont été modifiés et approuvés par décision formelle de son assemblée générale du 9 mai 1998 et son tarif litigieux modifié en conséquence. La question de l'illicéité de cet accord est ainsi devenue sans objet.

C. Conclusions

16. 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** que l'ASTTI a modifié ses statuts, son code de déontologie ainsi que son règlement tarifaire de sorte qu'il n'existe plus d'indices de restrictions à la concurrence;
2. **décide** de clore l'enquête préalable sans suite à l'encontre de l'ASTTI et en informe les parties.

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

B 2 **1. Vorsorgliche Massnahmen**
Mesures provisionnelles
Misure cautelari

B 2.1 **1. L'association des médecins du canton de Genève**

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

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

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

Décision de la Commission de la concurrence du 4 mai 1998 sur mesures provisionnelles déposées par l'association des médecins du canton de Genève (ci-après: AMG)

A. EN FAIT

1. Par courrier du 16 mars 1998, l'AMG a déposé une demande adressée à l'autorité de céans portant les conclusions suivantes:

- a) *"préalablement, prendre des mesures provisionnelles visant à suspendre l'effet de la convention et imposer le retour à l'utilisation du tarif-cadre J3 05 12, conformément à l'application des articles 18 LCart et 56 LPA;*
- b) *principalement, ouvrir une enquête visant à établir dans quelle mesure l'octroi de subventions cantonales aux HUG est susceptible*

de fausser la concurrence que son secteur ambulatoire peut faire à l'ambulatoire privé, conformément à l'art. 27 LCart;

- c) enjoindre le Conseil d'administration des HUG et son partenaire, la FGAM, de rapporter le cas échéant la convention qu'ils ont signée;*
- d) émettre toute recommandation utile à l'intention des autorités cantonales et des HUG quant aux problèmes liés aux subventions croisées dans le domaine des traitements ambulatoires des HUG conformément à l'art. 45 LCart;*
- e) considérer l'AMG comme partie et lui permettre de participer à l'enquête au sens de l'art. 43 al. 1^{er} let. b LCart".*

2. Faute de convention tarifaire conclue entre les assureurs-maladie et les HUG, les prestations ambulatoires fournies par ces derniers étaient facturées par application analogique du tarif-cadre édicté par le Conseil d'Etat, s'appliquant aux médecins privés genevois pour leurs prestations en matière de soins ambulatoires.

3. Par la suite, une convention portant sur les traitements et les examens ambulatoires, ainsi que sur les interventions de chirurgie ambulatoire a été signée le 18 décembre 1997 entre les HUG et la FGAM. Elle a été approuvée par le Conseil d'Etat, conformément à l'art. 46 al. 4 LAMal. Cette nouvelle convention se réfère au Catalogue des prestations hospitalières (CPH) appliqué par la majorité des hôpitaux universitaires de Suisse, en se basant sur une valeur du point de fr. 4.--. Elle introduit la notion d'une rémunération au temps pour la chirurgie ambulatoire alors que le tarif-cadre se réfère à une rémunération à l'acte.

4. L'AMG allègue qu'une telle rémunération n'est possible que par le biais des subventions prévues par la LAMal, destinées uniquement aux traitements hospitaliers. Elle expose également qu'en l'absence de comptabilité analytique pourtant exigée par la LAMal, il n'est pas possible de déterminer l'affectation de l'ensemble des subventions octroyées aux HUG.

5. Selon l'AMG, la convention affecterait de manière notable la concurrence sur le marché des prestations médicales ambulatoires, dans la mesure où elle fixe le coût obligatoire des prestations à un niveau impossible à atteindre par la médecine privée non subventionnée.

6. Le secrétariat de la Commission de la concurrence a fait savoir à l'AMG le 20 mars 1998, que sa requête de mesures provisionnelles n'était pas suffisamment motivée et lui a imparti un délai pour y re-

médier. Cette dernière y a donné suite par courrier du 26 mars 1998. Elle a motivé sa requête comme suit:

- a) l'usage des subventions permet aux HUG de réduire artificiellement leurs coûts. Cette réduction ne correspond à aucun des motifs de justification économique énumérés à l'art. 5 al. 2 LCart et engendre une situation de concurrence déloyale. Qui plus est, la conclusion de la convention correspond à une discrimination en matière de prix de même qu'à une sous-enchère (art. 7 let. b et d LCart). Les chances de succès quant au fond sont ainsi données;
- b) le dommage résulte d'un déplacement des patients de l'ambulatorio privé en direction de l'ambulatorio hospitalier. Il y a notamment un risque que les assureurs incitent leurs assurés à se faire soigner en ambulatorio hospitalier, moyennant une diminution des primes et que les assureurs se basent sur la convention lors de la conclusion d'accords futurs avec les médecins privés;
- c) les arguments développés ci-dessus démontrent l'urgence de mesures provisionnelles;
- d) au 1^{er} janvier 1999, les HUG seront équipés d'une comptabilité analytique leur permettant d'évaluer l'ensemble de leurs coûts. La convention litigieuse est donc prématurée et crée une pression insupportable sur les patients et médecins de Genève.

7. Par lettre du 27 mars 1998, le secrétariat a invité le Conseil d'Etat, les HUG ainsi que la FGAM à se prononcer jusqu'au 9 avril 1998 sur la requête de mesures provisionnelles. Sur demande des intimés, le délai a été prolongé jusqu'au 16 avril 1998.

8. Dans leur réponse du 14 avril 1998, le Conseil d'Etat et les HUG allèguent que les prestations fournies par ces derniers en matière de soins ambulatoires sont énumérées par la loi genevoise sur les établissements publics médicaux et qu'elles sont dès lors complémentaires à celles des médecins privés. Ils affirment que les subventions financent pour l'essentiel l'activité déployée dans le secteur des soins hospitaliers. De surcroît, si une partie des subventions profite au secteur ambulatoire, elle concerne exclusivement la recherche et l'enseignement, ce qui est autorisé en vertu de la législation cantonale.

9. Ils concluent:

- a) principalement, à déclarer la requête de mesures provisionnelles irrecevable, pour trois motifs:

- la Commission de la concurrence ne peut prendre de mesures provisionnelles que sur la base d'une décision formelle d'ouverture d'enquête;
 - il faut éviter de créer un conflit positif de compétence, étant donné que l'AMG a formé un recours auprès du Conseil fédéral le 25 mars 1998. L'autorité de céans doit ainsi s'abstenir de statuer au profit de l'exécutif fédéral;
 - une interprétation historique, littérale, systématique et téléologique de la LCart a pour conséquence que la Commission de la concurrence n'est pas habilitée à prendre des mesures provisionnelles;
- b) subsidiairement, au rejet de la requête. Ils affirment en substance que les conditions matérielles ne sont en l'espèce pas réalisées;
- c) à mettre les frais et dépens de la procédure à la charge de l'AMG.
10. Quant à la FGAM, elle a pris position le 15 avril 1998, relevant:
- a) que la convention litigieuse répond au principe de la concurrence introduit par la LAMal visant une baisse, sinon une maîtrise des coûts de la santé;
 - b) que des mesures provisionnelles ne peuvent pas être ordonnées, la violation du droit prétendument protégé n'ayant pas été rendue vraisemblable par l'AMG et le dommage n'ayant pas été établi;
 - c) que la requête doit être rejetée.

B. EN DROIT

Quant à la forme

11. En premier lieu, il sied de se pencher sur la question de la compétence de l'autorité de céans pour statuer sur des mesures provisionnelles, qui est contestée par les intimés 1 et 2. Selon l'art. 7 LPA qui reprend un principe général de procédure, l'autorité examine d'office si elle est compétente.

12. Les intimés 1 et 2 dénie à l'autorité de céans la compétence de prendre des mesures provisionnelles. Il est vrai que la LPA ne comporte des règles sur les mesures provisionnelles que dans la procédure contentieuse (art. 56 LPA). Mais la doctrine dominante est d'avis que l'on est en présence d'une lacune qu'il convient de combler en admettant que des mesures provisionnelles puissent être prises en première instance (Häner, Die vorsorglichen Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, in Revue de droit suisse,

1997, vol. II, p. 313 ss; Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich, 1993, ch. 146). La compétence de l'autorité de céans a été reconnue par la Commission de recours pour les questions de concurrence (cf. notamment la décision rendue le 6 novembre 1997, Droit et politique de la concurrence [DPC] 1997/4 p. 602 ss), de même que par le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 3 novembre 1997, DPC, 1997/4, p. 618 ss. Il sied également de préciser qu'en vertu de l'art. 18 al. 3 LCart, la Commission de la concurrence prend toutes les décisions qui ne sont pas expressément réservées à une autre autorité.

13. Toutefois, la Commission de la concurrence n'entre pas en matière si le dépôt d'une requête de mesures provisionnelles n'est pas justifié par un intérêt public. Il faut en effet tenir compte du fait que la LCart prévoit expressément une procédure civile destinée à défendre les intérêts (privés) des requérants, y compris en ce qui concerne l'ordonnance de mesures provisionnelles (art. 17 LCart ; cf. DPC, 1997/4, p. 607s.). Dans le cas présent, cette question peut demeurer ouverte.

14. Les intimés 1 et 2 arguent que la Commission de la concurrence devrait s'abstenir de statuer dans le cas d'espèce, afin d'éviter un conflit positif de compétence "*qui nuirait gravement à la sécurité du droit*". En effet, un recours a été déposé par la requérante le 25 mars 1998 auprès du Conseil fédéral, concluant à titre préalable à accorder l'effet suspensif audit recours. Les griefs soulevés devant le Conseil fédéral concernent essentiellement la LAMal (en particulier l'art. 43), alors que le présent litige porte sur des questions de concurrence. Dès lors, l'objet du litige n'est pas identique à celui pendant devant le Conseil fédéral. Les arguments invoqués dans la présente procédure par la requérante doivent être traités séparément de ceux soulevés devant le Conseil fédéral, faute de quoi le principe de l'indépendance des autorités respectives serait bafoué. Le grief invoqué par les intimés 1 et 2 doit donc être rejeté.

15. Les mêmes intimés allèguent qu'en l'absence d'une décision formelle sur l'ouverture d'une enquête, dûment publiée, la Commission de la concurrence ne peut pas décréter de mesures provisionnelles. Certes, selon l'art. 28 al. 1^{er} LCart, l'ouverture d'une enquête est annoncée par publication officielle. Toutefois, cette publication a pour but de renseigner les tiers sur l'ouverture d'une enquête et de leur donner ainsi la possibilité d'y participer (Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 23 novembre 1994, p. 123). La publication ne constitue donc en aucun cas un moyen indispensable pour notifier une ouverture d'enquête aux parties concernées. Au demeurant, l'alinéa 3 de l'art. 28 LCart précise que l'absence de publication ne fait pas obs-

tacle à la poursuite de l'enquête. L'argumentation du Conseil d'Etat de la République et du Canton de Genève et des hopitaux universitaires de Genève sera par conséquent rejetée.

16. Il découle de ce qui précède que la Commission de la concurrence est compétente pour statuer sur la présente requête de mesures provisionnelles.

Quant au fond

17. Les mesures provisionnelles sont des dispositions qui sont prises au commencement d'une procédure cartellaire ou durant celle-ci. Matériellement, elles ont pour but de régler provisoirement une situation jusqu'à l'achèvement de la procédure principale. Formellement, il s'agit d'une décision incidente qui est l'aboutissement d'une procédure sommaire. L'état de fait n'est donc pas fixé une fois pour toutes et les questions de droit ne trouvent pas une réponse définitive (cf. également Häner, op. cit., p. 264). Pour cette raison, seules les conclusions de la requérante sur la prise de mesures provisionnelles font l'objet de la présente décision.

18. Les mesures provisionnelles seront ordonnées si les conditions suivantes sont cumulativement remplies: (a) la requête au fond ne doit pas apparaître d'emblée dénuée de toutes chances de succès; (b) le requérant doit subir un préjudice difficilement réparable; (c) la mesure doit être dictée par l'urgence et finalement, (d) elle doit être proportionnelle.

a) Pronostic favorable

19. Dans le cadre du pronostic favorable, il convient d'examiner s'il existe une vraisemblance que les restrictions à la concurrence soulevées dans la requête existent ou se réalisent et que les mesures provisionnelles seront confirmées par la décision finale.

20. Le prononcé de mesures provisionnelles est soumis à l'exigence de la vraisemblance des faits allégués par la partie requérante, lesquels doivent être de nature à justifier une prétention. La vraisemblance, qui se situe entre la certitude fondée sur des preuves et la simple allégation (Pelet, Mesures provisionnelles: droit fédéral ou cantonal?, Lausanne, 1987, p. 175-176) n'est qu'une probabilité; en d'autres termes, rendre vraisemblable ne signifie pas convaincre le juge de l'exactitude des allégations, mais lui donner l'impression, par des indices objectifs, d'une certaine probabilité, quand bien même l'hypothèse inverse ne pourrait pas être écartée (ATF 104 Ia 408 c. 4).

21. La requérante fait valoir que la convention litigieuse devrait avoir pour conséquence une baisse des recettes de l'ambulatoire hos-

pitalier de plus de 20%, montant qui ne pourrait être compensé que par une augmentation des subventions allouées aux HUG. En l'état, la requérante ne justifie pas ce chiffre. Il est pour l'heure hypothétique. Toutefois, il existe un risque que les patients de soins ambulatoires désertent les cabinets privés au profit des hôpitaux subventionnés, d'où bien évidemment un manque à gagner pour les praticiens privés. Quant à savoir si ce qui précède constitue une atteinte notable à la concurrence, selon l'art. 5 al. 1^{er} LCart, la Commission de la concurrence se doit d'examiner le fondement de la prétention avancée. Par conséquent, l'autorité de céans peut prendre en considération, pour admettre ou rejeter les mesures sollicitées, la possibilité d'issue favorable de l'action. Cette condition ne saurait être soumise à des exigences trop sévères.

22. Compte tenu du but assigné à la procédure de mesures provisionnelles, il appartient à la Commission de la concurrence d'examiner la prétention d'une manière provisoire et sommaire. En l'espèce, il peut paraître vraisemblable, bien que difficilement rapportable, que les HUG utilisent des subventions dans le cadre des soins ambulatoires. Toutefois, il n'est pas moins vraisemblable que les HUG puissent effectivement couvrir le coût de l'ambulatoire au moyen de leurs recettes. En outre, il est plausible que la conclusion de la convention litigieuse a pour effet de favoriser la concurrence en matière de soins ambulatoires. Vu ce qui précède et compte tenu du fait que les autres conditions matérielles pour l'octroi de mesures provisionnelles ne sont manifestement pas remplies, comme cela sera démontré ci-dessous, la question de savoir si le pronostic favorable est réalisé peut demeurer ouverte.

b) Préjudice difficilement réparable

23. L'intérêt principal protégé par la LCart est la concurrence efficace. Il convient d'examiner si elle est menacée par un dommage difficilement réparable. Le préjudice que le demandeur subirait s'il devait attendre la décision finale doit également être pris en compte. En outre, un lien de causalité doit exister entre le dommage et la restriction présumée.

24. Le dommage est difficilement réparable notamment lorsqu'il est essentiellement immatériel, ou risque d'être malaisé à chiffrer ou à prouver, ou si la solvabilité du cité semble douteuse (114 II 368 c. 2a). Le préjudice est difficile à chiffrer en particulier lorsque le requérant risque de perdre une partie de sa clientèle ou de voir d'une manière ou d'une autre sa position économique affaiblie; il est également difficile à compenser lorsque le dommage causé ne pourra pas être réparé, ainsi lorsqu'il est porté atteinte à la réputation du requérant, de ses produits ou de ses services (Pelet, op. cit., p. 175-176).

25. La requérante suppose que les assureurs inciteraient leurs clients à conclure une assurance-maladie offrant un choix réduit de fournisseurs de soins et à avoir recours systématiquement à l'ambulatorio des hôpitaux, plus avantageux que celui du secteur privé.

26. En l'espèce, il apparaît que les allégués de la requérante sont fondés sur de simples suppositions. Rien ne permet en effet d'affirmer que les assureurs genevois inciteraient leurs clients à conclure une assurance offrant un choix réduit de fournisseurs de prestations et à avoir recours systématiquement à l'ambulatorio de l'hôpital, plus avantageux que celui du secteur privé. Certes, s'il est envisageable que les assureurs s'empresseraient d'offrir de nouveaux contrats comportant de telles clauses, il n'en demeure pas moins que leur succès semble mitigé.

27. D'ailleurs, le Conseil d'Etat de la République et du Canton de Genève et les hôpitaux universitaires de Genève affirment que les prestations fournies par les HUG sont complémentaires à celles des médecins privés: *"les HUG s'occupent des urgences et des diagnostics qui nécessitent le recours à une équipe universitaire, de la prise en charge médicale des cas qui ne peuvent pas être traités en ville à cause de leur extrême difficulté, d'analyses et de traitements spécifiques offerts par les HUG. Ceux-ci ont également pour mission d'accueillir des personnes marginalisées, sans ressources ou nécessitant une prise en charge tant sociale que clinique"*.

28. Il n'est pas possible à l'autorité de céans de déterminer dans le cadre de la présente procédure s'il appert que les prestations ambulatoires fournies par les hôpitaux sont complémentaires à celles prodiguées par les praticiens privés. Il en va de même s'agissant de déterminer si elles sont nettement plus avantageuses que celles des médecins privés.

29. Aux yeux de la Commission de la concurrence, une diminution hypothétique des revenus de 10%, telle qu'invoquée par la requérante, ne saurait en aucun cas être suffisante pour justifier l'octroi de mesures provisionnelles.

30. Il en découle que l'éventualité d'un dommage subi par la requérante n'est pas établie de sorte que l'exigence d'un préjudice difficilement réparable n'est pas réalisée.

c) Urgence

31. Qui plus est, des mesures provisionnelles ne peuvent être ordonnées qu'en cas d'urgence. Or, rien ne laisse apparaître, dans le cas présent et vu ce qui précède, qu'il soit vraisemblable qu'un préjudice intervienne avant la décision finale. Il semble pour le moins douteux

que la requérante subisse un dommage immédiat, qu'en d'autres termes, les assurés répondent favorablement et sans délai à une éventuelle incitation des assureurs à avoir recours à l'ambulatoire de l'hôpital, d'autant plus que des délais de résiliation doivent être respectés en cas de modifications contractuelles.

d) Proportionnalité

32. Le dommage n'étant pas admis (cf. ci-dessus ch. 30), il n'y a pas lieu de procéder à l'examen de la proportionnalité.

Au vu de ce qui précède, la requête de mesures provisionnelles doit être rejetée.

C. FRAIS DE PROCEDURE

33. En vertu des art. 2 et 5 al. 1^{er} de l'ordonnance sur la perception d'émoluments dans la loi sur les cartels, celui qui occasionne une procédure administrative est tenu de s'acquitter des émoluments et des débours.

D. CONCLUSIONS

Par ces motifs,

la Commission de la concurrence

1. Rejette la requête, dans la mesure où elle est recevable.
2. [frais de la procédure]
3. [recours]

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

B 2.2 **1. Revisuisse Price Waterhouse / STG-Coopers
& Lybrand**

Prüfungsverfahren; Art. 33 KG.

Procédure d'examen; art. 33 LCart.

Procedura d'esame; art. 33 LCart.

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 20. April 1998
betreffend das Zusammenschlussvorhaben Revisuisse Price Waterhouse / STG-Coopers & Lybrand*

1 Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 3. November 1997 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Unternehmen Revisuisse Price Waterhouse AG, Zürich, (nachfolgend: RPW) und STG-Coopers & Lybrand Holding AG, Basel, (STG-C&L) zu fusionieren.
2. RPW ist ein Unternehmen schweizerischen Rechts, das in den weltweiten Verbund von Price Waterhouse (PW) eingebunden ist. Gemessen an den Honorareinnahmen ist RPW hinter ATAG Ernst & Young (ATAG E&Y) und STG-C&L das drittgrösste Wirtschaftsprüfungs- und Wirtschaftsberatungsunternehmen der Schweiz. RPW beschäftigte 1996 rund 950 Mitarbeiter und verfügt über 14 Geschäftsstellen und mehrere Tochtergesellschaften in der Schweiz.
3. STG-C&L ist ebenfalls ein Unternehmen schweizerischen Rechts, das mit anderen nationalen Coopers & Lybrand Gesellschaften einen weltweiten Verbund bildet (Coopers & Lybrand International (C&L)). Gemessen an den Honorareinnahmen ist es das zweitgrösste Wirtschaftsprüfungs- und Wirtschaftsberatungsunternehmen der Schweiz und gehört damit mit ATAG E&Y, KPMG Fides Peat (KPMG) und RPW zu den sogenannten „Big Four“. STG-C&L beschäftigte 1996 rund 1600 Mitarbeiter und weist 16 Geschäftsstellen und eine Vielzahl von Tochterunternehmen in der Schweiz auf.
4. Beide Unternehmen sind in den Bereichen Revision, Steuer- und Rechtsberatung, Unternehmensberatung, „Corporate Finance“ und Treuhand tätig.

2 Das Verfahren

5. Am 3. November 1997 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über das Zusammenschlussvorhaben erhalten.
6. An ihrer Plenarsitzung vom 1. Dezember 1997 hat die Kommission entschieden, das Zusammenschlussvorhaben einer vertieften Prüfung gemäss Art. 33 KG zu unterziehen.
7. Im Laufe der Prüfung wurde neben den Parteien eine grosse Anzahl von Marktteilnehmern zum Zusammenschluss befragt. Zu nennen sind insbesondere die Konkurrenten der Parteien, die Nachfrager von Revisionsdienstleistungen, aber auch die Eidgenössische Bankenkommision (EBK) und das Bundesamt für Privatversicherungswesen (BPV).
8. Die Parteien nahmen ein erstes Mal am 22. Januar 1998 Einsicht in die Verfahrensakten. Ein weiteres Mal wurde am 18. Februar 1998 Akteneinsicht gewährt.
9. Eine vorläufige Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens wurde den Parteien am 18. Februar 1998 zur Stellungnahme zugesandt. Die Wettbewerbskommission kam in dieser Beurteilung zum vorläufigen

Ergebnis, dass der Zusammenschluss nur zugelassen werden könnte, wenn geeignete strukturelle Änderungen am Fusionsvorhaben vorgenommen würden.

10. Mit Eingabe vom 26. Februar 1998 teilten die Parteien mit, dass sie innerhalb der gesetzlichen Prüfungsfrist keine Auskünfte über all-fällige strukturelle Änderungen am Zusammenschlussvorhaben erteilen könnten, da solche Änderungen der internationalen Koordination bedürftigen und noch nicht klar sei, ob und allenfalls welche strukturellen Änderungen die Behörden der Europäischen Union verlangen würden.

11. Weil verspätete Auskünfte der Parteien eine fristgerechte Durchführung der Prüfung verunmöglichen, verfügte die Wettbewerbskommission am 2. März 1998 gestützt auf Art. 33 Abs. 3 und 34 KG eine Fristverlängerung für das Prüfungsverfahren bis zum 31. Mai 1998.

12. Die Parteien reichten ihre Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens am 20. März 1998 ein.

13. Aufgrund der Eingabe der Parteien versandte das Sekretariat der Wettbewerbskommission weitere Fragebogen an Marktteilnehmer und gewährte den Parteien am 1. April 1998 auch Einsicht in diese Akten.

14. Die Wettbewerbskommission hörte die Parteien am 6. April 1998 an.

15. Die Wettbewerbskommission entschied aufgrund der vorliegenden Stellungnahme am 20. April 1998, dass das Zusammenschlussvorhaben ohne Bedingungen und Auflagen zuzulassen sei.

3 Unterstellung unter das Kartellgesetz

3.1 Unternehmen (Art. 2 Abs. 1 KG)

16. Laut Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft) vom 23. November 1994 spricht der Geltungsbereich des Gesetzes diejenigen Marktteilnehmer an, die – sei es als Anbieter oder Nachfrager – selbständig als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Markt auftreten. Diese Marktteilnehmer sind Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes (vgl. BBl 1995 I 533).

17. Die Zusammenschlusspartner sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

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

18. Grundlage des Zusammenschlusses zwischen RPW und STG-C&L bildet eine Grundsatzvereinbarung („Agreement in Principle“) auf globaler Ebene, die am 17. September 1997 in New York zwischen PW und den bedeutendsten nationalen Mitgliedern von C&L unterzeich-

net wurde. Mit der Vereinbarung streben die Unterzeichneten die weltweite Integration ihrer Netzwerke an. Entsprechend ist vorgesehen, die Aktivitäten von RPW und STG-C&L zusammenzuführen.

19. Am 22. November 1997 sprachen sich die schweizerischen Partner von STG-C&L für den Zusammenschluss aus. Am 26. November 1997 stimmten in einer weltweiten Abstimmung auch die Partner von PW dem Vorhaben zu.

20. Das Vorhaben stellt aus obigen Gründen einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 lit. a KG dar.

3.3 Die Meldepflicht (Art. 9 KG)

21. PW erwirtschaftete 1996 gemäss eigenen Angaben einen weltweiten Honorarumsatz von ca. CHF 7,3 Mia. (US\$ 5,02 Mia.), der Honorarumsatz von C&L betrug im selben Jahr ca. CHF 9,9 Mia. (US\$ 6,78 Mia.), was einen gemeinsamen weltweiten Umsatz von ca. CHF 17,2 Mia. (US\$ 11,8 Mia.) ergibt.

22. In der Schweiz betrugen 1996 die Honorarumsätze von RPW CHF 181,7 Mio. und von STG-C&L CHF 321,1 Mio., was einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt CHF 502,8 Mio. ausmacht.

23. Der Zusammenschluss erfüllt somit die Aufgreifkriterien von Art. 9 Abs. 1 lit. a und b KG.

4 Prüfung (Art. 10 und 33 KG)

4.1 Die betroffenen Märkte

24. Die beiden Zusammenschlusspartner sind in folgenden Bereichen tätig:

- Revision (Wirtschaftsprüfung)
- Steuer- und Rechtsberatung
- Unternehmensberatung
- Corporate Finance
- Treuhand

25. Der Zusammenschluss führt in allen Bereichen zu Marktanteilsadditionen. Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU werden jedoch nur diejenigen vom Zusammenschluss betroffenen 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.

26. In den Bereichen Steuer- und Rechtsberatung, Unternehmensberatung, Corporate Finance sowie Treuhand führt das Zusammen-

schlussvorhaben nicht zu Marktanteilen von über 20%. Die aktuelle Konkurrenz in diesen Bereichen ist gross. So sind im Bereich Steuer- und Rechtsberatung - neben ATAG E&Y, KPMG, Arthur Andersen (AA) und Deloitte & Touche (D&T) - insbesondere grosse Anwaltskanzleien Konkurrenten der Parteien. Im Bereich der Unternehmensberatung sind als Wettbewerber McKinsey, Boston Consulting Group und andere zu nennen. Bekannte Corporate Finance-Berater sind die Grossbanken und spezialisierte Investmentbanken. RPW hat zudem bis anhin kaum Corporate Finance-Tätigkeiten entfaltet, weshalb es in diesem Bereich auch nicht zu einer nennenswerten Marktanteilsaddition kommt. Im Treuhandbereich gibt es eine grössere Anzahl Treuhandgesellschaften, welche die Parteien konkurrenzieren. Aus diesem Grund kann von einer näheren Prüfung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf diese Bereiche abgesehen werden. Auch die befragten Marktteilnehmer haben betreffend diese Bereiche keine Bedenken geäussert.

27. Im folgenden wird daher nur der Bereich Revision darauf hin geprüft, ob der vorliegende Zusammenschluss gemäss Art. 10 Abs. 2 KG

- a) eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und
- b) keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

4.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

29. Unter Revision oder Wirtschaftsprüfung ist die Prüfung und Interpretation von Buchführung und Jahresrechnung von Unternehmen oder anderen formalen Organisationen durch befähigte und unabhängige Personen oder Revisionsstellen, die in den Betriebsablauf nicht integriert sind, zu verstehen.

30. Marktgegenseite der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind im vorliegenden Fall all jene Marktteilnehmer, welche Revisionsdienstleistungen nachfragen.

Revision von Grossunternehmen

31. Die Zusammenschlussparteien unterscheiden den Markt für die Revision von Grossunternehmen vom Markt für die Revision kleinerer und mittlerer Unternehmen. Grosse internationale und nationale Unternehmen seien auf folgende Schlüsseleigenschaften ihrer Revisionsgesellschaften angewiesen (Eingabe vom 28. Januar 1998):

- internationales Netzwerk durch Schwestergesellschaften oder internationale Allianzen
- hohe nationale Reputation
- starke nationale Präsenz und Leistungsfähigkeit

32. Gemäss den Ermittlungen der Wettbewerbskommission teilen die anderen Marktteilnehmer diese Einschätzung.

33. Denkbar wäre auch eine Unterscheidung zwischen grossen international tätigen Unternehmen mit Sitz in der Schweiz und grossen nationalen Unternehmen. Erhebungen unter den Nachfragern von Revisionsdienstleistungen haben jedoch ergeben, dass grosse nationale Unternehmen die Revisionsgesellschaft nach denselben Kriterien auswählen wie grosse international tätige Unternehmen, weshalb sich eine solche verengende Marktabgrenzung nicht aufdrängt.

34. Die Ermittlungen des Sekretariats haben jedoch ergeben, dass eine zusätzliche Unterteilung des Revisionsbereichs, nämlich nach den Branchen Versicherungen und Banken, angezeigt ist. Dagegen scheint eine Unterteilung nach weiteren Branchen (Pharma, Energie, Handel, öffentliche Hand) nicht angezeigt, denn die von der Kommission befragten Unternehmen dieser Branchen gaben grösstenteils an, dass sie bei der Vergabe von Mandaten auch Revisionsunternehmen berücksichtigen würden, welche nicht über Branchenerfahrung verfügen würden. Die Anforderungen, die die Revision beispielsweise eines Pharmaunternehmens stellt, weichen daher nicht erheblich von jenen eines sonstigen Produktions- oder eines Handelsunternehmens ab.

35. Die Parteien halten eine sektorale Marktabgrenzung für unzutreffend, weil sowohl Grossunternehmen wie auch Versicherungen verschiedenste Revisionsgesellschaften beauftragen könnten, und weil die Revisoren dieser Unternehmen grundsätzlich jeden Betrieb ungeachtet der Branchenzugehörigkeit prüfen könnten. Die Parteien machten deshalb geltend, dass im vorliegenden Fall nicht der Test der Nachfragesubstituierbarkeit, sondern jener der Angebotssubstituierbarkeit (auch Umstellungsflexibilität) heranzuziehen sei. Entscheidend sei nämlich, ob die Anbieter aufgrund ihrer gegebenen Ressourcen in der Lage seien, bei einem unilateralen und dauernden Preisaufschlag eines bestimmten Anbieters, ihre Produktion so umzustellen, dass sie die Nachfrage nach dem betroffenen Produkt ohne umstellungsbehindernde Zusatzkosten befriedigen können.

36. Die Abgrenzung des relevanten Marktes bezweckt festzustellen, welche Waren oder Leistungen zum aktuellen Zeitpunkt von der Marktgegenseite als austauschbar erkannt werden und daher letztlich, welche Unternehmen als aktuelle Konkurrenten zu gelten haben. Unternehmen, welche zwar die Fähigkeiten haben, solche Waren oder Leistungen in absehbarer Zeit herzustellen, dies heute aber noch nicht tun, sind nicht als aktuelle Wettbewerber, sondern als po-

tentielle Konkurrenten zu betrachten (vgl. zur potentiellen Konkurrenz Teil 4.2.2.2). Daher dient der Test der Nachfragesubstituierbarkeit, welchen die VKU in Art. 11 Abs. 3 im übrigen vorgibt, der Abgrenzung des relevanten Marktes und der Feststellung der aktuellen Konkurrenz, jener der Angebotssubstituierbarkeit aber in aller Regel der Feststellung der potentiellen Konkurrenz. Eine Vermengung der beiden Tests ist allenfalls dann möglich, wenn die Umstellung äusserst rasch erfolgen kann (vgl. z.B. den Entscheid Migros/Globus, in: Recht und Politik des Wettbewerbs, 1997/3, 367f., Rz. 19; aber auch die Bekanntmachung der EU-Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (ABl. Nr.C 372 vom 9.12.1997, 5ff. Die EU-Kommission berücksichtigt die Angebotssubstituierbarkeit ebenfalls nur, „wenn sie sich genauso wirksam und unmittelbar auswirkt wie die Nachfragesubstituierbarkeit“ (Rz. 20) und unterscheidet daher Angebotssubstituierbarkeit von potentielltem Wettbewerb, erklärt aber explizit, dass es sich bei Angebotssubstituierbarkeit um eine Form von potentielltem Wettbewerb handelt (Rz. 23)).

37. Wie im folgenden gezeigt wird, kommen für die Revision von Banken und Versicherungsgesellschaften zum aktuellen Zeitpunkt nur bestimmte Revisionsunternehmen und Revisoren in Frage.

Revision von Versicherungsunternehmen

38. Vom Markt für die Revision von Grossunternehmen ist der Markt für die Revision von Versicherungsgesellschaften (Privatversicherungen) zu unterscheiden. Diese Revisionsart setzt eine besonders umfassende Kenntnis und Analysefähigkeit der zu prüfenden Gesellschaft, ihrer Geschäftsbereiche, ihrer Marktposition und ihrer Organisation voraus, welche über die Anforderungen der sonstigen Revision hinausgehen (vgl. „Revisionshandbuch der Schweiz 1992“ der Treuhand-Kammer, Rz. 6.541).

39. Folgende Spezialgesetze stellen im Vergleich zur Revision von Unternehmen anderer Branchen besondere Anforderungen an die Rechnungslegung und die Revision von Versicherungsgesellschaften:

- Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG, SR 961.01)
- Kautionsgesetz (SR 961.02)
- Sicherstellungsgesetz (SR 961.03)
- Aufsichtsverordnung (SR 961.05)
- Lebensversicherungsverordnung (SR 961.611)
- Schadenversicherungsgesetz (SR 961.71)
- Schadenversicherungsverordnung (SR 961.711)
- Verordnung über die Schwankrückstellung in der Kreditversicherung (SR 961.795)

40. Diese Spezialerlasse sowie die technischen Besonderheiten der Versicherungsrevision erfordern Spezialwissen und besondere Erfah-

zung. Dies trifft insbesondere zu für die Prüfung der notwendigen Rückstellungen für schwebende Schäden und deren Bedeckung durch Kapitalanlagen, Spätschäden und das Deckungskapital, für Forderungen aus dem Versicherungsgeschäft, für Kontokorrente und Depots, aber auch für die Beurteilung rückversicherter Risiken sowie die Beurteilung der vorgeschriebenen Solvabilitätsspanne. In der Nichtlebensversicherung beispielsweise lassen sich die versicherungstechnischen Rückstellungen nicht einfach berechnen, sondern müssen auch aufgrund von Erfahrungswerten auf ihre Plausibilität hin beurteilt werden.

41. Dass aus diesen Gründen für Versicherungsgesellschaften die Leistung einer Revisionsgesellschaft, welche bis anhin noch keine Versicherungsgesellschaften revidiert hat, nicht mit der Leistung von Revisionsgesellschaften austauschbar ist, welche Erfahrungen bei der Revision von Versicherungsgesellschaften aufweisen, belegen die Ermittlungen der Kommission. Den Versicherungsgesellschaften wurden folgende Fragen gestellt:

- „Würden Sie einer Revisionsgesellschaft, die weder im Ausland noch in der Schweiz Erfahrungen mit der Revision von Versicherungsgesellschaften hat, bzw. keine entsprechenden Referenzen in diesem Bereich vorweisen kann, ein Revisionsmandat für Ihre Gesellschaft erteilen (selbst wenn sie zu den „Big Six“ gehört)?“
- „Würden Sie einer Revisionsgesellschaft, selbst wenn sie zu den „Big Six“ gehört, ein Revisionsmandat für Ihre Gesellschaft erteilen, wenn sie zwar im Ausland, aber in der Schweiz kaum Erfahrung im Versicherungsbereich hat bzw. keine entsprechenden Referenzen vorweisen kann?“

42. Die erste Frage wurde ohne Ausnahme mit Nein beantwortet. Die zweite Frage wurde mit wenigen Ausnahmen ebenfalls mit Nein beantwortet. Zudem wurde festgestellt, dass diejenigen Versicherungen, welche die zweite Frage mit Ja beantworteten, zu ausländischen Konzernen gehören und ihre Ausschreibungen im Ausland durchführen. Die Versicherungen erachten daher die Leistungen von Revisionsgesellschaften ohne einschlägige Branchenerfahrung in der Schweiz nicht als mit der Leistung von Revisionsgesellschaften mit Branchenerfahrung austauschbar.

43. Die Wettbewerbskommission geht daher in der Folge von einem separaten Markt für die Revision von Versicherungsgesellschaften aus. Für die Zwecke des vorliegenden Falls ist es jedoch nicht notwendig, abschliessend über die Marktabgrenzung zu entscheiden, denn bei der engsten wie bei allen weiteren Marktdefinitionen wird der Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken.

Revision von Banken

44. Vergleichbar mit der Revision von Versicherungsunternehmen stellen auch im Bereich der Revision von Banken eine Reihe von Spezialerlassen und Richtlinien besonders hohe Anforderungen an die Revision. Dabei sind insbesondere zu erwähnen:

- Bankengesetz (BankG, SR 952)
- Bankenverordnung (BankV, SR 952.02)
- Diverse Rundschreiben der EBK betreffend Rechnungslegungsvorschriften, Revisionsbericht, Führung des Effektenjournals, Risikogewichtung von kurzfristigen Interbankforderungen usw.
- Erlasse der Schweizerischen Bankiervereinigung, deren Einhaltung die Revisionsstellen zu prüfen haben
- Anlagefondsgesetz und -verordnung (AFG, SR 951.31; AFV, SR 951.311)

45. Im Gegensatz zur Revision von Versicherungsunternehmen, für die es keiner Zulassung durch eine Behörde bedarf, sind zur Bankenrevision nur solche Gesellschaften zugelassen, die von der EBK als Bankenrevisionsstellen anerkannt sind. Eine für Banken (Marktgegenseite) austauschbare Revisionsleistung muss daher die Eigenschaft „Zulassung durch die EBK“ aufweisen. Dies lässt auf einen separaten Markt für die Bankenrevision schliessen.

46. Die Parteien machten geltend, dass für die Frage der Austauschbarkeit zentral der Verwendungszweck sei; die Beschaffenheit der Leistung spiele bei gleichem Verwendungszweck eine untergeordnete Rolle. Weil der Verwendungszweck einer Revisionsdienstleistung ungeachtet der Branchenzugehörigkeit des revidierten Unternehmens derselbe sei, müsse die einzelne Revisionsdienstleistung als austauschbar gelten.

47. Banken können die Revisionsdienstleistung einer Revisionsgesellschaft ohne Zulassung durch die EBK nicht verwenden. Deshalb muss das Argument der Parteien, falls ihm gefolgt wird, zu einer anderen Schlussfolgerung als von den Parteien angegeben führen: nämlich zu einem separaten Markt für die Bankenrevision.

48. Auch das Argument, dass sich der Aufbau eines Revisionsteams im Bereich Versicherungen und Banken nicht von demjenigen im Bereich einer anderen Unternehmung unterscheide, ist nicht stichhaltig. Die Ermittlungen der Kommission zeigen, dass Unternehmen entscheidendes Gewicht auf das Know-how und die Branchenkenntnis des Revisionsteams legen; der Aufbau des Revisionsteams ist von keinerlei Belang.

49. Die Parteien führen weiter an, dass der Erfahrungsschatz der leitenden Revisoren in aller Regel derselbe sei, dies ungeachtet der Branchenzugehörigkeit des revidierten Unternehmens. Weiter gebe es Gruppen mit Spezialkenntnissen z.B. für Derivate, Risikomanagement und internationale Rechnungslegung. Dieser Erfahrungsschatz

würde sowohl bei Banken als auch bei Versicherungen eingesetzt. Daher bestehe eine Austauschbarkeit angebotsseitig. Die Ermittlungen der Kommission und die Praxis zeigen, dass die Unternehmungen diese Einschätzung nicht teilen. Ansonsten würden sie nicht darauf bestehen, dass die Revisionsstelle über ausgewiesene Branchenkenntnis verfügt. Auch gäbe es keinen Grund für die Vorschriften der EBK, welche nur Revisoren mit ausgewiesener Branchenkenntnis zur Bankenrevision zulassen. Diese Einschätzung scheinen die Parteien letztlich zu teilen, schreiben sie doch, der Kunde erwarte, dass der Revisor das Geschäft des Kunden und dessen Sprache verstehe und sich daraus faktisch ein Zwang zur Spezialisierung ergebe. Auch werden zum Teil Spezialisten aus Schwestergesellschaften im Ausland beigezogen, welche Erfahrung in bestimmten Branchen aufweisen. Dies würde eine Revisionsgesellschaft nicht tun, falls die Revisionstätigkeit keine oder kaum branchenspezifische Kenntnisse voraussetzen würde. Die Revisoren und Revisionsgesellschaften sind daher nicht beliebig austauschbar. Ferner sagen die Parteien aus, dass ein leitender Bankrevisor ohne weiteres jede Revision durchführen könne, die Umkehrung aber nicht gelte. Auch damit wird bestätigt, dass es sich jedenfalls bei der Bankenrevision um einen separaten sachlichen Markt handelt.

50. Grosse Industrieunternehmungen würden zum Teil sogenannte „In-Haus-Banken“ unterhalten. Die Grössenordnung dieser Abteilungen würden oft diejenigen einer mittleren Bank überschreiten. Mit Ausnahme der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen seien die Anforderungen an eine Revision die gleichen wie bei einer Bank. Auch dies ergibt betreffend Marktabgrenzung keine andere Schlussfolgerung. Banken, nicht „In-Haus-Banken“, können in der Praxis trotzdem nur von zugelassenen Stellen geprüft werden. Allenfalls ist das Argument der Parteien im Rahmen der Beurteilung der potentiellen Konkurrenz zu prüfen.

51. Unbehelflich ist das Argument, die Trennung zwischen Banken und übrigen Unternehmen werde sich in Zukunft markant verschieben. Selbst wenn dies zutreffen würde, kann sich eine andere Marktabgrenzung nur zum Zeitpunkt ergeben, zu welchem die EBK auf das Zulassungserfordernis verzichten wird und die Unternehmen nicht mehr grossen Wert auf Branchenkenntnis legen werden.

52. Dass keine Preisunterschiede für Revisionsdienstleistungen nach Branchen bestehen, ist für die Marktabgrenzung nicht relevant. Die Austauschbarkeit von zwei nach Beschaffenheit und Verwendungszweck ähnlichen Gütern mag bezweifelt werden, wenn diese Güter grössere Preisunterschiede aufweisen. Gleiche Preise von Gütern sind für die Beurteilung der Austauschbarkeit dieser Güter aber kein hinreichendes Kriterium (Ein Apfel und ein Tischtennisball mögen zum

selben Preis verkauft werden. Trotzdem wird niemand behaupten, die beiden Güter seien austauschbar).

53. Die Behauptung, dass es Revisionsgesellschaften grundsätzlich möglich sei, in neue Branchen vorzustossen, wäre für die Zwecke der Marktabgrenzung nur erheblich, wenn solche Marktzutritte sehr rasch erfolgen könnten (vgl. oben, Ziff. 36). Dies ist nach Ansicht der Wettbewerbskommission nicht der Fall (vgl. 4.2.3.2).

54. Die Wettbewerbskommission geht daher in der Folge von einem separaten Markt für die Revision von Banken aus. Für die Zwecke des vorliegenden Falls ist es jedoch nicht notwendig, abschliessend über die Marktabgrenzung zu entscheiden, denn bei der engsten wie bei allen weiteren Marktdefinitionen wird der Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken.

4.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

56. Allgemein ist festzustellen, dass das räumliche Nachfrageverhalten von Unternehmen, die Dienstleistungen von Wirtschaftsprüfungs- und Wirtschaftsberatungsgesellschaften in Anspruch nehmen, stark von den spezifischen Bedürfnissen der einzelnen Nachfrager abhängt. Während kleine und mittlere Unternehmen (KMU), die nur regional tätig sind, regional präsente Wirtschaftsprüfungs- und Wirtschaftsberatungsgesellschaften bevorzugen, schreiben grosse Unternehmen zu vergebende Mandate in der ganzen Schweiz, zum Teil auch im Ausland aus. Revisionsgesellschaften, welche Unternehmen in der Schweiz revidieren, haben allerdings immer eine Niederlassung in der Schweiz.

57. Die Parteien, welche allerdings von einem umfassenden sachlichen Markt für die Revision von Grossunternehmen ausgehen, bezeichnen als räumlich relevanten Markt die Schweiz. So seien die Revisionsdienstleistungen auf nationaler Ebene stark reguliert. Hohe Reputation und Stärke auf dem nationalen Markt seien eine Voraussetzung, um Aufträge von grossen nationalen wie auch internationalen Kunden zu gewinnen. Auch würden die Preise für die Dienstleistung in der Regel mit dem nationalen Partner der beauftragten Revisionsgesellschaft abgeschlossen.

58. Daher umfasst der räumlich relevante Markt für die Revision von Grossunternehmen, Versicherungen und Banken die Schweiz.

4.1.3 Ergebnis

59. Im Revisionsbereich werden für die Zwecke des vorliegenden Falls daher folgende relevante Märkte unterschieden:

- der schweizerische oder regionale Markt für die Revision von KMUs. Dieser Markt wird keiner weiteren Prüfung unterzogen, da Revisionen für KMUs von einer Vielzahl von Revisionsunternehmen angeboten werden, und auf diesem Markt daher mit Sicherheit Wettbewerb besteht. Der Zusammenschluss wird im Markt für die Revision von KMUs keine marktbeherrschende Stellung begründen;
- der schweizerische Markt für die Revision von Grossunternehmen ohne Banken und Versicherungen;
- der schweizerische Markt für die Revision von Versicherungen;
- der schweizerische Markt für die Revision von Banken.

4.2 *Voraussichtliche Wettbewerbsverhältnisse nach dem Zusammenschluss*

4.2.1 *Weltweite Entwicklung der Revisionsbranche*

60. In den vergangenen Jahren konnte in der Revisionsbranche ein weltweiter Konzentrationsprozess festgestellt werden. Aus untenstehender Tabelle (basierend auf Angaben von D&T) lassen sich folgende Schlüsse ziehen:

- Die Gruppe der grössten Revisionsunternehmen wird zunehmend kleiner. Der in Umsatzzahlen gemessene Abstand zwischen dem kleinsten dieser grössten Unternehmen und dem nächstkleineren, nicht mehr zu dieser Gruppe gehörenden Unternehmen nimmt ständig zu. Zudem weisen die sechs umsatzstärksten Unternehmen eine höhere Wachstumsrate auf als die kleineren Unternehmen.
- Am Zusammenschluss RPW/STG-C&L sind zwei Unternehmen aus der Gruppe der umsatzstärksten Unternehmen beteiligt. Durch den Zusammenschluss würde sich folglich die Anzahl der Unternehmen, die umsatzmässig zur Spitzengruppe zu zählen sind, auf fünf reduzieren.
- Andersen Worldwide ist das einzige Unternehmen, das sich lediglich aufgrund von internem Wachstum vergrössert hat. Alle anderen Unternehmen der Spitzengruppe waren seit 1984 an einem Zusammenschluss beteiligt.

<i>Internationale Revisionsunternehmen</i>				
<i>Weltweite Entwicklung 1984 - 1996 (Umsatz in Mrd. US\$)</i>				
		1984	1996	Fusion
1	Andersen Worldwide	1'338	9'499	9'499
2	Peat Marwik	1'340	8'100	8'100
3	Coopers & Lybrand	1'250	6'800	11'820

4	Price Waterhouse	1'145	5'020	-
5	Ernst & Whinney	1'068	7'800	7'800
6	Arthur Young	1'003	-	
		1984	1996	Fusion
7	Deloitte Haskins & Sells	935	6'500	6'500
8	Touche Ross	904	-	
9	KMG	900	-	
10	Grant Thornton	400	1'285	1'285
11	BDO	350	1'330	1'330
12	Horwarth & Horwarth	270	691	691
13	Dunwoody Robson	245	-	
14	Fox Moore	229	1'005	1'005
15	Spicer & Oppenheim	178	632	632

61. Folgende Kennzahlen zeigen die künftige Stellung der Zusammenschlusspartner und deren Abstand zu den nächstkleineren Mitbewerbern (Angaben für 1996; Der Schweizer Treuhänder):

Unternehmen	Honorarumsätze in Mio. CHF	Anteil	
		vor dem Zusammenschluss	nach dem Zusammenschluss
RPW	181.7	12.7%	35.2%
STG-C&L	321.1	22.5%	
ATAG E&Y	375.8	26.3%	26.3%
KPMG	178.4	12.5%	12.5%
Andersen (AA und AC)*	93.7	6.5%	6.5%
D&T	53.1	3.7%	3.7%
Nachfolgende vier	223.0	15.8%	15.8%
Total	1426.8	100%	100%

* Arthur Andersen und Andersen Consulting

4.2.2 Markt für die Revision von Grossunternehmen ohne Versicherungen und Banken

4.2.2.1 Aktuelle Konkurrenz

62. Es gibt kein allgemeingültiges Merkmal zur Bestimmung der Grösse eines Revisionsunternehmens. Klassiert man die Revisionsunternehmen aufgrund der Grössen der von ihnen revidierten Unternehmen (gemessen am Umsatz), ergeben sich folgende Prozentanteile an Unternehmen, die von einem der "Big Six" revidiert werden:

Unternehmen mit einem Umsatz grösser als:	% der Unternehmen, die von einem der "Big Six" revidiert werden:
1 Milliarde	94 %
500 Millionen	89 %
250 Millionen	83 %
100 Millionen	74 %

63. Für die nachfolgenden Marktanteilsberechnungen wird als „gross“ eine Unternehmung bezeichnet, welche einen Umsatz von mehr als 500 Mio. Franken erzielt. Die Parteien bezeichnen diese Grenze als willkürlich. Diesem Einwand ist eine gewisse Berechtigung nicht abzuspüren. Würde die Grenze tiefer angesetzt, z.B. bei 250 Mio. oder 100 Mio. Franken, ergäben sich zwar grössere Marktanteile für Revisionsgesellschaften, die nicht zu den „Big Six“ zählen. Deren Marktstellung bzw. deren Möglichkeiten, die Marktstellung der „Big Six“ anzugreifen, wären aber nicht wesentlich anders einzuschätzen. Dies belegen die Aussagen der befragten Unternehmen, welche eine klare Differenzierung zwischen den „Big Six“ und anderen Revisionsgesellschaften machen. Kleinere Revisionsgesellschaften sind zudem selbst der Meinung, dass sie keine tatsächlichen Konkurrenten der Grossen Sechs sind (allenfalls könnte daher sogar eine entsprechend engere Marktabgrenzung angezeigt sein). Daher ist die Grenze von 500 Mio. Franken vielleicht arbiträr, aber ohne praktische Auswirkungen.

64. Ebenso ohne Auswirkungen wären Grenzziehungen, die sich nicht an den Umsätzen der Unternehmen, sondern daran, ob ein Unternehmen an der Börse kotiert oder international tätig ist, orientieren würden. Die Abklärungen der Kommission haben ergeben, dass Marktabgrenzungen nach diesen Kriterien nicht zu wesentlich anderen Marktanteilen der Revisionsunternehmen führen würden. Jedes der drei Abgrenzungskriterien Umsatz, Börsenkotierung und internationale Tätigkeit würde mit wenigen Ausnahmen dieselben Unternehmen aufgreifen.

65. Marktanteilsberechnungen können basieren auf der Anzahl der Revisionsmandate, auf den Honorareinnahmen der Revisionsgesell-

schaften oder auf den Grössen bzw. den Umsätzen der revidierten Unternehmen. Die Parteien führten in ihren Eingaben mehrere Male aus, dass von hervorragender Bedeutung im Revisionsbereich die Bekanntheit und die fachliche Anerkennung im jeweiligen Branchensegment sei. Die Ermittlungen der Kommission bestätigten dies. Da insbesondere die bekannten und fachlich bestens qualifizierten Revisionsgesellschaften die grossen Mandate betreuen, was ihren Bekanntheitsgrad und das Know-how wiederum steigert (es besteht daher ein „circulus virtuosus“), gibt nach Ansicht der Kommission auch eine Berechnung der Marktanteile aufgrund der Grösse der betreuten Unternehmen die relative Marktstellung der einzelnen Revisionsgesellschaften recht gut wieder. Weil sich das Marktvolumen grundsätzlich auf der Basis der Honorareinnahmen der Anbieter berechnet, können auch diese Einnahmen zur Berechnung der Marktanteile dienen.

66. Da die Kommission aber von einem Markt für Grossunternehmen mit einem Umsatz von mehr als 500 Mio. Franken ausgeht, kann letztlich auch die Anzahl Mandate als Basis dienen. Eine Revisionsstelle, die ein Mandat eines solchen Unternehmens innehat, erreicht automatisch einen gewissen Bekanntheitsgrad. Die Parteien bezweifelten die Tauglichkeit des Kriteriums « Anzahl Mandate », weil damit die Bedeutung der einzelnen Mandate nicht gewichtet würde. Auch die Berechnung der Marktanteile auf der Grundlage der Honorareinnahmen – von den Parteien als einzig richtige Methode befunden – lässt eine Gewichtung nicht zu. Die Parteien wollen denn auch die auf Honorarbasis berechneten hohen Marktanteile im Markt für Versicherungsrevision relativiert wissen, indem sie geltend machen, die hohen Marktanteile ergäben sich im wesentlichen aus drei grossen Mandaten. Letztlich schliessen daher auch die Parteien eine Berechnung der Marktanteile nach Anzahl Mandaten nicht aus.

67. Die Kommission wird im folgenden von einer Berechnung nach Anzahl Mandaten ausgehen und, falls sich je nach Berechnungsart stark unterschiedliche Marktanteile ergeben, eine Gewichtung nach Honorareinnahmen oder Umsatzgrössen vornehmen.

68. Untenstehende Tabelle gibt die geschätzten Marktanteile der „Big Six“ gemessen in Anzahl Mandaten von Grossunternehmen wieder (Basisjahr 1996). Die Schätzung der Marktanteile gemäss Honorarumsätzen der Revisionsgesellschaften führt zu sehr ähnlichen Zahlen (der Kommission sind genaue Zahlen bekannt; der Schutz von Geschäftsgeheimnissen erfordert jedoch, dass die Marktanteilsangaben nur näherungsweise angegeben werden):

Marktanteile für die Revision von Unternehmen mit einem Umsatz von mehr als 500 Mio. CHF Schätzung nach Anzahl Mandaten		
	%	Fusion
RPW	10-20 %	
STG-C&L	25-35 %	35-50 %*
KPMG	15-25 %	15-25 %
ATAG E&Y	10-20 %	10-20 %
AA	0-5 %	0-5 %
D&T	0-5 %	0-5 %
Andere	10-15 %	10-15 %

*Gerundete Summe der exakten Einzelwerte.

69. RPW und STG-C&L würden nach dem Zusammenschluss gemeinsam [35 bis 50%] Marktanteil haben und damit klar vor KPMG und ATAG E&Y liegen. Die drei grössten Marktteilnehmer würden somit über einen Marktanteil von [75-90%] verfügen.

70. Nach der Fusion werden neben RPW/STG-C&L und KPMG sowie ATAG E&Y im wesentlichen noch AA und D&T, allerdings mit geringeren Marktanteilen, zur aktuellen Konkurrenz zählen. Beide Unternehmen erzielen weltweit Umsätze von mehreren Milliarden Franken und können damit als finanzstark bezeichnet werden. Grundsätzlich sind AA und D&T daher als ernstzunehmende Wettbewerber der Parteien zu betrachten. Auch sie verfügen über ein internationales Netzwerk, eine hohe nationale Reputation und eine starke nationale Präsenz (vgl. Ziff. 31).

71. Aus Sicht der Marktgegenseite stellt die Verbindung zur Revisionsgesellschaft eine Art Vertrauensverhältnis dar. Ein Wechsel der Revisionsstelle erfordert somit auch immer den Aufbau eines neuen Vertrauensverhältnisses. Der Prozess des Kennenlernens des zu revidierenden Unternehmens und seiner Tätigkeiten, der Erwerb des Verständnisses für die Organisation des Unternehmens und dessen Märkte benötigen viel Zeit, sowohl von Seite der Revisionsstelle als auch von Seite des zu revidierenden Unternehmens. Der Wechsel der Revisionsstelle verursacht somit zusätzliche Kosten, die sich zum Verlust der historischen Kenntnisse des Unternehmens, welche die bisherige Revisionsstelle hatte, addieren. Alle diese Faktoren (switching costs) führen dazu, dass die Revisionsstellen nur selten gewechselt werden. Man kann daraus ableiten, dass die Marktanteile in der Vergangenheit stabil waren und es – ceteris paribus – auch in Zukunft in etwa bleiben werden.

72. AA und D&T wiesen darauf hin, dass qualifizierte Mitarbeiter erfolgreiche Unternehmen mit starker Marktstellung und einem entsprechenden Kundenstamm bevorzugen würden. Die Aussage der Parteien, dass sie durch den Zusammenschluss mit beabsichtigen,

hochqualifizierte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter gewinnen zu können, bestätigen die Angaben ihrer Konkurrenten. Ob hieraus jedoch gefolgert werden kann, AA und D&T hätten einen Nachteil gegenüber den anderen grossen Gesellschaften, was die Rekrutierung und damit auch den Anteil an qualifiziertem Personal betrifft, ist zweifelhaft. Anziehungskraft für qualifizierte Mitarbeiter hat nicht nur eine grosse nationale Präsenz und Reputation, sondern ebenso sehr der internationale Ruf eines Unternehmens. In letzterem stehen AA und D&T den anderen grossen Revisionsunternehmen nicht nach. In einer Eingabe zeigen die Parteien denn auch, dass – gemäss einer Umfrage („The Swiss Graduate Survey“ 1997) – alle „Big Six“ über eine grosse Anziehungskraft für Universitätsabsolventen verfügen.

73. Mehr als die Hälfte der befragten Unternehmen gab an, dass die Grösse des Revisionsunternehmens in der Schweiz ein wichtiges Kriterium bei der Wahl der Revisionsstelle sei. DT und AA haben gegenüber den anderen Gesellschaften somit einen Nachteil, der durch den Zusammenschluss verstärkt werden könnte. Die Parteien erklärten zudem, dass bei Ausschreibungen selten mehr als drei Firmen angeschrieben würden. Falls eine Revisionsgesellschaft auf einem hinteren Platz der Rangliste sei, erhalte sie kaum eine Chance, sich zu bewerben. In einer Eingabe zeigten die Parteien jedoch, dass zu Ausschreibungen in den letzten Jahren sowohl AA als auch D&T häufig eingeladen wurden (AA 26 mal, D&T 12 mal, bei insgesamt 58 der Kommission bekannten Ausschreibungen) und insbesondere AA in mehreren Fällen den Zuschlag erhielt. Auch gaben die von der Kommission befragten Unternehmen mit wenigen Ausnahmen an, dass sie die Revisionsleistungen der „Big Six“ als austauschbar erachten würden.

74. Aus diesen Gründen rechnet die Wettbewerbskommission damit, dass der Zusammenschluss keinen entscheidenden Einfluss auf die Marktstellung von AA und D&T haben wird bzw. diese weder schwächen noch stärken wird. AA und D&T werden auch nach dem Zusammenschluss von RPW und STG-C&L an Ausschreibungen von Revisionsmandaten eine reelle Zuschlagschance haben.

75. Die Parteien machten mit einem Gutachten geltend, dass in Märkten, in welchen der Wettbewerb durch Ausschreibung veranlasst werde (Ausschreibungsmärkte), die Bedeutung der Marktanteile äusserst gering sei, weil die Nachfrager nicht auf Anbieter mit hohen Marktanteilen angewiesen seien, welche in der Vergangenheit erworben wurden. Wettbewerbsrechtlich entscheidend sei in solchen Märkten vielmehr die Zahl qualifizierter aktueller und potentieller Wettbewerber bzw. der angebotsfähigen Unternehmen.

76. Dem pflichtet die Wettbewerbskommission bei. Das Argument trifft jedoch nicht nur für Ausschreibungsmärkte zu, sondern ebenso für Nicht-Ausschreibungsmärkte. Letztlich geht es immer darum – wie im erwähnten Gutachten ebenfalls festgehalten wird –, welche Aus-

weichmöglichkeiten der Marktgegenseite zur Verfügung stehen und damit, welche aktuellen und potentiellen Konkurrenten es gibt.

77. Die Zusammenschlussparteien haben ebenfalls argumentiert, dass die Trennlinie nicht zwischen den „Big Six“ und den nachfolgenden Revisionsgesellschaften zu ziehen ist. Der Markt für die Revision von Grossunternehmen umfasse die dreissig bis vierzig bedeutendsten Revisionsgesellschaften („Second-tier“-Gesellschaften) der Schweiz, da auch diese grosse nationale und multinationale Unternehmen prüfen. An diesem Einwand hielten die Parteien in einer späteren Eingabe scheinbar nicht mehr fest, sondern sprachen selbst von einem „oberen“ Segment, auf welchem im wesentlichen nur noch die „Big Six“ tätig sind. Die Wettbewerbskommission hält die „Second-tier“-Gesellschaften nicht für Wettbewerber der Big Six. So verfügt keine dieser Revisionsgesellschaften über eine grössere Anzahl Mandate in den relevanten Märkten, d.h. die Marktanteile der einzelnen Gesellschaften sind marginal. Auch ist die Reputation dieser Gesellschaften nicht vergleichbar mit jener der Big Six, selbst wenn sie eine Verbindung mit einem internationalen Auditor-Netzwerk eingegangen sind (z.B. Visura mit BDO Binder; OBT mit Summit; Groupe BfB mit Grant Thornton). Ferner erachten gemäss den Ermittlungen der Kommission Grossunternehmen, auch wenn sie überwiegend in der Schweiz tätig sind, fast ausschliesslich die „Big Six“ als geeignete Anbieter der Revisionsdienstleistung. Die Marktanteilsentwicklung zeigt, dass eine Verlagerung der Nachfrage von den kleineren zu den grösseren Gesellschaften erfolgt. Die „Big Six“ konnten von 1992 bis 1996 ihre Umsätze um ca. 20% steigern, während die folgenden fünf Gesellschaften stagnierten und die nächsten 19 ihre Umsätze „nur“ um ca. 7% erhöhen konnten (Berechnung aufgrund der Eingabe der Parteien vom 28. Januar, 15f. Obwohl sich die Zahlen auf den gesamten Dienstleistungsertrag beziehen, vermögen sie die Tendenzen aufzuzeigen).

78. Auch nach dem Zusammenschluss werden die Parteien daher auf starke Konkurrenten (ATAG E&Y, KPMG, AA und D&T) treffen. Die Konkurrenz durch diese Unternehmen wird verhindern, dass sich RPW und STG-C&L nach dem Zusammenschluss in wesentlichem Umfang unabhängig von den anderen Marktteilnehmern werden verhalten können und den Markt beherrschen werden.

79. In der Folge wird zu prüfen sein, ob durch den Zusammenschluss allenfalls eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Da eine kollektive Marktbeherrschung jedoch voraussetzt, dass die Bedrohung dieser Stellung durch potentielle Wettbewerber klein und die Möglichkeiten der Marktgegenseite, den Wettbewerb der Anbieter zu erzwingen, gering sind, werden vorerst diese beiden Umstände geprüft.

4.2.2.2 Potentielle Konkurrenz

80. Die Wettbewerbskommission hält Marktzutritte bzw. einen nennenswerten Ausbau der Marktanteile auch durch „Second-tier“-Gesellschaften für unwahrscheinlich. Dies aufgrund der hohen Kosten, welche der Aufbau eines weltweiten Netzes von Revisionsstellen, welches mit jenen der Big Six vergleichbar wäre, verursachen würde und welche zu einem grossen Teil verloren wären, sollte der Marktzutritt nicht erfolgreich sein. Verloren wären ebenfalls Kosten, welche bei Bewerbungen anfallen. Zudem zeigen die Ermittlungen der Kommission, dass ein neuer Konkurrent kaum mit einer Mehrzahl an Mandaten rechnen könnte, da ihm der notwendige Ruf und die Glaubwürdigkeit fehlen würden, durch welche sich die Big Six auszeichnen. Ferner wechseln die Unternehmen ihre Revisionsstellen nur selten und zögerlich, nicht zuletzt wegen den anfallenden „switching costs“ (vgl. oben, Ziff. 71). Da die Nachfrage stagnierende Tendenzen zeigt, besteht auch kaum Platz für einen neuen Wettbewerber und ist mit aggressiven Reaktionen der Big Six auf Marktzutritte zu rechnen.

4.2.2.3 Nachfragebedingungen bzw. Stellung der Marktgegenseite

81. In der Schweiz existieren gemäss Liste „Top 2000“ von 1997 der Handelszeitung derzeit ca. 200 Unternehmen mit einer Umsatzgrösse von 500 Mio. Franken und mehr (die für Grossunternehmen gewählte Umsatzgrösse). Die grossen Revisionsunternehmen betreuen jeweils zwischen mehr als 20 bis ca. 60 solcher Unternehmen. Durch den Zusammenschluss wird sich diese Zahl für die Parteien verdoppeln. Der Honorarertrag für die Revision eines Grossunternehmens ist daher nicht derart bedeutend, dass die Revisionsgesellschaft kaum auf das Mandat verzichten könnte. Eine Situation wie etwa im Detailhandel, in welchem Lieferanten bis zu 50% ihres Umsatzes mit einem einzigen Abnehmer tätigen und daher von Nachfragemacht der Detailhändler die Rede ist, besteht in den Revisionsmärkten nicht. Auch ist es zur richtigen Erfüllung der Revisionsleistung wesentlich, dass eine Revisionsstelle vom revidierten Unternehmen unabhängig bleibt und somit keinerlei Weisungen entgegennehmen muss.

82. Ferner gaben die befragten Grossunternehmen an, dass der Preis für die Revisionsleistung wenig entscheidend für die Vergabe des Mandats sei. Ausschlaggebend seien vielmehr das Know-how, die Branchenkenntnis und die „Chemie“ zwischen Revisor und zuständiger Stelle des zu revidierenden Unternehmens. Auch wechseln die Grossunternehmen ihre Revisionsstelle nur selten. Insofern besteht keine überragende Stellung der Marktgegenseite.

83. Die Kosten der Revisionsdienstleistung stellen nur einen sehr kleinen Teil der Gesamtkosten dar, welche die zu revidierenden Unternehmen für die Herstellung ihrer Produkte aufwenden müssen. Versicherungen, Banken und andere Grossunternehmen sind daher in der Lage, gezielt und um des Wettbewerbs willen, eine bestimmte

Struktur auf seiten der Revisionsunternehmen zu unterstützen (sogenannte „Marktstrukturpflege“). Wäre der Anteil der Revisionskosten an den Gesamtkosten hoch, wäre Marktstrukturpflege ein riskantes Unterfangen, denn es müssten unter Umständen Aufträge an preislich weniger konkurrenzfähige Unternehmen vergeben werden, was die Revisionskosten und damit auch die Gesamtproduktionskosten in die Höhe treiben würde. Durch Marktstrukturpflege könnte ein Unternehmen daher Wettbewerbsnachteile auf seiner Absatzseite erfahren und damit das eigene Überleben gefährden.

84. Im vorliegenden Fall ist Marktstrukturpflege aber ohne das beschriebene Risiko möglich. Einige von der Kommission befragte Unternehmen gaben denn auch an, aktiv Marktstrukturpflege zu betreiben oder dies allenfalls tun zu wollen, um ein Gleichgewicht auf seiten der Revisionsunternehmen zu bewahren. Banken, Versicherungen und andere Grossunternehmen können daher auf diese Weise den Wettbewerb unter den Revisionsgesellschaften fördern.

85. Ferner haben die meisten Unternehmen ihre Revisionsstellen auch mit Aufträgen in anderen Bereichen betraut (z.B. Steuerberatung, Informatikberatung, Mergers & Acquisitions u.a.m.). Gemäss den Ermittlungen der Kommission würden viele dieser Unternehmen ihrer Revisionsgesellschaft drohen, Aufträge aus den erwähnten Bereichen zu entziehen, falls sich die Revisionsgesellschaft unkompetitiv verhalten sollte. Solche Drohungen sind glaubhaft, stehen in den Bereichen Steuer-, Informatikberatung, Mergers & Acquisitions, aber auch in anderen Bereichen, doch genügend Ausweichmöglichkeiten offen.

86. Dieses latente Drohpotential und die Möglichkeiten zur aktiven Marktstrukturpflege wirken disziplinierend auf die Revisionsunternehmen und relativieren die Marktstellung der Parteien.

4.2.2.4 Ergebnis

87. Nach dem Zusammenschluss werden in der Schweiz fünf Wettbewerber verbleiben, wovon drei mit grösseren und zwei mit kleineren Marktanteilen. Von der Marktgegenseite ist zudem eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der Anbieter zu erwarten. Mit Marktzutritten wird allerdings nicht gerechnet. Der Zusammenschluss wird daher im Markt für die Revision von Grossunternehmen keine alleinige marktbeherrschende Stellung begründen.

88. Da die Marktverhältnisse in den Märkten für die Banken- und Versicherungsrevision nicht stark von den eben besprochenen abweichen, werden zuerst die Wettbewerbsverhältnisse in diesen Märkten besprochen. Die Prüfung einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung (vgl. Ziff. 79) erfolgt danach für alle Märkte gemeinsam.

4.2.3 Markt für die Revision von Banken

4.2.3.1 Aktuelle Konkurrenz

89. Der Kreis der Marktteilnehmer (zugelassen durch EBK) beschränkt sich auf folgende Gesellschaften und Gruppen:

- Revisuisse Price Waterhouse
 - Price Waterhouse AG, Zürich
 - Revisuisse Price Waterhouse AG, Zürich
- STG-Coopers & Lybrand
 - Reba Revision, Zürich
 - Coopers & Lybrand AG, Basel
 - OFOR Révision Bancaire SA, Genève
 - STG-Coopers & Lybrand Bankenrevision AG, Basel
- ATAG Ernst & Young
 - ATAG Ernst & Young AG, Zürich
 - GBR Ernst & Young AG, Basel
 - Société Fiduciaire Lémano SA, Lausanne
- KPMG
 - KPMG Fides Peat, Zürich
 - KPMG Klynveld Peat Marwick Goerdeler AG, Zürich
- Deloitte & Touche
 - Deloitte & Touche AG, Erlenbach
 - Deloitte & Touche Experta AG, Erlenbach
- Arthur Andersen AG, Zürich
- Bankrevisions- und Treuhand AG, Zürich
- Inspektorat des Schweizer Verbandes der Raiffeisenbanken, St.Gallen

Marktanteile für die Bankenrevision (1996) Schätzung nach Anzahl Mandaten		
	%	Fusion
RPW	15-25 %	
STG-C&L	25-35 %	45-50 %*
KPMG	10-20 %	10-20 %
ATAG E&Y	20-30 %	20-30 %
AA	ca. 5 %	ca. 5 %
D&T	ca. 5 %	ca. 5 %
Bankenrev.	ca. 3%	ca. 3%
Raiffeisen	< 1 %	< 1 %

*Gerundete Summe der exakten Einzelwerte

Marktanteile für die Bankenrevision (1996) Schätzung anhand Honorareinnahmen		
	%	Fusion
RPW	20-30 %	
STG-C&L	10-20 %	30-45 %*
KPMG	10-20 %	10-20 %
ATAG E&Y	30-40 %	30-40 %
AA	ca. 5 %	ca. 5 %
D&T	ca. 5 %	ca. 5 %
Bankenrev.	ca. 1 %	ca. 1 %
Raiffeisen	ca. 1 %	ca. 1 %

*Gerundete Summe der exakten Einzelwerte

90. Die Parteien werden nach dem Zusammenschluss einen Marktanteil – gemessen an den Honorareinnahmen - von ungefähr [30-45%] innehaben. ATAG E&Y hält einen Marktanteil von [30-40%]. Mit einigem Abstand folgt KPMG mit [10-20%]. Weiter zurück liegen AA und D&T mit Marktanteilen von jeweils ca. 5%.

91. Der kürzliche Wechsel der CS zur KPMG zeigt, dass auch grosse Unternehmen die Revisionsmandate nicht ausschliesslich an die Marktführer vergeben. Ferner hat dieser Wechsel die – nach Honorarvolumen berechneten - Marktanteile um ca. 10% verschoben, da das Honorarvolumen für die Revision der CS sehr gross ist.

92. AA und D&T verfügen nach Ansicht der Kommission über die notwendige Reputation und die Kapazitäten, um ihre Anteile im Markt für die Bankenrevision zu steigern. So hat insbesondere AA in den letzten Jahren einige Revisionsmandate gewonnen (1993 Banque de l'Etat de Fribourg, 1991 Bank in Lichtenstein, 1990 Berner Kantonalbank) und erhielt – gemäss Angaben der Parteien – in 11 Fällen Einladungen zu Ausschreibungen (KPMG in 10 Fällen, STG-C&L ebenfalls in 10 Fällen, ATAG E&Y in 14 Fällen, RPW in 15 Fällen). Die Marktstellung von D&T ist dagegen schwächer einzustufen, da D&T kaum zu Ausschreibungen eingeladen wurde. Allerdings gaben mit wenigen Ausnahmen alle befragten Bankinstitute an, dass sie zu Ausschreibungen die „Big Six“ einladen würden.

93. Die Marktstellung der Parteien sicherlich nicht gefährden werden nach Auffassung der Kommission die Bankenrevisions- und Treuhand AG sowie das Inspektorat des Schweizer Verbandes der Raiffeisenbanken. Deren Marktanteile sind verschwindend klein, zudem zeigt ein Vergleich der Marktanteile nach Anzahl Mandaten und nach Honorarerträgen, dass diese Revisionsgesellschaften nur kleine und kleinste Institute revidieren. Ferner nannten die befragten Banken mit wenigen Ausnahmen nur die „Big Six“ als Revisionsstellen, welche für sie in Frage kommen würden.

94. Auch im Markt für Bankenrevision werden die Parteien nach dem Zusammenschluss somit auf starke Konkurrenten (ATAG E&Y, KPMG, AA und D&T) treffen. Die Konkurrenz durch diese Unternehmen wird verhindern, dass sich RPW und STG-C&L nach dem Zusammenschluss in wesentlichem Umfang unabhängig von den anderen Marktteilnehmern werden verhalten können und den Markt beherrschen werden.

95. In der Folge wird zu prüfen sein, ob durch den Zusammenschluss allenfalls eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Da eine kollektive Marktbeherrschung jedoch voraussetzt, dass die Bedrohung dieser Stellung durch potentielle Wettbewerber klein und die Möglichkeiten der Marktgegenseite, den Wettbewerb der Anbieter zu erzwingen, gering sind, werden vorerst diese beiden Umstände geprüft.

4.2.3.2 Potentielle Konkurrenz

96. Die Ergebnisse betreffend potentielle Konkurrenz, welche für den Markt für die Revision von Grossunternehmen diskutiert wurden, gelten für den Markt für die Revision von Banken ebenso. Die entsprechenden Ausführungen (vgl. 4.2.2.2) gelten deshalb auch hier. Als zusätzliche Marktzutrittsschranke fällt im Markt für Bankenrevision folgendes ins Gewicht:

97. Revisionsunternehmen, die Banken revidieren wollen, benötigen eine Zulassung der EBK. Um diese Zulassung zu erhalten, müssen die Revisionsunternehmen strenge Qualitätsvorschriften erfüllen. Nach Einschätzung der EBK ist die Revision einer Bank eine komplexe Angelegenheit, die grosse branchenspezifische Kenntnisse voraussetzt.

98. Die Parteien schrieben in einer ihrer Eingaben, dass die Marktzutrittsschranke bei der Bankenrevision von der EBK festgelegt wurde und keine Folge von Marktkräften sei. Dem ist zuzustimmen. Trotzdem handelt es sich um eine institutionelle Marktzutrittsschranke, die für kleinere Unternehmen schwierig zu überwinden ist.

99. Aus denselben Gründen, die für die Revision von Grossunternehmen ausgeführt wurden, ist die potentielle Konkurrenz auch auf dem Markt für die Bankenrevision inexistent. Wie der kürzlich erfolgte Rückzug der BfB Sofirom aus der Bankenrevision gezeigt hat, sind Marktaustritte oder weitere Fusionen der kleineren Bankenrevisionsgesellschaften mit den grossen Unternehmen wahrscheinlicher.

4.2.3.3 Nachfragebedingungen bzw. Stellung der Marktgegenseite

100. Hier kann auf die Ausführungen zum Markt für die Revision von Grossunternehmen verwiesen werden (vgl. 4.2.2.3). Auch Banken können ihren Revisoren mit dem Entzug von Mandaten in anderen Bereichen drohen und haben die Möglichkeiten zur aktiven Marktstrukturpflege.

101. Die Bestimmung, dass die aus den Aufträgen einer Bank und der mit ihr verbundenen Unternehmen zu erwartenden jährlichen Honorareinnahmen nicht mehr als 10% der gesamten jährlichen Honorareinnahmen der Revisionsstelle ausmachen dürfen (Art. 36 BankV), ändert hieran nichts. Die Banken verfügen über genügend Ausweichmöglichkeiten, um ihre Drohung notfalls in die Tat umzusetzen.

4.2.3.4 Ergebnis

102. Nach dem Zusammenschluss werden in der Schweiz im wesentlichen fünf Wettbewerber verbleiben, wovon drei mit grösseren und zwei mit kleineren Marktanteilen. Von der Marktgegenseite ist zudem eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der Anbieter zu erwarten. Mit Marktzutritten wird allerdings nicht gerechnet.

103. Während ausgeschlossen werden kann, dass der Zusammenschluss im Markt für Bankenrevision eine alleinige marktbeherrschende Stellung begründen wird, stellt sich die Frage der kollektiven Marktbeherrschung auch hier. Sie soll in der Folge - nach der Besprechung der Wettbewerbsverhältnisse im Markt für die Versicherungsrevision - untersucht werden.

4.2.4 Markt für die Revision von Versicherungen

4.2.4.1 Aktuelle Konkurrenz

Marktanteile für die Versicherungsrevision (1996) Schätzung nach Anzahl Mandaten		
	%	Fusion
RPW	10-20 %	
STG-C&L	20-30 %	30-45 %
KPMG	15-25 %	15-25 %
E&Y	20- 30 %	20-30 %
AA	weniger als 1 %	weniger als 1 %
D&T	weniger als 5 %	weniger als 5 %

Marktanteile für die Versicherungsrevision (1996) Schätzungen nach Bruttoprämieneinnahmen		
	%	Fusion
RPW	25-35 %	
STG-C&L	35-45 %	60-80 %
KPMG	10-20 %	10-20 %
E&Y	5-15 %	5-15 %
AA	weniger als 1 %	weniger als 1 %
D&T	weniger als 2 %	weniger als 2 %

104. Im Markt für die Revision von Versicherungen werden die Parteien nach der Fusion die stärkste Stellung erreichen. Gemessen an der

Grösse der revidierten Versicherungen bzw. den Honorareinnahmen, die - wie weiter oben gezeigt (vgl. Ziff. 70f.) - die relative Stärke der Wettbewerber recht treffend wiedergeben, wird der Marktanteil der Parteien [60-80%] betragen.

105. Relativiert wird die starke Marktstellung der Parteien bei Berücksichtigung der Verteilung der Anzahl Mandate. Auch hier führen die Parteien das Feld mit [30-45%] an, gefolgt von ATAG E&Y mit [20-30%] und KPMG mit [15-25%]. Wie die Parteien zu Recht bemerken, generieren drei von den Parteien gehaltene Mandate (Zürich, Winterthur und Schweizer Rück) alleine mehr als 40% des Honorarvolumens. Daher könnten sich beim Wechsel eines einzigen dieser Mandate gewichtige Marktanteilsverschiebungen (berechnet nach Honorareinnahmen) ergeben. Auch gaben die von der Kommission befragten Versicherungsunternehmen an, dass ATAG E&Y und KPMG ebenso befähigte Revisionsunternehmen seien wie die Parteien. Die Marktanteilsverteilung – berechnet nach Honorarvolumen – überzeichnet daher die Marktstellung der Parteien.

106. Die Kommission prüfte trotzdem, ob sich nach dem Zusammenschluss die Kräfteverhältnisse im Markt für die Versicherungsrevision derart verschieben könnten, dass allenfalls mit einem Rückzug von ATAG E&Y und KPMG aus diesem Markt zu rechnen wäre. Die Kommission gelangte zur Auffassung, dass ein Rückzug von ATAG E&Y und KPMG mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann.

107. Durch den Zusammenschluss werden RPW und STG-C&L ihre Grösse in der Schweiz und die Anzahl ihrer Referenzen ausbauen können. Während sich diese beiden Grössen addieren lassen, hat die Fusion ungleich weniger starke Auswirkungen auf die – von den befragten Versicherungsunternehmen als viel entscheidender eingestuft – Kriterien „Branchenerfahrung“ und „Know-how“. Diese Grössen lassen sich nicht in einer simplen Berechnung addieren: die Branchenerfahrung von RPW plus diejenige von STG-C&L ergibt nicht die doppelte Branchenerfahrung. Betreffend Branchenerfahrung und Know-how werden die Parteien durch den Zusammenschluss daher keinen entscheidenden Wettbewerbsvorteil erzielen.

108. KPMG und ATAG E&Y gaben zudem an, dass sie anstrebten, in den nächsten Jahren im Versicherungsbereich neue Mandate zu akquirieren und den Umsatz in diesem Markt zu erhöhen. In den letzten fünf Jahren hat ATAG E&Y drei Versicherungsmandate hinzugewonnen und keines verloren. KPMG hat zwei Mandate verloren und aufgrund des internationalen Netzwerkes auch zwei Mandate gewinnen können.

109. Durch einen Rückzug aus dem schweizerischen Markt für die Versicherungsrevision würden ATAG E&Y und KPMG zudem riskieren,

in anderen Staaten Versicherungsmandate zu verlieren, da ein vollständiges internationales Netzwerk von grosser Bedeutung ist.

110. AA und D&T werden nur marginale Marktanteile innehaben. Bei den gegenwärtig von AA und D&T revidierten Versicherungen handelt es sich ausschliesslich um ausländische Unternehmen. AA und D&T haben alle diese Mandate bei Ausschreibungen im Ausland und nicht in der Schweiz gewonnen. Da diese Versicherungen ein „global auditing“ vornehmen, wurde die Revisionsgesellschaft für die Schweiz von der ausländischen Muttergesellschaft bestimmt. AA und D&T können deshalb zurzeit die notwendigen Referenzen nicht aufweisen, um auch für grössere Versicherungen in der Schweiz in Betracht zu kommen.

111. Wie bereits im Rahmen der Marktabgrenzung erwähnt, ergaben die Ermittlungen der Kommission, dass Versicherungsgesellschaften Revisionsunternehmen, die zwar im Ausland, nicht aber in der Schweiz Erfahrung bei der Revision von Versicherungsgesellschaften haben, bei der Vergabe von Revisionsmandaten nicht berücksichtigen. Weil AA und D&T in der Schweiz die notwendigen Referenzen fehlen, sind sie in der Schweiz im Markt für Versicherungsrevision insbesondere aus diesem Grund nicht als Wettbewerber einzustufen, welche die Marktstellung der grossen Gesellschaften gefährden könnten.

112. Dasselbe gilt für die vielleicht zwanzig Revisionsunternehmen, welche ein oder höchstens zwei Mandate von kleinen Versicherungsgesellschaften innehaben.

113. Nach der Realisierung des Fusionsvorhabens werden auf dem Schweizer Markt für Versicherungsrevision somit noch drei aktuelle Wettbewerber verbleiben.

114. Die Kommission prüfte deshalb, ob sich anlässlich spezieller Begebenheiten (möglicherweise als separate Märkte abzugrenzen), nämlich Arbitragen, Liquidationen und Konkursen oder Rechtsstreitigkeiten allenfalls eine Verengung des Marktes ergeben könnte, welche zu einer faktischen Monopolsituation führen würde.

115. Die Kommission stellte vorab fest, dass sich eine solche Monopolsituation – sofern sich eine solche ergeben sollte – nicht nur für die Parteien, sondern auch für ATAG E&Y und KPMG einstellen würde. Daher könnte theoretisch die paradoxe Situation eintreten, dass der Zusammenschluss von RPW/STG-C&L zu einem Monopol für ATAG E&Y oder KPMG führen würde. Es war jedoch nicht zu klären, ob dies die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 KG erfüllen würde, weil ein solcher Fall ausgeschlossen werden kann.

116. So kommen im Fall von Arbitragen (z.B. Streitigkeiten betreffend die Bewertung eines Aktivums) nicht nur alle grossen Revisionsgesellschaften (inklusive AA und D&T), sondern auch Investmentbanken in

Betracht. Bei Liquidations- und Konkursverfahren sind wiederum alle grossen Revisionsgesellschaften zu nennen, aber auch grössere Anwaltskanzleien. Holen Gerichte bei Rechtsstreitigkeiten, z.B. Klagen gegen Revisionsgesellschaften, Expertengutachten ein, kommen hierfür nicht nur die grossen Unternehmen, sondern auch die Second-tier-Gesellschaften in Frage.

117. Die Auswahl an Revisionsgesellschaften wird sich für jene Unternehmen zusätzlich verengen, welche nicht von derselben Revisionsgesellschaft geprüft werden wollen wie ihre direkten Konkurrenten, um zu vermeiden, dass ihre Revisionsgesellschaft in Interessenkonflikte kommt. Die Wettbewerbskommission stelle fest, dass das Kriterium „Vermeidung allfälliger Interessenkonflikte“ für die allermeisten Unternehmen unbedeutend ist. So prüfen die Big Four allesamt eine ganze Reihe von Versicherungsgesellschaften. Bedenken wegen Interessenkonflikten lösen die Revisionsgesellschaften ferner durch sogenannte „chinese walls“ (die Versicherungsgesellschaften werden jeweils von anderen Revisionsteams geprüft). Der Zusammenschluss wird in dieser Hinsicht daher kaum etwas an der aktuellen Situation ändern.

4.2.4.2 Potentielle Konkurrenz

118. Was Marktzutritte durch Second-tier-Gesellschaften betrifft, kann auf die allgemeinen Ausführungen für den Markt für die Revision von Grossunternehmen verwiesen werden (vgl. 4.2.2.2). Zusätzlich ist hier zu prüfen, ob allenfalls AA und D&T ihre Marktanteile ausbauen könnten.

119. Ein Unternehmen kann sich in wesentlichem Ausmass unabhängig von den anderen Marktteilnehmern verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG), wenn es über den Einsatz von Wettbewerbsparametern (Preis, Menge, Qualität, Service etc.) bestimmen kann, ohne die Reaktionen allfälliger Konkurrenten berücksichtigen zu müssen. Als guter Test gilt die Frage, ob ein Unternehmen in der Lage ist, seine Preise um 5-10% zu erhöhen, ohne befürchten zu müssen, seine Kunden an die Konkurrenten zu verlieren. Ist dies nicht der Fall, wird sich die Unternehmung nicht in wesentlichem Ausmass unabhängig verhalten können.

120. Wird im vorliegenden Fall hypothetisch von der Situation ausgegangen, nach dem Zusammenschluss würden die verbleibenden aktuellen Konkurrenten, nämlich RPW/STG-C&L, ATAG E&Y und KPMG, ihre Preise um 5-10% erhöhen (was einer kollektiven Marktbeherrschung gleichkäme; dazu vgl. hinten), müssten zumindest einige Versicherungsgesellschaften auf AA und D&T ausweichen, sollen diese beiden Revisionsgesellschaften als potentielle Konkurrenten gelten.

121. Die Kommission hat neun grösseren Versicherungsgesellschaften daher folgende Frage gestellt:

- *Würden Sie eine Revisionsgesellschaft, welche in der Schweiz keine oder nur sehr geringe Erfahrung im Versicherungsbereich hat (z.B. Arthur Andersen oder Deloitte & Touche) für ein Revisionsmandat ernsthaft in Betracht ziehen, wenn Ihnen diese Revisionsgesellschaft einen günstigeren Preis (z.B. um 5% - 10% günstiger) als ihre aktuelle Revisionsgesellschaft (STG-C&L oder RPW) offeriert und zudem eigene internationale Branchenerfahrung, die Garantie des zeitgerechten Beizuges von Ressourcen aus dem internationalen Netzwerk sowie von externen Spezialisten und die unentgeltliche Einarbeitung in das Mandat anbietet?*

122. Eine Versicherungsgesellschaft bejahte diese Frage, drei grosse Gesellschaften schlossen einen Wechsel zu AA und D&T in einer solchen Situation nicht aus, fünf verneinten die Frage. Hieraus lässt sich ableiten, dass AA und D&T zumindest einige Mandate erhalten würden und sich damit die notwendige Branchenerfahrung, welche sie zwar international, aber (noch) nicht in der Schweiz besitzen, auch in der Schweiz aneignen könnten. Dies wiederum würde den weiteren Ausbau ihrer Marktstellung ermöglichen.

123. AA wurde in den letzten Jahren zweimal und D&T einmal zu den wenigen Mandatsausschreibungen von Versicherungsgesellschaften eingeladen (STG-C&L in vier Fällen, RPW in zwei Fällen, ATAG E&Y in drei Fällen, KPMG in vier Fällen). Sie haben den Zuschlag allerdings nie erhalten. Trotzdem zeigen die Einladungen, dass AA und D&T für die Versicherungsgesellschaften potentiell als Revisoren in Frage kommen.

124. Die Wettbewerbskommission zweifelt nicht daran, dass AA und D&T die notwendigen Ressourcen rasch bereitstellen könnten. Heute bestehen Revisionsteams in der Schweiz recht häufig aus dem Schweizer Partner als Mandatsleiter und aus Mitarbeitern aus dem Ausland, welche als Spezialisten zugezogen werden. Ferner kann fachkundiges Personal von der Konkurrenz, aber auch von nicht revidierten Versicherungsgesellschaften abgeworben werden. So hat z.B. STG-C&L einige Krankenkassenexperten von anderen Gesellschaften übernommen, nachdem sie Mandate von Krankenkassen erhalten hatte.

125. Die seit einiger Zeit stabilen Marktanteile zeigen allerdings, dass jedenfalls im Markt für die Revision von Versicherungen solche Abwerbungen entweder nicht stattgefunden haben oder dann keinen Erfolg hatten. Die Wettbewerbskommission geht denn auch nicht davon aus, dass AA und D&T nach dem Zusammenschluss rasch in den Markt für Versicherungsrevision vordringen werden. Es ist aber mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass AA und D&T in diesen Markt weiter eindringen würden, sollten die grossen aktuellen Revisionsgesellschaften den Wettbewerb beschränken.

4.2.4.3 Nachfragebedingungen bzw. Stellung der Marktgegenseite

126. Es kann auf die Ausführungen zum Markt für die Revision von Grossunternehmen verwiesen werden (vgl. 4.2.2.3). Auch Versicherungen können ihren Revisoren mit dem Entzug von Mandaten in anderen Bereichen drohen und haben die Möglichkeiten zur aktiven Marktstrukturpflege.

4.2.4.4 Ergebnis

127. Auf dem Markt für die Revision von Versicherungen werden nach dem Zusammenschluss im wesentlichen drei aktuelle Wettbewerber verbleiben. AA und D&T sind als potentielle Konkurrenten zu betrachten. Von der Marktgegenseite ist zudem eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der Anbieter zu erwarten.

128. Aus diesen Gründen ist auszuschliessen, dass der Zusammenschluss im Markt für Versicherungsrevision eine alleinige marktbeherrschende Stellung begründen wird, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

129. Der wirksame Wettbewerb kann auch durch eine kollektive Marktbeherrschung der wichtigsten Marktteilnehmer beseitigt werden. Der wirksame Wettbewerb kann indes nicht beseitigt werden, wenn sich die verbleibenden Unternehmen tatsächlich um die Wettbewerber bemühen. Die Gründe, welche dazu führen könnten, auf eine gegenseitige Konkurrenzierung zu verzichten, werden im nächsten Abschnitt geprüft.

4.2.5 Kollektive Marktbeherrschung

130. Die Parteien machten geltend, dass das Konzept der kollektiven Marktbeherrschung im schweizerischen Fusionskontrollrecht nirgends ausdrücklich verankert und damit keine Grundlage ersichtlich sei, gestützt auf welche dieses von der EU-Kommission entwickelte Konzept in die schweizerische Rechtsordnung übernommen werden könnte.

131. Art. 4 Abs. 2 KG definiert eine marktbeherrschende Stellung als „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“. Das schweizerische Fusionskontrollrecht ist somit in bezug auf die Definition des Begriffes Marktbeherrschung noch deutlicher als das europäische Fusionskontrollrecht, da das KG - anders als das europäische Recht - explizit anerkennt, dass eine marktbeherrschende Stellung durch mehrere Unternehmen - als kollektive Marktbeherrschung - begründet werden kann.

132. Unbehelflich ist ebenso das Argument der Parteien, Art. 10 Abs. 2 KG verwende den Begriff „marktbeherrschende Stellung“, nicht „marktbeherrschendes Unternehmen“ wie Art. 4 Abs. 2 KG, und daher könne es – aufgrund des Wortlauts und der systematischen Zu-

sammenhänge – nur um die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen gehen. Es geht tatsächlich nur um die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, denn deren Vorhaben muss zu einer Verstärkung oder Begründung einer marktbeherrschenden Stellung führen.

133. Die Parteien machten auch geltend, dass die oligopolistische bzw. kollektive Marktbeherrschung nur vom Kartellgesetz erfasst werden könne, wenn das Oligopol in einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Kollusion, d.h. einer abgestimmten Verhaltensweise, nicht aber in einem wirtschaftlich begründbaren und natürlichen Parallelverhalten, bestehen würde. Die Parteien verkennen, dass in aller Regel auch eine ausdrückliche oder stillschweigende Kollusion wirtschaftlich begründbar ist, denn die beteiligten Unternehmen erhoffen sich von solchem Verhalten Vorteile. Nachzuweisen bleibt alleine, dass die Oligopolisten durch ihr gleichgerichtetes Verhalten bewusst und gewollt dem Wettbewerbsdruck entgehen wollen, bzw. dass die entstehende Marktstruktur solches Verhalten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt.

134. Die Wettbewerbskommission ist daher der Auffassung, dass das Konzept der kollektiven Marktbeherrschung im Rahmen des KG Anwendung findet.

135. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG ist ein Zusammenschluss dann zu untersagen oder mit Auflagen und Bedingungen zuzulassen, wenn durch diesen unter anderem eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Diese Voraussetzung gilt auch bei einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung.

136. Verstärkt kann eine kollektiv marktbeherrschende Stellung durch einen Zusammenschluss nur dann werden, wenn diese Stellung bereits vor dem Zusammenschluss bestand. Im konkreten Fall müsste daher eine oligopolistische Verhaltensweise mit den Wirkungen einer Abrede vor dem Zusammenschluss vorgelegen haben. Die Stellungnahmen aller Big Six und auch der Marktgegenseite haben gezeigt, dass sich die Big Six gegenwärtig einen harten Konkurrenzkampf liefern, und dass auf allen Revisionsmärkten Wettbewerb herrscht. Der Zusammenschluss kann daher nicht zur Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung führen.

137. Sollte der Zusammenschluss eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründen, wäre zu zeigen, dass der Zusammenschluss mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein wettbewerbsbeschränkendes Parallelverhalten (kollusives Verhalten) auslösen wird bzw. dass sich im vorliegenden Fall mit dem Zusammenschluss der Parteien (mit dem Rückgang von sechs auf fünf bzw. von vier auf drei aktuelle Wettbewerber) die Anreizstruktur der verbleibenden Big Five resp. Big Three und die Marktstrukturen derart ändern, dass sich ein stabiles Oligopol

bilden würde. Ein solches Ergebnis ist nach Auffassung der Kommission mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszuschliessen.

138. Die Wettbewerbskommission erkennt keinen Grund, weshalb der Zusammenschluss eine kollusive Verhaltensweise auslösen sollte. Ein Rückgang der Anzahl Wettbewerber von sechs auf fünf oder von vier auf drei ist weder ein notwendiger, noch ein hinreichender Grund hierzu. Ferner führt der Zusammenschluss von einer eher gleichgewichtigen Marktanteilsverteilung (wird von AA und D&T abgesehen) zu einer Struktur mit Marktführerschaft durch die Parteien. Der Anreiz zu einem wettbewerbsbeschränkenden Parallelverhalten dürfte sich insbesondere für die Parteien eher verringern.

139. Gemäss übereinstimmender Auffassung erfordert Kollusion ein hohes Mass an Markttransparenz und damit Information der Anbieter über die Verhaltensweisen ihrer Konkurrenten (vgl. Kantzenbach Erhard „Kollektive Marktbeherrschung: Neue Industrieökonomik und Erfahrungen aus der Europäischen Fusionskontrolle“, Baden-Baden 1996, 39ff, und 65ff.; Philips Louis "Competition policy: a game-theoretic perspective", Cambridge University Press, Cambridge, 1995, Seite 14; auch Juan Briones "Oligopolistic dominance, is there a common approach in different jurisdictions?" in: European Law Review Vol. 16, 1995). Können die Anbieter das Verhalten aller anderen Anbieter beobachten, kann ein Abweichen vom abgestimmten Verhalten rasch festgestellt und entsprechend reagiert werden. In transparenten Märkten haben die Anbieter daher keinen Anreiz, Gewinnmöglichkeiten wahrzunehmen, welche sich aus einem Abweichen vom Parallelverhalten ergeben würden, denn damit würden sie die bisherige Kollusion gefährden. Produkteheterogenität (Produktdifferenzierung) wirkt demgegenüber in der Regel kollusionsstörend, denn sie führt zu vermehrter Intransparenz des Marktes. Produktdifferenzierung könnte einer Kollusion aber auch förderlich sein, falls die Differenzierung eine „Aufteilung“ von Kunden bewirkt, d.h. ausgeprägte Kundenpräferenzen bestehen. Im vorliegenden Fall gibt es keine Hinweise für solche Kundenpräferenzen.

140. Ein Revisionsmandat umfasst ein ganzes Paket von individuell auf die Bedürfnisse des Kunden zugeschnittenen Dienstleistungen. Bei einer Ausschreibung preist sich jede Gesellschaft in ihrer umfangreichen Offerte mit ihren eigenen Referenzen, spezialisierten Revisoren und sonstigen Stärken an. Der genaue Inhalt, Umfang und Gesamtpreis eines Revisionsmandates werden zudem erst im Laufe eines Ausschreibungsverfahrens zwischen dem Revisionsunternehmen und der ausschreibenden Unternehmung verhandelt und definitiv festgelegt. Somit ist letztlich die Leistung der einzelnen Revisionsunternehmung nur schwer mit jener einer anderen Gesellschaft vergleichbar (wäre die Revisionsleistung tatsächlich eine «Commodity», gäbe es keinen Grund, umfangreiche Bewerbungsunterlagen einzureichen,

drei bis vier Gespräche mit den Verantwortlichen der ausschreibenden Unternehmung zu führen und Hunderttausende von Franken für eine Bewerbung aufzuwenden).

141. Da die Produktdifferenzierung hoch ist, behebt auch die Tatsache, dass die Treuhandkammer Honorarempfehlungen für Stundenansätze festgelegt hat, die fehlende Markttransparenz nicht.

142. Weil im Markt für Bankenrevision die Prüfungsziele und damit der Gesamtumfang der Revisionsaufträge von der EBK vorgegeben werden und diese auch die Revisionshonorare überwacht, dürfte in diesem Markt die Transparenz höher sein. Allerdings gilt auch hier das in Ziff. 140 gesagte. Zudem ändert der Zusammenschluss nichts an diesen Fakten. Die Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss ist aufgrund fehlender Markttransparenz nicht möglich (dass der Zusammenschluss keine solche Stellung verstärken wird, wurde in Ziff. 136 dargelegt).

143. Die Leistungen und die dafür bezahlten Preise, welche die Transparenz eines Marktes im allgemeinen entscheidend beeinflussen, sind folglich im Revisionsmarkt nur schwer vergleichbar. Die für eine Kollusion notwendige Produktehomogenität fehlt somit weitestgehend.

144. In den Revisionsmärkten ist es kaum möglich, in kurzer Frist eine Vielzahl von Mandaten zu erhalten, sollte eine Revisionsgesellschaft ihre Preise senken und damit von einer - stillschweigenden - Preiskollusion abweichen. Die Kundentreue in den Revisionsmärkten ist gross; zudem entstehen dem Kunden beim Wechsel der Revisionsgesellschaft grössere Kosten. Es könnte daher argumentiert werden, der Gewinn, der durch das Abweichen von einem vereinbarten Verhalten erzielt werden könnte, sei nur gering und der Anreiz, tatsächlich abzuweichen, entsprechend klein, was auch den Stellenwert des Kriteriums „Transparenz“ beschränke. Beim Wechsel des CS-Mandats von RPW zu KPMG gingen RPW Honorareinnahmen in Millionenhöhe verloren. Auch wenn Revisionsmandate nicht sehr häufig ausgeschrieben werden, so geht es anlässlich solcher Ausschreibungen in der Regel um hohe Honorarsummen. Der Anreiz, die Vereinbarung dann zu unterlaufen, dürfte daher sehr gross sein.

145. Eine stabile Preisabsprache würde demnach einen hohen Koordinationsaufwand, engen Kontakt zwischen den Revisionsgesellschaften und den Austausch sensibler Daten bedingen. Dies wäre sehr kostspielig. Auch müssten die Revisionsgesellschaften Informationen offenlegen, die auch in Bereichen, in welchen die Big Six Wettbewerber sind, von Relevanz wären. Neben der fehlenden Markttransparenz sprechen folgende, weitere Gründe gegen die Begründung einer kollektiven Marktbeherrschung.

146. Dass die Revisionsgesellschaften die Kunden unter sich aufteilen könnten, ist unrealistisch. Die Revisionsgesellschaften müssten dazu Einladungen zu Ausschreibungen ablehnen oder deutlich schlechtere Offerten einreichen als dasjenige Unternehmen, welches diesen Kunden erhalten soll. Damit würden die Revisionsgesellschaften ihren Ruf auch in Märkten schädigen, in welchen eine Kundenaufteilung nicht möglich ist, da es zusätzliche Konkurrenten gibt.

147. Alle Big Six sind nebst der Revision auch im Beratungsgeschäft aktiv und sind bestrebt, in diesen Zukunftsmärkten zu wachsen. Fast jeder Revisionskunde ist ein aktueller oder potentieller Kunde für ein Beratungsmandat. Wie die Ermittlungen zeigten, würde die Marktgegenseite ein unkompetitives Verhalten der Revisionsgesellschaften durch Entzug von Beratungsmandaten und eine teilweise Rücknahme von Revisionsleistungen in die interne Revision sanktionieren (vgl. 4.2.2.3).

148. Ferner müssten auch AA und D&T in die Absprache einbezogen werden. Andernfalls wäre mit aggressiven Reaktionen dieser Unternehmen zu rechnen. In allen Revisionsmärkten werden einige Unternehmen bereit sein, ein attraktives Angebot von AA oder D&T wahrzunehmen (vgl. auch 4.2.4.2). AA und D&T könnte damit die Stabilität und den Erfolg einer Kollusion verhindern.

149. In ein stabiles Oligopol müssten folglich die Big Five eingebunden sein. Dies würde zum einen – wegen der fehlenden Markttransparenz – zu kaum überwindbaren organisatorischen Schwierigkeiten führen. Zum andern ist zu bezweifeln, dass in diesem Fall alle an der Abrede Beteiligten davon überzeugt wären, dass sie sich durch die Abrede besser stellen als ohne Abrede. Insbesondere für AA und D&T scheint dies unwahrscheinlich.

150. Die Kommission verkennt nicht, dass die Revisionsunternehmen grundsätzlich ein Interesse daran haben, das seit einiger Zeit feststellbare kontinuierliche Absinken des Preisniveaus zu stoppen und damit durchaus ein Anreiz zu einer Absprache gegeben ist. Aus den oben genannten Gründen ist die Kommission jedoch der Auffassung, dass einer solchen Absprache kein Erfolg beschieden sein wird. Ferner bestand dasselbe Interesse bereits vor dem Zusammenschluss; eine Absprache besteht gemäss den Ermittlungen der Kommission aber nicht.

151. Die Wettbewerbskommission gelangt deshalb zum Ergebnis, dass der Zusammenschluss keine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

4.3 Ergebnis

152. Das Zusammenschlussvorhaben wird auf den betroffenen Märkten keine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wett-

bewerb beseitigt werden kann, begründen oder verstärken. Der Zusammenschluss ist daher wettbewerbsrechtlich unbedenklich.

153. Den Rechtsvertretern der Parteien wird daher die Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses mitgeteilt.

B 2.2 2. *Curti & Co. AG / Schweizerische Speisewagen-Gesellschaft Holding*

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

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

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

Stellungnahme der Kammer Dienstleistungen vom 13. Mai 1998.

1 *Der Zusammenschluss und die Parteien*

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission ist aufgrund von Zeitungsmeldungen über die Gründung der Bon Appétit Gruppe durch die Zusammenführung der Prodega Gruppe („Prodega“) und der SSG Schweizerische Speisewagen-Gesellschaft Holding mit Sitz in Olten („SSG“) auf die Übernahme eines grösseren Aktienpaketes der SSG durch die Curti & Co. AG mit Sitz in Luzern („Curti“) von der Feldschlösschen Gruppe („Feldschlösschen“) im Sommer 1997 aufmerksam geworden. Es hat Curti mit Schreiben vom 16. April 1998 aufgefordert, Informationen über den damaligen Kauf zu übermitteln, da es sich bei der oben beschriebenen Transaktion womöglich um einen meldepflichtigen Zusammenschluss gehandelt habe.

2. Aufgrund der Ergebnisse eines Gesprächs am 27. April 1998 in Bern ging am 1. Mai 1998 eine nachträgliche Meldung des erwähnten Zusammenschlusses im Sekretariat ein. Danach hat die Curti ein Aktienpaket von 4880 Aktien, resp. 48,8% des Aktienkapitals der SSG von Feldschlösschen übernommen.

3. Curti bezweckt den Erwerb und die Verwaltung von Beteiligungen an anderen Unternehmen. Die wichtigsten Beteiligungsgesellschaften sind

- die Prodega Gruppe, mit einer Beteiligungsquote per 31.12.1996 von 55,59%. Die Prodega ist mit den Gesellschaften Prodega AG und Growa AG im Abholgrosshandel, mit der Howeg-Planteurs Réunis AG im Belieferungsgrosshandel und mit der Ewoco Gruppe in Frankreich als Grossist tätig;
- die SSG Holding, an der Curti vor der Übernahme des Aktienpaketes mit 48,8% beteiligt war. Curti hat die SSG gemeinsam mit der Feldschlösschen Gruppe kontrolliert. Eine kurze Beschreibung der SSG Holding folgt in RZ 4;
- sowie die Hofer & Curti AG, an der Curti mit 50% beteiligt ist. Die Hofer & Curti AG betätigt sich mit ihren Tochtergesellschaften

überwiegend im Detailhandel. Die wichtigsten Beteiligungen sind diejenigen an der UHC Hofer & Curti AG mit deren wichtigsten Tochtergesellschaften Pick & Pay Betriebs AG und Usego AG.

4. Die SSG bezweckt den Erwerb und die Verwaltung von Beteiligungen. Sie ist mit ihren Tochtergesellschaften vorwiegend im Gastro-Bereich tätig. Per 31. Dezember 1996 hielt sie die folgenden Beteiligungen:

- 100% der SSG Restaurant & Hotel AG, welche ihrerseits 100% der Hans Tschopp AG, 60% der Raststätte Aaretal AG und 95% der Raststätte Pratteln AG hält;
- 100% der SSG Speisewagen AG;
- 100% der SSG Minibar AG;
- 90% der Flughafenrestaurant AG, die ihrerseits mit 52% an der ARH Management AG beteiligt ist;
- 76,1% der Vorstadt Egerkingen AG;
- 100% der Immobiliengesellschaft Limmatstrasse 23 AG;
- 51% der Restoroute de la Gruyère SA.

2 *Anwendbarkeit der Vorschriften über Unternehmenszusammenschlüsse*

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

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

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

6. Gemäss Art. 4 Abs. 3 lit. b KG gilt jeder Vorgang, durch den ein Unternehmen die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen erlangt, als Unternehmenszusammenschluss. Dies kann z.B. durch den Erwerb einer Beteiligung oder den Abschluss eines entsprechenden Vertrages erfolgen. Das Erlangen der Kontrolle setzt gemäss Art. 1 VKU voraus, dass mit dem Erwerb von Beteiligungsrechten die Möglichkeit geschaffen wird, bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des betreffenden Unternehmens auszuüben.

7. Am 30. Juni 1997 hat Curti von Feldschlösschen 4880 Aktien der SSG gekauft und hält nun neu 9760 Aktien, d.h. 97,6 % der Stimmen. Vor dem Zusammenschluss hatten Curti und Feldschlösschen je zwei Verwaltungsratsmandate von insgesamt fünf und je 48,8% Stimmenanteil. Das Präsidium hatte keinen Stichtentscheid. Ein Aktionärsbindungsvertrag sah bei Streitigkeiten einen neutralen Einzelschiedsrichter vor. Obwohl gemäss Aussagen der Parteien die Geschäfte der SSG

faktisch von Curti geführt wurden, kam Feldschlösschen bei allfälligen Uneinigkeiten im Verwaltungsrat daher ein Vetorecht zu. Deshalb wurde die SSG vor dem Zusammenschluss gemeinsam durch die Curti und die Feldschlösschen kontrolliert.

8. In vorliegendem Fall erfolgte ein Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle, indem Curti das gesamte Aktienkapital von Feldschlösschen übernahm und fortan 97,6% der Anteile und Stimmen hält, d.h. alleine einen bestimmenden Einfluss auf die Geschäftstätigkeit der SSG ausüben kann. Es handelt sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne des KG.

2.3 Meldepflicht (Art. 9 KG)

9. 1996, im Jahr vor dem Zusammenschluss betrug der Umsatz der Curti (nur Prodega AG voll konsolidiert) CHF 912 Mio. und derjenige der SSG CHF 223 Mio.. Damit sind die Schwellenwerte für die Meldepflicht gemäss Art. 9 KG erreicht. Der Zusammenschluss ist somit meldepflichtig.

2.4 Die relevanten Märkte

10. Auf eine genaue Abgrenzung der Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 3 lit. a und b VKU kann im weiteren grösstenteils verzichtet werden, da die beteiligten Unternehmen in unterschiedlichen Branchen tätig sind und sich daher auch keine Marktanteilsadditionen ergeben können. Die vorliegenden Änderungen der Kontrollverhältnisse haben zudem keine Auswirkungen auf die Marktanteilsverhältnisse. Daher kann der Zusammenschluss nur unter sehr speziellen Bedingungen eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Einzig im Markt für Bahncatering besteht ein Marktanteil, der allenfalls zu einer marktbeherrschenden Stellung führen könnte, die durch die Folgen des Zusammenschlusses im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. a verstärkt werden kann. Im folgenden werden kurz die Tätigkeitsbereiche der beiden Unternehmen beschrieben und der Markt für Bahncatering detaillierter betrachtet.

2.4.1 Curti

11. Curti ist mit ihrer Tochter Prodega im Belieferungs- und Abhol-grosshandel tätig. Abnehmer sind zu 75,4% die Gastronomie und zu 24,6% der Detailhandel. Das Sortiment von Prodega setzt sich aus den Warengruppen Food (25,9% des Umsatzes), Metzgerei (17,4%), Non-Food (13,9%), Tabak (13,3), Molkerei (11,4%), Früchte und Gemüse (7,3%), Spirituosen (6%) und Wein (4,8%) zusammen. Prodega weist in der Grosshandelsbranche einen Marktanteil von 10% auf. Die SSG bezieht ca. 10% ihres Einkaufs bei Prodega.

2.4.2 SSG

12. Die SSG ist im Bahncatering, im Autobahnraststättenbetrieb sowie in der Gastronomie tätig. Autobahnraststätten bieten Verpfle-

gungsmöglichkeiten, Detailhandel sowie den Verkauf von Benzin an. Die Restaurationsbetriebe der SSG wurden bereits in RZ 4 erwähnt.

2.4.2.1 Bahncatering

13. Der sachliche Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden können (Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU). Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU). Für den Bahncatering-Markt stellt eine getrennte Betrachtung der beiden Aspekte des relevanten Marktes keine sinnvolle Vorgehensweise dar.

14. Das Bahncatering umfasst als Leistung den Verkauf von Getränken und Lebensmitteln im Zug, entweder stationär im Speisewagen oder durch mobile Minibars. Die räumliche Eingrenzung des Verkaufs direkt im Zug stellt gleichzeitig die wichtigste Eigenschaft dar, die diese Leistung von anderen gastronomischen Dienstleistungen unterscheidet. Ob der Markt hinsichtlich des Zwecks der Leistung, nämlich die Verpflegung während einer Bahnfahrt nicht auch auf sämtliche Lebensmittelverkaufsstellen in und um den Bahnhof ausgeweitet werden müsste, kann offen gelassen werden, da dies für die weitere Beurteilung des Falles keine Rolle spielt.

15. Der Markt für Bahncatering kann bezüglich der Marktgegenseite weiter unterteilt werden: Während für den einzelnen Bahnreisenden eine eigentliche Monopolstellung des Caterers besteht, wenn man den Markt auf die engst mögliche Weise definiert, ist der Markt aus der Sicht der Bahnbetriebsgesellschaft, die einen Caterer für die Verpflegung in einer bestimmten Zugskomposition aussucht, von Konkurrenz geprägt. Die Monopolstellung im einzelnen Zug ergibt sich aus wirtschaftlich zwingenden Gründen. Der Zusammenschluss hat darauf keinen Einfluss. Im weiteren wird deshalb der Bahncateringmarkt nur im Lichte der Beziehung Caterer-Bahnbetriebsgesellschaft genauer betrachtet.

2.5 Marktstellung der SSG im Markt für Bahncatering

2.5.1 Marktvolumen, Marktanteile und Wettbewerber

16. Die SSG hat mit einem Marktanteil von 55% im Vergleich zu Mitropa (Suisse) mit 35% und übrigen (ausländ. Anbieter, Migros) mit 10% eine verhältnismässig starke Marktposition. Das Gesamtmarktvolumen beträgt ausgehend von den angegebenen Marktanteilen und dem Umsatz der SSG ca. CHF 97 Mio.

2.5.2 Markteintritte, Produktneueinführungen und potentieller Wettbewerb

17. Der Eintritt in den Bahncateringmarkt erfolgt in der Schweiz via Ausschreibungen der SBB für ein Bahnwagensystem (Normale Personenwagen, Doppelstockwagen, Speisewagen, Swiss Pendo). Die SBB übt die Praxis, mit verschiedenen Anbietern Verträge für das Bahnnetz abzuschliessen.

18. Markteintritte fanden in den letzten Jahren insbesondere durch die Mitropa (Suisse) statt, die mit einem Marktanteil von 35% der grösste Konkurrent der SSG ist. Wie der Markteintritt von Mitropa in der Schweiz zeigt, sind die grossen Anbieter aus dem Ausland (neben Mitropa sind dies: AGAPE und Wagon-Lits) potentielle Konkurrenten. Daneben kommen aber auch inländische Detaillisten und Gastronomieunternehmen als potentielle Konkurrenten in Frage.

3 Ergebnis

19. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, da

- die Änderung der Kontrollverhältnisse keine Änderung der Marktanteilsverhältnisse bewirkt;
- keine Marktanteile addiert werden;
- es im Markt für Bahncatering (Caterer-Bahnbetriebsgesellschaft) genügend aktuelle und potentielle Konkurrenten gibt.

Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

4 Sanktionsverfahren

20. Eine allfällige Sanktionierung wegen Vollzugs eines Unternehmenszusammenschlusses ohne Meldung gemäss Art. 51 KG (vgl. RZ 6-8) wird im Rahmen eines eigenen Verfahrens geprüft, welches gleichzeitig mit dem Entscheid auf eine Prüfung zu verzichten, eröffnet wird.

5 Publikation

21. Für den Fall, dass keine Prüfung durchgeführt wird, schreiben KG und VKU eine Publikation der Stellungnahme bzw. der Begründung nicht vor. Artikel 49 Absatz 1 KG sieht allerdings vor, dass das Sekretariat und die Wettbewerbskommission die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit orientiert. Auch im Sinne einer transparenten Entscheidpraxis sowie zwecks Diskussion der ergangenen und Verbesserung der zukünftigen Entscheide bzw. Stellungnahmen scheint die integrale Veröffentlichung möglichst aller Entscheidungsbegründungen angezeigt. Zudem hat die Kommission an ihrer Plenarsitzung vom 20. Januar 1997 beschlossen, auch die Begründungen bei Nichtdurchführung der Prüfung einzelfallweise zu publizieren.

22. Das Sekretariat beantragt daher, dass nach Elimination allfälliger Geschäftsgeheimnisse die Abschnitte 1 bis 4 dieses Berichts als Stellungnahme der Wettbewerbskommission publiziert werden.

B 2.2 3. Swisskey AG

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vertreten durch die Kammer Infrastruktur vom 6. April betreffend das Zusammenschlussvorhaben Swisskey AG.

1 Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 23. Februar 1998 und mit Ergänzung vom 9. März 1998 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Die Unternehmen Swisscom AG, Bern („Swisscom“), Telekurs Holding AG, Zürich („Telekurs“) und DigiSigna – Elektronischer Registrier- und Zertifizierungsdienst der Schweizer Handelskammern, Zürich („DigiSigna“) beabsichtigen die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Swisskey AG, Zürich („Swisskey“).

2. Swisskey bezweckt die Sicherstellung der Abwicklung elektronischer Transaktionen, insbesondere durch Registrierung, Zertifizierung und Vertrieb von entsprechenden digitalen Schlüsseln. Weiter wird die Erstellung, der Betrieb und Unterhalt einer Zertifikationsmanagement-Infrastruktur, die Erreichung internationaler Anerkennung und die Querzertifizierung mit Dritten im In- und Ausland angestrebt.

3. Swisscom ist in der Schweiz und mittels Beteiligungen auch im Ausland auf allen Märkten der Telekommunikation tätig. Swisscom ist als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft zu 100% im Besitz der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Auch nach der Öffnung des Telekommunikationsmarktes Schweiz ist sie in bezug auf Umsatz, Marktanteile und auch Tätigkeitsfeld die führende Unternehmung.

4. Telekurs bezweckt die Finanzierung, den Erwerb und die dauernde Verwaltung von Beteiligungen an Unternehmen im In- und Ausland, die im Banken- und Finanzbereich sowie in verwandten Bereichen tätig sind. Telekurs kontrolliert mehrere Tochtergesellschaften (Europay (Switzerland) SA, Payserv AG, Telekurs SIC AG und Finanzinformation AG), welche Dienstleistungen in den Bereichen Zahlungsmittel und -verkehr (Betreuung, Vermarktung von Zahlungsmitteln, Verarbeitung und Interbank Clearing) und Finanzinformationen erbringen. Sie beschäftigt ca. 1600 Mitarbeiter und erzielt einen Umsatz von rund CHF 600 Mio.

5. Telekurs mit einem Aktienkapital von CHF 45 Mio. ist ein Unternehmen der Schweizer Banken, wobei die Aktien von den drei Grossbanken mit grösseren Tranchen und von anderen Banken mit kleineren Tranchen gehalten werden (Anteile sind der Wettbewerbskommission bekannt).

6. DigiSigna ist ein im Handelsregister eingetragener Verein nach Art. 60 ff ZGB. DigiSigna bezweckt den Betrieb einer Organisation zur Sicherstellung der Rechtsgültigkeit von elektronischen Dokumenten, welche digital signiert sind. Aufgrund der Höhe der Beteiligung an Swisskey (5%) und den Bestimmungen im Aktionärbindungsvertrag vom 17. Dezember 1997 kann DigiSigna nicht als kontrollierendes Unternehmen bezeichnet werden. Bei der Beurteilung des Zusammenschlusses wird DigiSigna denn auch nur am Rande berücksichtigt.

2 *Anwendbarkeit der Vorschriften über Unternehmenszusammenschlüsse*

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

7. Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens („GU“) ist gemäss Art. 2 VKU als Unternehmenszusammenschluss im Sinn von Art. 4 Abs. 3 KG zu beurteilen, wenn

- es gemeinsam kontrolliert wird,
- es auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und
- in es Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen.

8. Swisskey wird von Swisscom und Telekurs gemeinsam kontrolliert. Beide Unternehmen halten je 47,5% der Aktien. Gemäss Aktionärbindungsvertrag haben Swisscom und Telekurs je zwei Vertreter im fünfköpfigen Verwaltungsrat. Verwaltungsratspräsident und –vizepräsident werden jeweils von Swisscom bzw. Telekurs gestellt. Ausserdem haben Swisscom und Telekurs verschiedene Vetorechte.

9. Swisskey soll gemäss dem Zweckartikel in den Statuten auf Dauer die in Rz. 2 beschriebenen Aufgaben erbringen.

10. Während die Erfüllung der beiden ersten Voraussetzungen unbestritten ist, wird von den Parteien das Einfließen von Geschäftstätigkeiten in Frage gestellt.

11. Nach Auffassung der Wettbewerbskommission handelt es sich bei den in das GU einzubringenden Aktiva aufgrund deren Herkunft, Natur und wirtschaftlichen Bedeutung um Geschäftstätigkeiten im Sinne von Art. 2 VKU. Swisscom und Telekurs bringen nicht nur Kapital (Bareinlage), sondern bedeutende Soft- und Hardwareprodukte (Sacheinlage) in das GU ein. Bei den dem GU übertragenen Wertsachen gemäss Sachübernahme- bzw. Sacheinlagevertrag handelt es sich nicht um „isolierte“ Investitionsgüter, sondern um komplette Sys-

teme, die die materielle Grundlage für die Ausübung einer unabhängigen wirtschaftlichen Tätigkeit darstellen. Unerheblich ist dabei die Tatsache, dass die von Swisscom eingebrachte Soft- und Hardware auf dem Markt erhältlich ist. Dass die Parteien eigene Geschäftstätigkeiten zugunsten dem GU aufgeben, wird ausserdem durch das im Aktiönärbindungsvertrag aufgenommene Konkurrenzverbot bestätigt.

12. Die Gründung der Swisskey stellt demnach einen Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 KG dar.

2.2 Meldepflicht (Art. 9 KG)

13. Die Meldepflicht ergibt sich im vorliegenden Fall gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG, da für Swisscom in der rechtskräftigen Verfügung der Wettbewerbskommission i.S. Blue Window vom 5. Mai 1997 eine marktbeherrschende Stellung im Telefoniemarkt festgestellt wurde und dieser benachbart zum vorliegend betroffenen Markt für elektronische Zertifikate ist.

14. Im übrigen werden die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht.

3 Vorläufige Prüfung (Art. 10 KG)

3.1 Die relevanten Märkte

3.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

16. Als Marktgegenseite können im vorliegenden Fall alle Nachfrager nach Zertifikaten angesehen werden. Dabei handelt es sich sowohl um Unternehmen wie auch um natürliche Personen.

17. Im Zentrum der Beurteilung steht der Markt für elektronische Zertifikate, in welchem die Tätigkeit von Swisskey anzusiedeln ist. Die Swisskey kontrollierenden Unternehmen Swisscom bzw. Telekurs haben ihre Tätigkeit in den Bereichen Telekommunikation bzw. Zahlungsmittel. In beiden Bereichen existieren zum Markt für elektronische Zertifikate benachbarte Märkte. Der Markt für elektronische Zertifikate sowie die benachbarten Märkte werden im folgenden separat betrachtet.

3.1.1.1 Markt für elektronische Zertifikate

18. Die von Swisskey in Zukunft zu erbringende Leistung ist die Gewährleistung der Sicherheit von elektronischen Transaktionen. Im gesamten Bereich des Informationsaustausches über Internet ist die Sicherheit ein gewichtiger Erfolgsfaktor für die weitere Entwicklung. Es zeigt sich heute, dass in vielen Bereichen des Informationsaustausches, des Handels oder des Telebankings die technischen Möglichkei-

ten vorhanden sind, und die potentiellen Anwender auch grosses Interesse an elektronischen Transaktionen haben. Das grösste Hindernis für den eigentlichen Durchbruch des elektronischen Handels ist aber die mangelhafte Sicherheit. Mit elektronischen Zertifikaten kann das Sicherheitsproblem gelöst werden. Elektronische Zertifikate garantieren die Authentifizierung des Teilnehmers, die Integrität der Information und die Vertraulichkeit der gesendeten Daten.

19. Für elektronische Zertifikate hat sich weltweit der X.509 Standard der International Telecommunication Union durchgesetzt. Die Zertifikate dieses Standards werden als „Internet-Zertifikate“ bezeichnet. Auch Swisskey will ihre Produkte auf diesem Standard aufbauen. Daneben existieren weitere Standards wie UN/EDIFACT oder Secure Electronic Transaction („SET“). Die Einsatzmöglichkeiten der letztgenannten Standards sind aber sehr begrenzt und die Zahl der Anwender dieser Standards wird mit der Einführung von X.509 Zertifikaten rasch abnehmen.

20. UN/EDIFACT Zertifikate werden im Umfeld des Electronic Data Interchange (EDI) eingesetzt. Unter EDI versteht man den elektronischen Datenaustausch über Geschäftstransaktionen (z.B. Bestellungen, Rechnungen, Warenerklärungen) zwischen Unternehmen. Die Daten werden in Form von strukturierten, nach vereinbarten Regeln formatierten Nachrichten übertragen, was dem Empfänger ermöglicht, die Daten direkt in seinem Anwenderprogramm weiterzubearbeiten.

21. SET ist ein proprietäres System, welches von Mastercard International und Visa International konzipiert wurde. SET ist eine Sicherheitsarchitektur, die ausschliesslich für Kreditkartenzahlungen im Internet eingesetzt wird.

22. Neben den elektronischen Zertifikaten bestehen zur Zeit keine Alternativen, um dieselben Sicherheitsprobleme zu lösen (vgl. Rz. 18).

23. Folglich kann ein Markt für das Ausstellen von Zertifikaten zur Identifikation von Anwendern im elektronischen Verkehr definiert werden. In der Folge wird der Einfachheit halber vom Markt für elektronische Zertifikate gesprochen.

3.1.1.2 Benachbarte relevante Märkte im Bereich Telekommunikation

3.1.1.2.1. Markt für die Übertragung von Informationen

24. Um elektronischen Handel betreiben zu können, ist grundsätzlich ein Anschluss an ein Telekommunikationsnetz notwendig.

25. Für die Marktgegenseite ist es aufgrund der technischen Konvergenz immer weniger wichtig, auf welcher Technologie das Netz basiert und für welchen Verwendungszweck das Netz ursprünglich aufgebaut worden ist. Eine Unterscheidung der Märkte für die Über-

tragung von Informationen beispielsweise nach Telefonie, Mobilfunk, Daten oder Kabelfernsehen erübrigt sich deshalb.

26. Als relevanter Markt wird die Übertragung von Informationen über ein Telekommunikationsnetz definiert.

3.1.1.2.2. Markt für den Zugang zum Internet

27. Neben dem Anschluss an ein Telekommunikationsnetz ist zumindest für private Nachfrager eine Internet-Zugangsoftware notwendig. Diese Software wird mit gewissen pro Anbieter unterschiedlichen Zusatzleistungen durch die verschiedenen Internet-Provider angeboten.

28. Für die Marktgegenseite sind alle Leistungen substituierbar, die ihr den Zugang zum Internet ermöglichen. Demzufolge wird der Markt für den Zugang zum Internet als relevant bezeichnet.

3.1.1.3 Benachbarter relevanter Markt im Bereich Zahlungsmittel

3.1.1.3.1 Markt für Kreditkarten

29. Der Bereich Zahlungsmittel besteht nicht nur aus den Kreditkarten (pay later), sondern beinhaltet auch die Debitkarten (pay now) und die Wertkarten (pay before). Ein Karteninhaber kann jedes dieser drei Kartensysteme wahlweise einsetzen, wobei die Wahl häufig auch erst im Geschäft erfolgen kann.

30. Im vorliegenden Zusammenschlussfall stellen die Nachfrager nach elektronischen Zertifikaten die Marktgegenseite dar. Im Bereich des elektronischen Handels werden die gekauften Waren oder Leistungen in aller Regel mit Kreditkarten bezahlt. Entgegen den im „normalen“ Handel geltenden Substitutionsbeziehungen zwischen den verschiedenen bargeldlosen Zahlungsmitteln, besteht diese Substitutionsmöglichkeit im elektronischen Handel und damit im vorliegenden Fall nicht.

31. Als relevanter Markt wird deshalb für die Zwecke des vorliegenden Falles der Markt für Kreditkarten definiert. Eine abschliessende Beantwortung dieser Frage erübrigt sich, weil der Zusammenschluss bei dieser engen wie bei allen weiteren Marktabgrenzungen zu keiner Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt (vgl. Kap. 3.2.4).

3.1.1.4 Übrige vom Zusammenschluss betroffene relevante Märkte

32. Aufgrund der Geschäftstätigkeit der beiden Swisskey kontrollierenden Unternehmen Swisscom und Telekurs sind weitere Märkte vom Zusammenschluss betroffen. Als Beispiele können auf Seiten Swisscom die verschiedenen traditionellen Telefonie- und Notrufdienste, die Mehrwertdienste wie 08xx und 09xx oder der Verkauf von Endgeräten genannt werden. Auf Seiten Telekurs sind insbeson-

dere die Märkte für Zahlungsverkehr, Finanzinformationen oder auch die Outsourcing-Dienste für Grosskunden zu nennen.

33. Die Geschäftstätigkeit von Swisskey wird aber auf all diesen Märkten keine Auswirkungen haben. Aus diesem Grund werden diese Märkte weder näher definiert, noch in dieser vorläufigen Prüfung weiter untersucht.

3.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

35. Die Abgrenzung der räumlichen Märkte wird für jeden unter Kap. 3.1.1 definierten Markt separat vorgenommen.

3.1.2.1 Markt für elektronische Zertifikate

36. Swisskey beabsichtigt, eine Reihe von Registrier- bzw. Verkaufsstellen in der Schweiz aufzubauen.

37. Im Ausland bieten Anbieter von Zertifikaten auch die Möglichkeit, Zertifikate direkt via Internet zu kaufen. Dies ist jedoch von der gewählten Sicherheitsklasse abhängig. Die tieferen Sicherheitsklassen werden hauptsächlich im E-Mail Verkehr verwendet und können über Internet gekauft werden. Damit besteht grundsätzlich die Möglichkeit, Zertifikate bei nur im Ausland tätigen Unternehmen zu kaufen. Bei höheren Sicherheitsklassen, die für den eigentlichen elektronischen Handel eingesetzt werden, ist eine persönliche Vorlegung eines Ausweispapieres bei einer Registrier- bzw. Verkaufsstelle notwendig, um ein Zertifikat zu erhalten. Zertifikate mit hoher Sicherheitsklasse werden demnach hauptsächlich in der Schweiz nachgefragt werden.

38. Swisskey plant ein flächendeckendes Vertriebsnetz und beabsichtigt auch, die Zertifikate in der ganzen Schweiz zu denselben Bedingungen zu verkaufen.

39. Für den vorliegenden Fall kann als Arbeitshypothese von einem räumlichen Markt Schweiz ausgegangen werden. Weil sich bei dieser engeren wie bei allen weiteren Marktabgrenzungen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ergeben, muss diese Frage jedoch nicht abschliessend beantwortet werden (vgl. Kap. 3.2.1).

3.1.2.2 Markt für die Übertragung von Informationen

40. Die Übertragung von Informationen ist für die Marktgegenseite abhängig vom Anschluss an ein Telekommunikationsnetz. Der Anschluss definiert deshalb den Ort der Nachfrage nach Übertragung von Informationen.

41. Die Preise für Anschluss und auch die Übertragung von Informationen werden heute geographisch nicht differenziert.

42. Aus diesen Gründen kann auch hier als Arbeitshypothese von einem räumlich relevanten Markt Schweiz ausgegangen werden.

3.1.2.3 Markt für den Zugang zum Internet

43. Für die Marktgegenseite ist in aller Regel entscheidend, welche Einwählpunkte von einem Internet-Provider angeboten werden. Je näher der Einwählknoten am Standort des Kunden ist, desto geringere Verbindungsgebühren fallen an.

44. Es könnten demzufolge verschiedene regionale Märkte in der Schweiz abgegrenzt werden.

45. Die meisten Internet-Provider bieten jedoch in der Schweiz diverse Einwählknoten an. Der Trend geht zudem dahin, dass den Kunden unabhängig von ihrem Standort und den zur Verfügung stehenden Einwählknoten nur der Lokaltarif für die Verbindung verrechnet wird.

46. Für die Zwecke dieser vorläufigen Prüfung kann deshalb der Markt für den Zugang zum Internet auf die gesamte Schweiz begrenzt werden.

3.1.2.4 Markt für Kreditkarten

47. Für den Erwerb einer Kreditkarte ist im Normalfall ein Konto bei einer Bank oder bei der Post in der Schweiz notwendig. Die Kreditkartenorganisationen bzw. Bank und Post prüfen, ob der Antragsteller die Bedingungen zur Benutzung einer Kreditkarte erfüllt.

48. Der Markt für Kreditkarten wird aus der Sicht der Marktgegenseite – Nachfrager nach Kreditkarten - auf den Raum der Schweiz begrenzt.

49. Im Bereich Kreditkarten ist jedoch nicht ausser Betracht zu lassen, dass es sich nicht ausschliesslich um die übliche Beziehung zwischen Käufer und Verkäufer handelt, sondern auch die Vertragspartner, die die Kreditkarte als Zahlungsmittel akzeptieren, eine Rolle spielen. Die meisten Kreditkarten sind international einsetzbar, weshalb sich die Frage stellt, ob ein auf die Schweiz begrenzter Markt nicht zu eng definiert ist.

50. Weil sich jedoch im Markt für Kreditkarten bei der engeren, wie bei allen weiteren Marktabgrenzungen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ergeben, muss diese Frage nicht abschliessend beantwortet werden (vgl. Kap. 3.2.4).

3.2 *Marktstellung*

3.2.1 *Markt für elektronische Zertifikate*

3.2.1.1 *Marktvolumen, Marktanteile und Wettbewerber*

51. Der schweizerische Markt für elektronische Zertifikate befindet sich erst in der Entstehungsphase. Die UN/EDIFACT und SET Zertifikate werden teilweise noch in Versuchsbetrieben getestet und können nur in einem begrenzten Anwendungsbereich eingesetzt werden. Aussagen zu aktuellen Marktdaten (Marktvolumen und Marktanteile) sind deshalb nur schwer möglich.

52. In einer ersten Phase wird Swisskey möglicherweise als einzige Anbieterin von Zertifikaten in der Schweiz auftreten können. Dieses „monopolistische“ Angebot wird jedoch nicht zu einer marktbeherrschenden Stellung führen, da, wie unter Kap. 3.2.1.2 gezeigt wird, der Markt aufgrund tiefer Eintrittsbarrieren angreifbar ist.

53. Die wenigen Zertifikate (Schätzung Swisskey: einige hundert), die in der Schweiz bis heute verkauft wurden, stammen hauptsächlich von ausländischen, meistens amerikanischen Anbietern. Als wichtigster internationaler Konkurrent ist Verisign mit einem nationalen und weltweiten Marktanteil von gegen 70% zu nennen.

54. Telekurs ist mit dem UN/EDIFACT-Zertifikat und indirekt durch die Banken als Aktionäre von Telekurs mit SET-Zertifikaten auf dem Markt vertreten. Dagegen ist Swisscom bis anhin nicht in diesem Markt tätig. Dadurch führt die Gründung des GU im Markt für elektronische Zertifikate zu keinen Marktanteilsadditionen.

3.2.1.2 *Markteintritte, Produktneueinführungen und potentieller Wettbewerb*

55. Die technischen Marktzutrittsschranken sind heute gering, weil für die Erstellung, den Verkauf und die Verwaltung von Zertifikaten Standardsoftware zur Verfügung steht, die nur geringe Investitionskosten verursacht.

56. Als gewichtigere Zutrittsschranke könnte sich allenfalls erweisen, dass die an Swisskey beteiligten Unternehmen Swisscom und Telekurs in ihren Märkten sehr starke Stellungen einnehmen und damit potentielle Konkurrenten von einem Markteintritt abgeschreckt werden. Insbesondere die Tatsache, dass nahezu alle Banken an Telekurs beteiligt sind, und die Banken in Zukunft zu den grössten Nachfragern nach Zertifikaten gehören, lässt das Entstehen von Eintrittsschranken vermuten.

57. Allerdings ist mit dem gewählten „Weltstandard“ X.509 die Kompatibilität zwischen verschiedenen - auch internationalen Anbietern - gewährleistet. Voraussetzung dafür ist, dass sich die Zertifizierungsunternehmen quertzertifizieren. Für die Marktgegenseite bedeutet die Quertzertifizierung, dass sichere elektronische Transaktionen auch

zwischen Inhabern verschiedener Zertifikate möglich sind. Quertzertifizierung ist jedoch nicht nur für die Marktgegenseite von grosser Bedeutung, sondern auch für die Anbieter notwendig, um internationale Anerkennung zu erlangen. Internationale Anerkennung ist wiederum eines der Ziele von Swisskey, das über den Geschäftserfolg mitentscheiden wird.

58. Die Voraussagen bezüglich des elektronischen Handels sind allgemein sehr positiv. Es werden in den nächsten Jahren grosse Wachstumsraten erwartet. Die Nachfrage nach elektronischen Zertifikaten wird sich auch stark vergrössern. Die Schweiz gilt im übrigen als sehr interessanter Markt für elektronische Zertifikate, weil die Computerdichte als Voraussetzung für elektronischen Handel sehr gross ist. Aus diesen Gründen ist zu erwarten, dass sich neben Swisskey weitere Anbieter zu einem Eintritt in den schweizerischen Zertifikatsmarkt entschliessen werden.

59. Mit der erstmaligen Lancierung eines Produktes sind stets zusätzliche Kosten verbunden. Das Produkt und die Eigenschaften müssen den potentiellen Nachfragern bekannt gemacht, und es müssen Bedürfnisse geweckt werden. Bei elektronischen Zertifikaten kommt Swisskey eine derartige Vorreiterrolle in der Schweiz zu. Alle weiteren Unternehmen, die sich für einen Markteintritt entscheiden, haben diese Kosten nur noch in weniger grossem Ausmass zu tragen.

60. Die Befragung von potentiellen Konkurrenten aus den Bereichen Kreditkarten, Telekommunikation und Internet ergab zudem, dass diese im geplanten Unternehmen Swisskey keine Gefahr für eine Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse im Markt für elektronische Zertifikate sehen. Für sie ist gemäss den Stellungnahmen vor allem von Bedeutung, dass die Möglichkeit für eine elektronische Zertifizierung in der Schweiz besteht.

3.2.1.3 Nachfragebedingungen bzw. Stellung der Marktgegenseite

61. Mit der Kompatibilität der Zertifikate nach dem X.509 Standard ist es für die Marktgegenseite grundsätzlich möglich, ohne grosse Kosten den Anbieter zu wechseln.

62. Bei Zertifikaten mit hoher Sicherheitsstufe ist eine persönliche Vorlage eines Ausweispapiers bei einer Zertifizierungsstelle notwendig. Die Zertifizierungsstelle muss als Voraussetzung eine genügende Vertrauenswürdigkeit und ein relativ dichtes Netz an Filialen aufweisen. Die Auswahl an möglichen Zertifizierungsstellen ist dadurch eingeschränkt. Swisskey hat mit Ausnahme von DigiSigna noch keine Verträge mit möglichen Zertifizierungsstellen abgeschlossen. Im Fall von DigiSigna wird eine Exklusivitätsregelung ausdrücklich ausgeschlossen. Nach Aussagen von Swisskey sind auch mit den weiteren möglichen Zertifizierungsstellen wie z.B. der Post oder den Gemein-

deverwaltungen keine Exklusivverträge vorgesehen. Diesbezüglich geäusserte Bedenken eines Experten werden dadurch entkräftet.

63. Ein befragter Experte und einzelne Unternehmen haben die Befürchtung geäussert, dass Swisskey ihre Zertifikate nur an am GU beteiligte Unternehmen oder an Nachfrager von Diensten der beteiligten Unternehmen verkauft. Weiter wurde darauf aufmerksam gemacht, dass Zertifikate ausschliesslich gekoppelt mit anderen Diensten angeboten werden könnten und dadurch andere Dienste oder Unternehmen diskriminiert werden könnten.

64. Grundsätzlich wäre es denkbar, dass Swisskey gewisse gebündelte Dienste verkaufen könnte. Beispielsweise könnte mit der Ausstellung eines Zertifikats auch die Blue Window-Software für den Internetzugang verkauft werden. Allerdings werden derartig gekoppelte Dienste nicht zu Positionen für Swisskey bzw. Swisscom führen, die die Kontrolle eines Markt- oder Netzzugangs – sogenannte „gate keeper“-Position – erlauben würde. Es wird Swisskey aufgrund der oben beschriebenen tiefen Markteintrittsbarrieren in den Markt für elektronische Zertifikate nicht möglich sein, dauerhaft eigene Dienste oder Dienste der Swisskey kontrollierenden Unternehmen zu bevorzugen. Ein derartiges Verhalten würde automatisch zu weiteren Markteintritten führen.

65. Diese Befürchtungen werden weiter entkräftet durch die von Swisskey mehrfach wiederholte Aussage, wonach die Grundlage der Geschäftspolitik von Swisskey Neutralität und Unabhängigkeit sei. Diese beiden Eigenschaften, dies wird im übrigen von den Konkurrenten bestätigt, sind mitentscheidend für den Geschäftserfolg von Swisskey. Nachfrager nach Zertifikaten setzen diese Garantien als Grundlage für den Kauf eines Zertifikates voraus.

66. Im entstehenden Markt für elektronische Zertifikate wird Swisskey vorübergehend einziger Anbieter sein. Solche zeitweiligen Monopolstellungen sind in neu entstehenden Märkten logisch, werden aber – wie eben gezeigt – durch Marktzutritte angegriffen. Sollten die beteiligten Unternehmen, entgegen ihren Aussagen, diese vorübergehende Monopolstellung zum Aufbau von Marktschranken missbrauchen wollen, wird die Wettbewerbskommission in Anwendung von Art. 7 KG in der Lage sein, dieses missbräuchliche Verhalten zu verhindern und die drohenden Marktzutrittschranken zu beseitigen.

3.2.1.4 Ergebnis

67. Im Markt für elektronische Zertifikate ergeben sich aus diesen Gründen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

3.2.2 Markt für die Übertragung von Informationen

3.2.2.1 Marktvolumen, Marktanteile und Wettbewerber

68. Im Markt für die Übertragung von Informationen nimmt Swisscom als am Zusammenschlussvorhaben beteiligtes Unternehmen auch nach der Öffnung des Telekommunikationsmarktes eine marktbeherrschende Stellung ein.

69. Als Konkurrenten der Swisscom können heute die Telekommunikationsunternehmen Sunrise und DiAx bezeichnet werden, die teilweise eigene Netzinfrastrukturen aufbauen. Daneben können grundsätzlich alle neuen Anbieterinnen im Telekommunikationsmarkt, die mit der Swisscom über Interkonktionsverträge verhandeln, als Konkurrenten betrachtet werden.

70. Es ist jedoch nach wie vor zutreffend, dass ohne die Infrastruktur der Swisscom kein Unternehmen Gewähr bieten kann, Informationen von irgendeinem Ort in der Schweiz an jeden anderen Ort in der Schweiz zu übertragen.

71. Drei Monate nach Öffnung des Telekommunikationsmarktes ist es zu früh, Angaben bezüglich der Marktanteile zu machen. Der Marktanteil von Swisscom wird sich aber mit Sicherheit reduzieren.

3.2.2.2 Markteintritte, Produktneueinführungen und potentieller Wettbewerb

72. Mit der Marktöffnung zum 1. Januar 1998 haben sich bereits einige Markteintritte ergeben. Bereits erwähnt wurden die Unternehmen Sunrise und DiAx. Daneben steht eine Reihe von weiteren Unternehmen in Interkonktionsverhandlungen mit Swisscom, um den Transport von Informationen für ihre künftigen Kunden zu ermöglichen.

73. Mit der Interkonktionsverpflichtung für marktbeherrschende Unternehmen werden die vorhandenen hohen Eintrittsbarrieren, die v.a. aufgrund sehr hoher Investitionskosten für den Aufbau eines Netzes entstehen, erheblich gesenkt. Das heisst, dass potentielle Konkurrenten auch ohne eigene Infrastruktur im Bereich Übertragung tätig sein können.

74. In absehbarer Zukunft sind Produktneueinführungen und mit einiger Wahrscheinlichkeit auch Innovationen im Bereich der Informationsübertragung zu erwarten. Neue drahtlose Systeme im Anschlussnetz werden von einigen Unternehmen bereits erfolgreich angewandt und bieten die Möglichkeit, das bestehende Netz von Swisscom zu umgehen. Die Markteintrittsbarrieren werden auch damit tendenziell kleiner.

75. Im Vorfeld der Marktöffnung hat sich in der gesamten Telekommunikationsindustrie eine grosse Dynamik entwickelt und bereits einige für Kunden und Anbieter interessante Innovationen hervorge-

bracht. Mit einer Fortsetzung dieser Tendenz wird allgemein gerechnet.

76. Durch die Einführung und Etablierung von elektronischen Zertifikaten wird die Sicherheit von elektronischen Transaktionen entscheidend verbessert. Dies wird zu einem raschen Wachstum der Anzahl elektronischer Transaktionen und damit zu einer Vergrößerung des Verkehrsvolumens auf Telekommunikationsnetzen führen. Von dieser Entwicklung können grundsätzlich alle Telekommunikationsanbieter profitieren und auch neue Anbieter zum Markteintritt bewegen. Es ist denkbar, dass sich diese neuen Anbieter auch zu einem Eintritt in den Markt für elektronische Zertifikate entscheiden und dadurch auch dort für Konkurrenz gegenüber Swisskey sorgen werden.

77. Die Tätigkeit von Swisskey und die Beteiligung von Swisscom am GU wird gemäss den befragten Experten, Unternehmen und dem Bundesamt für Kommunikation keine negativen Auswirkungen im Markt für die Übertragung von Informationen haben.

3.2.2.3 Ergebnis

78. Im Markt für die Übertragung von Informationen führt das Zusammenschlussvorhaben nicht zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Swisscom.

3.2.3 Markt für den Zugang zum Internet

3.2.3.1 Marktvolumen, Marktanteile und Wettbewerber

79. Es ist äusserst schwierig, quantitative Angaben im Bereich Internet zu ermitteln. Die Schätzungen der Anzahl Internet-Benutzer schwanken sehr stark. Zur Zeit geht man davon aus, dass ca. 250'000 Personen in der Schweiz regelmässig Internet einsetzen. Die Anzahl Benutzer wird sich bis ins Jahr 2000 mindestens verdoppeln.

80. Im Markt für den Zugang zum Internet sind heute eine Vielzahl von Unternehmen tätig. Neben den bekannten Swiss Online und Blue Window der Swisscom sind ausländische Grossanbieter wie America Online sowie viele kleinere, teilweise lokale Anbieter in der Schweiz vertreten.

3.2.3.2 Markteintritte, Produktneueinführungen und potentieller Wettbewerb

81. Die letzten Jahre waren geprägt durch eine grosse Anzahl Marktein- und auch austritte. Aufgrund der nach wie vor recht geringen Marktschranken kann erwartet werden, dass sich diese Entwicklung vorderhand nicht verändern wird.

82. Die Bedenken bezüglich Sicherheit im Internet waren bis anhin ein grosses Hindernis für weiteres Wachstum. Infolgedessen ist auch im Markt für den Zugang zum Internet davon auszugehen, dass das

Angebot von elektronischen Zertifikaten durchaus positive Auswirkungen haben wird. Von der erwarteten steigenden Anzahl Internet-Nutzer können alle Anbieter in Form steigender Umsätze profitieren.

3.2.3.3 Nachfragebedingungen bzw. Stellung der Marktgegenseite

83. Für die Marktgegenseite fallen beim Wechseln des Anbieters für den Internetzugang nur geringe Kosten an.

84. Zur Problematik der Kontrolle eines Marktzuganges, beispielsweise durch das Angebot von gekoppelten Diensten, wird auf Kap. 3.2.1.3 verwiesen.

3.2.3.4 Ergebnis

85. Der Dienst Blue Window von Swisscom ist ein starker Wettbewerber im Markt für den Zugang zum Internet, wird aber von einer Vielzahl weiterer Anbieter konkurrenziert. Das Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen Marktanteilsadditionen.

86. Es existieren somit keine Anhaltspunkte für eine Begründung einer marktbeherrschenden Stellung.

3.2.4 Markt für Kreditkarten

3.2.4.1 Marktvolumen, Marktanteile und Wettbewerber

87. Der Markt für Kreditkarten in der Schweiz wird von vier Anbietern abgedeckt. Es sind dies:

- Eurocard/Mastercard von Europay (Switzerland) SA (Telekurs) und teilweise von Union Bank of Switzerland bzw. Crédit Suisse,
- VISA Card von Corner Bank, Lugano und Bank Finalba, Glattbrugg,
- American Express Card von American Express Services International, Zürich,
- Diners Club Card von Diners Club (Schweiz) AG, Brüttsellen.

88. Das Zusammenschlussvorhaben Swisskey ergibt keine Addition von Marktanteilen, da nur Telekurs mit ihrer Tochterfirma Europay (Switzerland) SA bereits auf dem Markt für Kreditkarten tätig ist.

89. Die drei befragten Konkurrenten sind der Ansicht, dass die Geschäftstätigkeit von Swisskey eher positive Auswirkungen haben werde. Mit der Gewährleistung der Sicherheit im Internet erwarten sie tendenziell ein steigendes Marktvolumen in bezug auf ausgegebene Karten und Anzahl Transaktionen.

3.2.4.2 Ergebnis

90. Es ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung.

3.3 Ergebnis

91. Die vorläufige Prüfung ergibt in keinem der untersuchten Märkte Anhaltspunkte dafür, dass durch das Zusammenschlussvorhaben

eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.2 4. Schweizerische Post – BEVO

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 20. April 1998 vertreten durch die Kammer Infrastruktur betreffend das Zusammenschlussvorhaben Schweizerische Post – BEVO. Die Kammer Infrastruktur hat entschieden, beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben auf eine Prüfung zu verzichten und die folgende Begründung als Stellungnahme der Wettbewerbskommission integral zu veröffentlichen.

1 Die Stellungnahme begründet sich wie folgt:

1. Ausführungen zu Vorhaben und Parteien, zur Anwendbarkeit der Vorschriften über Unternehmenszusammenschlüsse sowie zum relevanten Markt siehe Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. April 1998 betreffend vorzeitigen Vollzug in vorliegender Angelegenheit (RPW 1998/2, B 2.2 Ziffer 5, Rz 1 – 9 und 12 – 15).

3 Vorläufige Prüfung (Art. 10 KG)

3.1 Relevanter Markt

3.1.1 Sachlich relevanter Markt

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

11. Marktgegenseite sind die Zeitungsverlage, welche die Frühzustellung ihrer Erzeugnisse nachfragen (garantiert bis 0630h). Als sachlich relevant ist somit der Markt für die Frühzustellung von Zeitungen anzunehmen. Davon zu unterscheiden ist insbesondere die ordentliche Postzustellung von Postsendungen bis 1200h.

3.1.2 Räumlich relevanter Markt

12. Der räumlich relevante 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).

13. Im vorliegenden Fall bietet BEVO die Zustellung in den Städten und Agglomerationen Bern, Thun und Biel an und deckt damit (zumindest teilweise) die dort anfallende Nachfrage. Der räumlich relevante Markt ist somit auf diese Gebiete beschränkt.

3.2 Marktstellung

3.2.1 Marktvolumen, Marktanteile und Wettbewerber

14. Das Marktvolumen lässt sich nicht verlässlich beziffern. Um die Dienstleistung zumindest annähernd kostendeckend anbieten zu können, ist aber ein Abdeckungsgrad von 50-60% der Haushalte erforderlich. Dies lässt sich in der Regel nur über die Verteilung mehrerer Titel gleichzeitig, maximal aber 5, erreichen. Angesichts der Tatsache, dass nur wenige Titel von überregionaler Bedeutung sind, und die Anzahl der zu verteilenden Titel 4 sehr selten übersteigt, kann die Nachfrage auf diesem lokal strukturierten Markt in der Regel von einem einzigen Anbieter befriedigt werden.

15. Marktanteile sind nicht bekannt. Die Haushaltsabdeckung der zu verteilenden Zeitungen lässt allenfalls annäherungsweise darauf schliessen. Da zum gegenwärtigen Zeitpunkt neben BEVO höchstens noch die Post selbst die Frühzustellung anbietet, ist davon auszugehen, dass die Marktanteile von BEVO und/oder der Post in allen drei Agglomerationen 20 bzw. 30% überschreiten. Damit ist der relevante Markt im übrigen betroffen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

16. BEVO ist die einzige bedeutende Anbieterin eines Frühzustell-servises in Bern, Thun und Aarberg (für BZ, Bund, NZZ, TA). In Lyss lässt die Firma W. Gassmann AG („Gassmann“), Herausgeberin der regional bedeutendsten Tageszeitungen („Bieler Tagblatt“ und „Journal du Jura“) das „Bieler Tagblatt“ über die Post früh zustellen. In Biel werden zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch keine Zeitungen früh zugestellt. Ab Herbst 1998 wird aber Gassmann eine eigene Distributionsorganisation betreiben und in ihrem gesamten Marktraum ihre Erzeugnisse frühzustellen.

17. Ausser in Lyss führt der Zusammenschluss zu keinen bedeutenden Marktanteilsadditionen. Da Gassmann die Verteilung des „Bieler Tagblatts“ ab Herbst 1998 in Eigenregie besorgen und somit den entsprechenden Auftrag der Post entziehen wird, ist diese Addition höchstens von vorübergehendem Charakter. Der Zusammenschluss ist somit in bezug auf die Marktanteile nicht geeignet, die Marktstrukturen aus wettbewerblicher Sicht nachhaltig negativ zu beeinflussen.

3.2.2 Markteintritte, Produktneueinführungen und potentieller Wettbewerb

18. In der Vergangenheit waren keine Markteintritte zu verzeichnen. So zog es der Herausgeber des „Bundes“, dem lokal wichtigsten Konkurrenzprodukt der „BZ“, vor, seine Zeitung durch eine Tochtergesellschaft von BTM vertreiben zu lassen.

19. Gesetzliche und behördliche Marktzutrittsschranken gibt es keine. Der Frühzustellungsmarkt fällt auch nicht in den Monopolbereich der Post. Die Eintrittskosten sind im Augenblick je nach Ausgangslage recht hoch. Branchenfremde Newcomer – in der Regel Verlage – müs-

sen eine gesamte Organisation aufbauen. Die Anfangsinvestitionen werden von Gassmann (Markteintritt im Herbst 1998; vgl. oben Rz 16) mit CHF 0,3 bis 0,5 Mio. beziffert, während der jährliche Kostenrahmen ca. CHF 1,8 Mio. (bei ca. 20'000 Exemplaren und 120 Verträgen) beträgt. Die Frühvertragung sei denn auch kaum kostendeckend zu betreiben. Da sie aber vermehrt zum Wettbewerbsparameter im Zeitungsmarkt selbst wird, ist von steigender Nachfrage und einem Wachstum des Marktes auszugehen.

20. Wichtigste potentielle Konkurrenten sind Unternehmen aus dem Bereich des Direktmarketings (z.B. Swiss Mail, Direct Mail Company, AWZ; vgl. auch VA Postsendungen ohne Adressen). Diese verfügen bereits über eine Vertragsorganisation und entsprechendes Know-how. Die Marktzutrittsbarrieren für diese Unternehmen sind weit geringer, da ihnen wesentlich unbedeutendere Anfangsinvestitionen entstehen als den Verlagen.

21. Potentielle Konkurrenz und damit disziplinierende Wirkung auf eingesessene Unternehmen ist angesichts der Offenheit des relevanten Marktes zu bejahen. Ausserdem ist ein Marktzutritt konkret geplant (vgl. oben Rz 16).

3.2.3 Nachfragebedingungen bzw. Stellung der Marktgegenseite

22. Als Nachfrager treten Zeitungsverlage auf. In einigen Fällen sind es gewisse Verlage selbst, welche die Frühzustellung - zuerst der eigenen Erzeugnisse, später auch von Fremdprodukten - sicherstellen. Im Raum Bern ist das Angebot auf eine Unternehmung beschränkt. Die Post, bis anhin in bescheidenem Mass selbst im relevanten Markt tätig, wird diesen Dienst fortan über BEVO anbieten. Der „Bund“ als zweiter wichtiger Nachfrager will sich auf sein Kerngeschäft konzentrieren und übrige Aktivitäten outsourcen, „sofern ... [bestehende Spezialisten] ... [die] qualitativen und wirtschaftlichen Anforderungen erfüllen“.

23. Die Auswahl ist aus Nachfragersicht im Moment eingeschränkt. Bei Gewährung ungünstiger Konditionen wäre indessen mit zusätzlichen Marktzutritten zu rechnen. Daran wird auch die Beteiligung der Post an BEVO nichts ändern. BEVO bzw. die Post werden sich also auch künftig nicht unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten können.

3.3 Ergebnis

- Der Zusammenschluss führt zu keinen bedeutenden Marktanteilsadditionen;
- die auf dem regional strukturierten Markt anfallende Nachfrage kann von mehreren Anbietern gar nicht kostendeckend befriedigt werden;

- die Nachfrage weist steigende Tendenz auf, da die Frühzustellung vermehrt zum Wettbewerbsparameter im Zeitungsmarkt selbst wird; ein Marktzutritt wird aufgrunddessen demnächst erfolgen;
- angesichts der Offenheit des relevanten Marktes sind Marktzutritte durch Verlage sowie durch Unternehmen aus dem benachbarten Markt des Direktmarketings möglich und werden von diesen auch erwogen.

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

4 Publikation

25. Nach Elimination allfälliger Geschäftsgeheimnisse werden die Abschnitte 1 bis 4 dieses Berichts als Stellungnahme der Wettbewerbskommission publiziert.

B 2.2 5. Schweizerische Post – BEVO – vorzeitiger Vollzug

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und 32 Abs. 2 KG.

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et 32 al. 2 LCart.

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e 32 cpv. 2 LCart.

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. April 1998 in Sachen Zusammenschlussvorhaben Schweizerische Post – BEVO betreffend vorzeitigen Vollzug

1 Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 27. März 1998 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach ist folgendes beabsichtigt: Die Schweizerische Post („Post“) mit Sitz in Bern übernimmt 50% der Aktien von sowie die strategische und operative Führung in der Berner Vertragungs-Organisation AG, Bern („BEVO“). Der dem Vorhaben zugrunde liegende Vertrag (Vereinbarung vom 27. Januar 1998 und ergänzende Vereinbarung vom 18. März 1998; „Vereinbarung“) sieht grundsätzlich vor, dass die Post die strategische und operative Führung per 1. April 1998 übernimmt, beinhaltet indessen eine Klausel, wonach der Vollzug bis zum Vorliegen einer allfälligen Bewilligung des Vorhabens durch die Wettbewerbskommission aufgeschoben bleibt.

2. An BEVO waren bisher TA-Media AG, Zürich („TA“) und „Berner Tagblatt“-Medien AG, Bern („BTM“) beteiligt. Nach Einbezug der Post werden BTM und TA noch je 25% an BEVO halten.

3. BEVO bezweckt den Aufbau und Betrieb einer Vertragsorganisation für Tageszeitungen (im Bereich Frühzustellung). Zu den Kunden von BEVO gehören nicht nur BTM und TA, sondern auch „Der Bund“ und die „NZZ“.

4. Gleichzeitig mit der Meldung hat die Post einen Antrag auf ausnahmsweise Bewilligung des vorzeitigen Vollzugs gestellt. Bevor darauf eingegangen wird, ist summarisch zu prüfen, ob es sich in casu überhaupt um einen meldepflichtigen Zusammenschluss handelt sowie welches die antizipierten Auswirkungen auf den betroffenen Markt sind.

2 Anwendbarkeit der Vorschriften über Unternehmenszusammenschlüsse

2.1 Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)

5. Die Post erwirbt eine Beteiligung an BEVO und erlangt somit einen Teil der Kontrolle. Der Verwaltungsrat von BEVO setzt sich aus vier Mitgliedern zusammen (zwei von der Post nominiert, je einer von BTM und TA; Ziff. 3.2 Vereinbarung vom 18.3.1998).

6. Die strategische und operative Führung der BEVO soll auf die Post übertragen werden (Ziff. 3.1 Vereinbarung vom 18.3.1998). Beschlüsse von strategischer Bedeutung bedürfen indessen der Einstimmigkeit im Verwaltungsrat (Ziff. 3.3 Vereinbarung vom 18.3.1998). Die in Art. 704 Abs.1 OR aufgeführten Beschlüsse sowie Beschlüsse betreffend Statutenänderung und Liquidation der Gesellschaft bedürfen der Einstimmigkeit in der Generalversammlung (Ziff. 3.4 Vereinbarung vom 18.3.1998).

7. BEVO ist seit Beginn der 80er Jahre als wirtschaftlich selbständige Zustellorganisation tätig. Daran soll sich gemäss Willen der beteiligten Unternehmen in Zukunft nichts ändern. BEVO soll fortan von der Post, BTM und TA im Sinne von Art. 2 Abs. 2 VKU gemeinsam kontrolliert werden. Die Post, BTM, TA und BEVO sind somit beteiligte Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU.

8. Das vorliegende Vorhaben erfüllt somit den Tatbestand des Unternehmenszusammenschlusses gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 VKU.

2.2 Meldepflicht (Art. 9 KG)

9. Der Zusammenschluss ist angesichts der von den beteiligten Unternehmen erreichten Umsätze meldepflichtig (vgl. nachstehende Tabelle). Im vorliegenden Fall findet zudem die Spezialregelung des Art. 9 Abs. 2 KG für Medienunternehmen (hier: Vertrieb von Zeitungen) Anwendung:

Unternehmen	Umsatz in Mio.		Jahr
Post	CHF	5'544,00	1997
BEVO	CHF	10,07	1997
BTM	CHF	175,50	1996
TA	CHF	572,80	1996

3 Antrag auf vorzeitigen Vollzug (Art. 32 Abs. 2 KG)

10. Der Vollzug eines Zusammenschlusses kann ausnahmsweise vorzeitig bewilligt werden, wenn „wichtige Gründe“ geltend gemacht werden. Die Botschaft erwähnt in diesem Zusammenhang beispielhaft Sanierungsfusionen (Botschaft, 141). Gleichzeitig dürfen aber keine allzu grossen wettbewerbsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die betroffenen Märkte bestehen.

11. Deshalb sind vorerst die Märkte abzugrenzen sowie die Stellung der beteiligten Unternehmen abzuschätzen.

3.1 Relevanter Markt

3.1.1 Sachlich relevanter Markt

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

13. Marktgegenseite sind die Zeitungsverlage, welche die Frühzustellung ihrer Erzeugnisse nachfragen (garantiert bis 0630h). Als sachlich relevant ist somit der Markt für die Frühzustellung von Zeitungen anzunehmen. Insbesondere unterscheidet er sich von der ordentlichen Postzustellung, also der Zustellung aller Postsendungen bis 1200h.

3.1.2 Räumlich relevanter Markt

14. Der räumlich relevante 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).

15. Im vorliegenden Fall bietet BEVO die Zustellung im Raum Stadt Bern sowie in Thun und Biel an und deckt damit die in diesen Städten anfallende Nachfrage. Der räumlich relevante Markt ist somit auf diese Räume beschränkt.

3.2 Marktstellung

16. BEVO ist die einzige bedeutende Anbieterin eines Frühzustell-services in Bern und Thun, während in Biel der Herausgeber des „Biel-er Tagblatt“ die Frühzustellung in Eigenregie besorgt. Die Marktan-

teile sind dabei direkt von der Verbreitung der zu verteilenden Blätter abhängig. Detaillierte Angaben konnten noch nicht in Erfahrung gebracht werden. Es ist indessen davon auszugehen, dass sie in allen drei Städten 30% überschreiten und die dortigen Märkte betroffen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU sind.

3.2.1 Marktvolumen, Marktanteile und Wettbewerber

17. Ein aktueller Wettbewerber von Bedeutung ist nur in Biel tätig. „Historisch“ gesehen ist es so, dass die Verleger die Frühzustellung selbst aufziehen mussten, da die Post einen identischen Service nur zu schlechten Bedingungen hätte anbieten können. Zudem unterliegt sie gemäss Art. 9 Abs. 4 Postgesetz dem Quersubventionierungsverbot, mithin ein Hauptgrund für das nicht konkurrenzfähige Angebot. So könnte sie eigener Aussage zufolge als selbständige Anbieterin die fragliche Dienstleistung nicht zu konkurrenzfähigen Konditionen erbringen. Ihre einzige Möglichkeit ist somit die Beteiligung an einem bestehenden Unternehmen, hier also BEVO.

18. Die Post rechnet nicht mit signifikantem Wachstum des Marktes, da sich z.B. in Bern die Nachfrage auf die beiden lokal wichtigen sowie die beiden einzigen Tageszeitungen von nationaler Bedeutung beschränkt.

19. Der Zusammenschluss führt beim momentanen Kenntnisstand höchstens zu einer minimalen Marktanteilsaddition und ist nicht geeignet, die Marktstrukturen aus wettbewerblicher Sicht nachhaltig negativ zu beeinflussen.

3.2.2 Markteintritte, Produktneueinführungen und potentieller Wettbewerb

20. Der Frühzustellungsmarkt fällt nicht in den Monopolbereich der Post. Gesetzliche Marktzutrittsschranken gibt es keine. Dennoch waren in der Vergangenheit keine Markteintritte zu verzeichnen. So zog es der Herausgeber des „Bundes“, dem lokal wichtigsten Konkurrenzprodukt zur „BZ“, vor, seine Zeitung durch eine Tochtergesellschaft von BTM vertreiben zu lassen. Das Aufziehen einer eigenen Organisation erschien ihm offensichtlich nicht lohnend, auch weil die Gewinnmargen vergleichsweise gering sind.

21. Marktzutritte sind grundsätzlich aber durchaus möglich, da Marktzutrittsschranken nicht zu erkennen sind. Als potentielle Konkurrenten gelten u.a. Unternehmen aus dem Bereich des Direktmarketings (z.B. Swiss Mail, AWZ; vgl. auch VA Postsendungen ohne Adressen). Diese verfügen bereits über eine Verfassungsorganisation und entsprechendes Know-how. Aber auch Verlage, die mit den ihnen angebotenen Bedingungen nicht einverstanden sind, können durchaus eine eigene Organisation auf die Beine stellen (vgl. Beispiel „Bieler Tagblatt“). Potentieller Wettbewerb und damit eine diszipli-

nierende Wirkung auf das eingessene Unternehmen sind demnach zu bejahen.

3.2.3 Nachfragebedingungen bzw. Stellung der Marktgegenseite

22. Als Nachfrager treten Zeitungsverleger auf. In einigen Fällen sind es gewisse Verlage selbst, welche die Frühzustellung - zuerst der eigenen Erzeugnisse, später auch von Fremdprodukten - sicherstellen. Im Raum Bern ist zwar das Angebot auf eine Unternehmung beschränkt. Dennoch kann BEVO die Bedingungen nicht einfach diktieren. Signifikant ist nämlich, dass der „Bund“ den Vertrag mit BEVO bereits per Ende März 1998 gekündigt hatte, ihn aber wieder erneuerte, als bekannt wurde, dass die Post bei BEVO einzusteigen gedenkt. Grund für die Kündigung war übrigens die (für die Vertragung unerlässliche) Offenlegung sensibler Daten wie der Abonnentenliste gegenüber dem wichtigsten Konkurrenzunternehmen.

23. Die Auswahl ist aus Nachfragersicht im Moment eingeschränkt. Bei Gewährung ungünstiger Konditionen wäre indessen mit Marktzutritten zu rechnen. Daran ändert die Beteiligung der Post an BEVO nichts.

3.3 Vorzeitiger Vollzug

3.3.1 Begründung

24. Das von der Post gestellte Gesuch enthält im wesentlichen zwei Begründungen, die einen vorzeitigen Vollzug rechtfertigen sollen:

- Der „Bund“-Verlag macht seinen Vertragsauftrag von der Beteiligung der Post an BEVO abhängig (vgl. oben Rz 22). Das Abspringen des „Bundes“ hätte bei BEVO aufgrund der nötig gewordenen Restrukturierung die Entlassung von 200 Mitarbeitern zur Folge gehabt. Ein Aufschub des Vollzugs würde diese Arbeitsplätze wieder gefährden.
- Infolgedessen würde ein Aufschub auch das finanzielle Überleben von BEVO in Frage stellen. Die Post qualifiziert den Zusammenschluss deshalb als Sanierungsfusion.

3.3.2 Würdigung

25. Das Gesetz umschreibt die „wichtigen Gründe“, die einen vorzeitigen Vollzug rechtfertigen können, nicht. Die Botschaft erwähnt in einer nicht abschliessenden Aufzählung den Fall der Sanierungsfusion sowie Zusammenschlussvorhaben in Verbindung mit einem öffentlichen Übernahmeangebot (vgl. auch oben Rz 10).

26. Dem von der Post vorgebrachten zweiten Argument kann nicht ohne weiteres gefolgt werden. Zumindest scheint es unwahrscheinlich, dass BEVO untergehen würde, wenn der Auftrag des „Bundes“ verloren ginge. Immerhin bleiben die „BZ“, der „TA“ und die „NZZ“ als Vertragsgüter. Zudem ist die Frühzustellung von Zeitungen in

Ballungszentren zum wichtigen Wettbewerbsparameter geworden. BTM könnte es sich nicht leisten, darauf zu verzichten. BEVO würde demnach sicherlich - wenn auch allenfalls redimensioniert - weitergeführt. Von einer Sanierungsfusion kann also nicht die Rede sein.

27. Dem Argument der gefährdeten Arbeitsplätze kann dagegen gefolgt werden. Die Entlassung und die darauf allenfalls folgende Wiedereinstellung von 200 Arbeitnehmern lässt sich im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips angesichts des damit verbundenen administrativen Aufwandes in casu kaum rechtfertigen. Der Erfolg des Zusammenschlusses wäre durch den einmonatigen Aufschub des Vollzugs in Frage gestellt. Schliesslich hat eine erste Würdigung des Sachverhalts ergeben, dass der Einbezug der Post nicht zu nachhaltigen, aus Wettbewerbssicht schädlichen Auswirkungen auf dem relevanten Markt führen wird. Zudem würde dem „Bund“ auf dem benachbarten Zeitungsmarkt mit einiger Wahrscheinlichkeit ein Wettbewerbsnachteil gegenüber der „BZ“ erwachsen, da für die mittlerweile unerlässliche Frühzustellung kurzfristig keine Alternativen bestehen.

28. Gemäss Art. 16 Abs. 2 VKU kann die Bewilligung des vorzeitigen Vollzugs mit Auflagen verbunden werden, um komplizierte „Entflechtungen“ zu vermeiden. So empfiehlt es sich im vorliegenden Fall, folgende, sich auf Ziff. 1.2 der Vereinbarung vom 18. März 1998 beziehende Auflagen auszusprechen:

- 1) *Die Hinterlegungsstelle darf den Verkaufserlös von CHF 700'000.-- nicht vor einer allfälligen definitiven Bewilligung des Vollzugs durch die Wettbewerbskommission freigeben;*
- 2) *Die Aktien bleiben bei der bezeichneten Hinterlegungsstelle verwahrt, bis die Wettbewerbskommission den Vollzug definitiv bewilligt hat.*

4 *Ergebnis*

- Das gemeldete Zusammenschlussvorhaben erweckt mangels Zutrittsschranken auf dem relevanten Markt keine fundamentalen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.
- Ein einmonatiger Aufschub des Vollzugs hätte die vorübergehende Entlassung von 200 Arbeitnehmern zur Folge und würde infolge des daraus entstehenden administrativen Aufwands den Erfolg des Zusammenschlusses gefährden.

29. Aus den genannten Gründen rechtfertigt es sich, den Vollzug unter den in Rz 28 statuierten Auflagen gemäss Art. 32 Abs. 2 KG ausnahmsweise vorzeitig zuzulassen.

5 *Kosten*

30. Seit 1. April 1998 ist die KG-Gebührenverordnung in Kraft, welche die Grundlage für die Auferlegung der Verfahrenskosten bildet (Art. 2 KG-Gebührenverordnung). Gemäss Übergangsbestimmung von

Art. 9 KG-Gebührenverordnung gilt die KG-Gebührenverordnung unter Beachtung des Rückwirkungsverbots aber nur für denjenigen Teil der Aufwendungen, der ab Inkrafttreten der Verordnung entstand. Für die Aufwendungen bis zu diesem Zeitpunkt gilt das alte Recht (Art. 13 f. der Verordnung über die Kosten und Entschädigung im Verwaltungsverfahren (SR 172.041.0) i.V.m. Art. 4 VwVG).

6 Dispositiv

Gestützt auf den Sachverhalt und die Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Der Vollzug des Zusammenschlussvorhabens Schweizerische Post - BEVO wird gemäss Art. 32 Abs. 2 KG ausnahmsweise vorzeitig zugelassen.
2. Folgende Auflagen im Sinne von Art. 16 Abs. 2 VKU werden erlassen:
 - Die Hinterlegungsstelle darf den Verkaufserlös von CHF 700'000.-- nicht vor einer allfälligen definitiven Bewilligung des Vollzugs durch die Wettbewerbskommission freigeben;
 - Die Aktien bleiben bei der bezeichneten Hinterlegungsstelle verwahrt, bis die Wettbewerbskommission den Vollzug definitiv bewilligt hat.
3. [Kosten]
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Die vorliegende Verfügung ist zu eröffnen ...]

B 2.2 6. Thomson SA – Alcatel - Alsthom

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.

Résumé

L'examen préalable de l'opération de concentration „Thomson-CSF“ a fait apparaître qu'aucun marché n'a été affecté au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE et qu'il n'y a dès lors ni création ni renforcement d'une position dominante. Pour cette raison, la Commission de la concurrence a renoncé à un examen approfondi de l'opération.

B 2.2 7. Compaq Computer Corporation – Digital Equipment Corporation

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission betreffend das Zusammenschlussvorhaben Compaq Computer Corporation - Digital Equipment Corporation

Zusammenfassung

Am 26. März 1998 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über die Fusion der erwähnten Computerunternehmen erhalten.

Compaq zählt zu den führenden Computerherstellern der Welt. In der Schweiz ist das Unternehmen vor allem im Vertrieb und in der Wartung der eigenen Produktpalette tätig, die z.B. Personal Computers, Servers und weitere Kommunikationshard- und -software umfasst.

Digital gehört weltweit zu den bedeutendsten Anbietern von Informationstechnologie-Diensten (IT-Services). Ihre Stärke liegt im Vernetzen, Planen, Implementieren und Warten von eigener und fremder Hard- und Software.

Die Wettbewerbskommission ist – gleich wie die Europäische Kommission (Fall IV/ M. 1120 Compaq/ Digital) – bei der Marktabgrenzung den Vorschlägen der Parteien grundsätzlich gefolgt. Folgende Märkte wurden abgegrenzt:

- I. Personal Computers („PC“): PC sind für den Endbenutzer konzipierte Rechner zur Datenverarbeitung und –speicherung. Als besondere Formen werden stationäre (Desktops) und portable (Laptops) PC unterschieden.
- II. Low-end Servers: Servers sind Computer mit hoher Kapazität, welche zur selben Zeit verschiedene Prozesse und Operationen der Datenverarbeitung und –speicherung durchführen können (multi tasking). Auf die Dienste der Servers können über einen Anschluss gleichzeitig viele Anwender zugreifen (Vernetzung). Das „Low-end“ Segment umfasst Servers bis zu einem Preis von rund US\$ 100'000.-.
- III. Workstations: Eine Workstation ist ein für den Endbenutzer konzipierter Computer mit hoher Leistung in spezifischen Anwendungen (Graphik, computer-aided design CAD, computer-aided engineering CAE, Simulation, etc.). Besonders häufig werden Workstations als sogenannte Terminals für komplexe Finanzapplikationen (Börsen, Bankschalter, etc.) eingesetzt.
- IV. Disk storage Subsysteme: Solche Subsysteme dienen generell der Speicherung von Daten. Sie lassen sich in der Regel in die drei Komponenten Diskettenlaufwerke, Box und „Control-

ler“ unterteilen. Auf Diskettenlaufwerke lassen sich Daten auf Diskette schreiben oder von Diskette lesen. Die Box ist die Trägereinheit, welche die Diskettenlaufwerke bzw. die Disketten aufnimmt. Der „Controller“ schliesslich erlaubt, das Speichersystem an einen Server anzuschliessen. Disk storage Subsysteme kommen besonders zur Anwendung, um die Speicherkapazität von Servern auszubauen. Sie können für sich keine Datenverarbeitungsfunktionen übernehmen.

- V. Information Technology Services (IT-Services): Für informations- bzw. kommunikationstechnische Applikationen bieten die Anbieter ganze Systeme von Planung, über Lieferung und Implementierung von Hard- und Software und Wartung derselben bis hin zur Unterstützung und Schulung der Anwender an.

Eine Mehrzahl der befragten Konkurrenten und Händler erachtet diese sachliche Marktabgrenzung als zutreffend. Nach Auffassung der Wettbewerbskommission könnten zusätzliche Unterteilungen der Märkte angezeigt sein. So beispielsweise eine Unterteilung des PC-Marktes in Desktops und in Portables, eine Unterteilung gemäss Kundenkategorien (grosse Unternehmen, kleinere Unternehmen, Private), eine Unterteilung der Server nach Preiskategorien oder eine Segmentierung der Workstations nach deren Konfigurationen (Prozessoren, Betriebssystemen) usw.

Auf eine solch differenzierte Segmentierung kann im fraglichen Zusammenschluss indes verzichtet werden. Zum einen sind durch den Zusammenschluss in der Schweiz gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) auch bei differenzierterer Marktabgrenzung nur die Märkte oder Teilmärkte der Personal Computers, der Low-end Servers und der Workstations betroffen. Zum anderen sind sämtliche Informatikmärkte international ausgerichtet und ausgesprochen dynamisch. Die am Zusammenschluss beteiligten Parteien stossen bei allen ihren Tätigkeiten in der Schweiz wie auch weltweit auf wirksame aktuelle und potentielle Konkurrenz.

Zudem lässt sich zeigen, dass Unternehmen, welche bis vor kurzem in gewissen Bereichen noch nicht tätig waren, mit Erfolg in die betroffenen Märkte eingestiegen sind (Angebotssubstitution). Als Grundlagen dazu genügen Informatikkomponenten, Know-how und Personal. Es handelt sich hierbei um Güter, die auf dem Markt verfügbar sind. So reicht einem Unternehmen, um z.B. auf den Servermarkt zu dringen, ein PC aus, welcher mit einem X86 Prozessor und „NT“ ausgestattet ist, und der heute eine ähnliche Leistung erbringen kann wie andere Low-end Servers, die traditionell mit dem UNIX Betriebs-

system ausgerüstet sind. Diesbezüglich wird auch von „bottom up entry“ gesprochen, ermöglicht durch technische Fortschritte insbesondere in der Speichererweiterung, der Kommunikation und der Miniaturisierung.

Auch top-down entries, d.h. Marktzutritte von Unternehmen, die hauptsächlich in einem höher qualifizierten Markt tätig sind und gleichwohl mit einfacheren Produkten in weniger spezialisierte Märkte vordringen, können in diesen Märkten beobachtet werden.

Empirisch lässt sich belegen, dass in sämtlichen relevanten Märkten stetig neue Produkte auf den Markt gelangen. Die Dynamik wird verstärkt durch einen sehr kurzen Produktlebenszyklus (6 Monate bis zu 3 Jahren), bedingt durch technische Fortschritte sowie rasche Produkt- und Prozessinnovationen.

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

B 2.2 8. Batigroup Holding AG – Stamm-Gruppe

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission betreffend das Zusammenschlussvorhaben Batigroup Holding AG – Stamm-Gruppe

Zusammenfassung

1. Am 22. Juni 1998 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die BATIGROUP Holding AG (BHAG), Zug, die Kontrolle über die Stamm-Gruppe (Stamm) durch deren Übernahme zu erlangen.

2. BHAG wurde durch die Fusion der Preiswerk Holding AG, der Schmalz Holding AG und der Stuag Holding AG im Jahr 1997 gegründet (vgl. RPW 1997/2, S. 202ff.) und noch im selben Jahr durch Theiler und Kalbermatter ergänzt. BHAG ist die grösste Schweizer Baugruppe, welche die direkte und indirekte Beteiligung an Unternehmen aller Art in der Schweiz und im Ausland bezweckt, insbesondere auf dem Gebiet des Bauwesens und der damit in Zusammenhang stehenden Industrien.

3. Stamm ist eine in der Nordwestschweiz ansässige Baugruppe, welche schwergewichtig in den Bereichen Hochbau und Umbau/ Renovation sowie allgemeiner Tiefbau tätig ist. Vor dem Erwerb durch BHAG war Stamm eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der HCB Holderbank Cement und Beton.
4. Durch den Zusammenschluss ergeben sich Überschneidungen der Tätigkeiten von BHAG und Stamm in den sachlich relevanten Märkten Hochbau, allgemeiner Tiefbau, Spezialtiefbau, Umbau und Renovation sowie General-/ Totalunternehmung. Allerdings sind diese Märkte nicht betroffen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit d VKU (zur Frage der Marktabgrenzung vgl. RPW 1997/2, S. 204).
5. Der Zusammenschluss ist im Zuge der Anpassung der Branchenstruktur in der Schweiz zu sehen, welche nach wie vor von einer Vielzahl kleinster und kleiner Betriebe geprägt ist. Umstrukturierungen wie im vorliegenden Fall ermöglichen Unternehmen eine neue Positionierung in den sich öffnenden Märkten.
6. Sowohl angefragte Konkurrenten als auch Nachfrager von Bauleistungen lassen in ihren Antworten keine Schlüsse auf die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu. BHAG ist zusammen mit Stamm nach wie vor in allen Märkten wirksamer aktueller Konkurrenz ausgesetzt.
7. Aufgrund der Ergebnisse der vorläufigen Prüfung waren die Voraussetzungen zur Einleitung des Prüfungsverfahrens daher nicht gegeben.

B 2.2 9. UBS/SBV

Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10, 32 Abs. 1 und 33 KG.

Examen; art. 4 al. 3, art. 10, 32 al. 1 et 33 LCart.

Esame; art. 4 cpv. 3, art. 10, 32 cpv. 1 e 33 LCart.

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 20. April 1998 bezüglich des Zusammenschlussvorhabens UBS/SBV und vom 6. Juli 1998 bezüglich der Kosten des Verfahrens bis zum 30.6.1998

1 Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 12.1.1998 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach haben die Verwaltungsräte der UBS (Schweizerische Bankgesellschaft) (mit Sitz in Zürich) (im folgenden „SBG“) und des Schweizerischen Bankvereins (mit Sitz in Basel) (im folgenden: „SBV“, zusammen mit der SBG: die „Parteien“) eine Fusion (im folgenden: der „Zusammenschluss“) ihrer beiden Unternehmen zur neuen UBS AG (im folgenden: „UBS“) beschlossen, vorbehaltlich der Zustimmung durch die Aktionäre an den aus-

serordentlichen Generalversammlungen am 3. und 4. Februar 1998 und durch die diversen Aufsichts- und Wettbewerbsbehörden.

2. Sowohl SBG wie auch SBV dürfen als weltweit tätige Universalbanken kontinentaleuropäischen Zuschnitts als bekannt vorausgesetzt werden.

2 *Unterstellung unter das Kartellgesetz (KG) und Meldepflicht*

2.1 *Geltungsbereich (Unternehmen, Unternehmenszusammenschluss) (Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Abs. 3 KG)*

3. Nach Art. 2 KG gilt das Gesetz für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die sich u.a. an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen. Laut Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft) vom 23. November 1994 erstreckt sich der Geltungsbereich des Gesetzes auf diejenigen Marktteilnehmer, die sich als Anbieter oder als Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen selbständig am Wirtschaftsprozess beteiligen. Diese Marktteilnehmer sind Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes (vgl. BBl 1995 I 533). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

4. Als Unternehmenszusammenschluss gilt die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen sowie jeder Vorgang, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erhalten. Die Durchführung des hier geprüften Unternehmenszusammenschlusses soll durch eine doppelte Annexion (Art. 748 OR) der Parteien durch die neu UBS erfolgen. Es handelt sich hierbei um einen usammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG.

2.2 *Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG*

5. Gemäss Art. 3 Abs. 1 KG ist dieses Gesetz nicht anwendbar, wenn (staatliche) Vorschriften bestehen, welche „auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen,“ weil sie: „a) eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen [oder] b) einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten.“

6. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine solchen Vorschriften. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

2.3 Meldepflicht (Art. 9 KG)

7. Die Parteien weisen je Bilanzsummen von mehreren hundert Mrd. CHF auf. Zehn Prozent davon gemäss Art. 9 Abs. 3 KG belaufen sich je auf mehr als das Zwanzigfache des Schwellenwertes von 2 Mrd. CHF nach Art. 9 Abs. 1 lit. a KG und auf das Mehrhundertfache des je beteiligte Bank zu erreichenden Betrages von 100 Mio. CHF gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b KG.

8. Angesichts dieser Zahlen erübrigt sich eine Ausscheidung von Forderungen gegenüber Kunden und Banken in der Schweiz gemäss Art. 9 Abs. 3 2ter Satz KG. Der Zusammenschluss ist zweifellos meldepflichtig.

3 Das Verfahren

9. Im Vorprüfungsverfahren wurden zur Erfassung der Problemmärkte insbesondere die Parteien, die Credit Suisse, Kantonalbanken, Regionalbanken sowie der Verband der Raiffeisenkassen befragt; dabei wurden insbesondere die Bereiche Kapitalmarkt, traditionelles Banksparen, Hypothekarkredite, Firmenkredite sowie weitere Spezialgeschäfte der beiden Parteien wie die Goldverarbeitung sowie deren wesentlichste Beteiligungen an andern Unternehmungen geprüft.

10. An ihrer Sitzung vom 2. Februar 1998 hat die Wettbewerbskommission gestützt auf Art. 10 Abs. 1 KG und einen Antrag des Sekretariates das Vorliegen von Anhaltspunkten für die Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung durch den beabsichtigten Zusammenschluss für verschiedene Märkte in der Schweiz bejaht und die Eröffnung eines Prüfungsverfahrens gemäss Art. 10 und 33ff. KG beschlossen. Zudem entschied sie, dass der Vollzug des Zusammenschlusses, soweit das Geschäft in der Schweiz betroffen war, weiterhin aufgeschoben blieb.

11. Dies wurde den Parteien mit Schreiben an ihre Anwälte vom 4. Februar 1998 mitgeteilt.

12. Am 12. und 23. Februar wurde im Schweizerischen Handelsamtsblatt die Eröffnung eines Prüfungsverfahrens veröffentlicht; aufgrund dieser Veröffentlichung gingen diverse Stellungnahmen insbesondere von Privatpersonen ein. Auch diverse Studien externer Experten wurden dem Sekretariat zuhanden der Kommission zugestellt.

13. In der zweiten Hälfte Februar wurden erneut neben den Parteien zahlreiche Banken (national tätige Banken, Kantonalbanken, Regionalbanken in den nun definierten Problemregionen), Versicherungen, Pensionskassen, der Verband der Raiffeisenkassen, die Schweizer Börse, Kundengruppen im Bereich Firmenkredite wie auch kotierte Gesellschaften um umfangreiche zusätzliche Auskünfte ersucht.

14. Des Weiteren wurden von den Parteien und deren Anwälten zahlreiche Stellungnahmen und Studien zu einzelnen Sachfragen, der Frage der relevanten Märkte und deren Abgrenzung wie auch zur Methode der Informationsbeschaffung durch das Sekretariat eingereicht.

15. Am 25. März fand eine erste Aussprache zwischen den Parteien, Vertretern der Kommission und dem Sekretariat statt, an welcher ebenfalls die Umschreibung der Problemmärkte und mögliche Auflagen angesprochen wurden.

16. Am 6. April und am 20. April diskutierte die Kommission die vorläufige Beurteilung des Sekretariats. Am 20. April fand sodann eine zweite Anhörung der Parteien mit vertiefter Diskussion von möglichen Bedingungen und Auflagen aufgrund der nun definierten Problemmärkte statt.

17. Die vorläufige Beurteilung der Kommission wurde den Parteien am 21. April zugestellt; sie haben dazu mit Schreiben vom 8. Mai Stellung genommen.

18. Am 29. April sicherten die Vertreter der UBS einer Delegation von Kommission und Sekretariat zu, ein Paket von Auflagen gemäss dem hinten (4.2.2.7) abgedruckten Text einzuhalten bzw. zu realisieren. Aufgrund dieser Zusicherung beschloss die Kommission an ihrer Sitzung vom 4. Mai, den Zusammenschluss unter Auflagen zuzulassen.

4 Beurteilung nach Prüfung (Art. 10 KG)

4.1 Die betroffenen Märkte

19. Nach Artikel 11 Absatz 1 lit. d der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) sind vom Zusammenschluss diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte betroffen, 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 alleine 30% oder mehr beträgt. Wo diese Schwellenwerte nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

20. Nach Angaben der beteiligten Unternehmen und nach Überprüfung durch das Sekretariat sind die vorerwähnten Schwellenwerte in folgenden sachlichen und räumlichen Märkten überschritten:

A. Der Hypothekarkreditmarkt

4.1.1 SACHLICH RELEVANTER MARKT

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

22. Hypothekarkredite sind Kredite, denen ein Grundpfand als Sicherheit dient. Allgemein unterscheidet man zwischen direkten und indirekten Hypotheken. Dient ein als Faustpfand bei der Bank hinterlegter Pfandtitel als Sicherheit, so spricht man vom *indirekten Hypothekargeschäft*. Beim *direkten Hypothekargeschäft* ist der Grundpfandtitel nicht als Faustpfand hinterlegt, sondern Eigentum der Bank. Hinsichtlich der für diese Beurteilung massgeblichen Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks sind direkte und indirekte Hypothekarkredite jedoch austauschbar und gehören somit zum selben sachlich relevanten Markt.

23. Abgrenzungsprobleme ergeben sich bezüglich der Frage, ob hypothekarisch gesicherte Firmenkredite dem gleichen Markt zuzuordnen seien wie gewöhnliche Hypothekarkredite. Die Frage ist jedoch für den Markt der Hypothekarkredite von geringer Bedeutung, ergibt sich doch aus der Banken-Statistik der Schweizerischen Nationalbank (Statistik 24, Zeilen 9 und 10, S. A86ff.), dass die hypothekarisch gedeckten Forderungen gegenüber Firmenkunden im Verhältnis zu den Hypothekardarlehen rund 7% ausmachen. Die Verzerrungen, welche sich aus der unterschiedlichen Erfassung der ersteren bei verschiedenen Banken allenfalls ergeben können, sind deshalb für die hier verfolgten Zwecke vernachlässigbar. Im übrigen handelt es sich bei hypothekarisch gesicherten Firmenkrediten zumindest teilweise um den gleichen Kredittyp wie die Hypothekarkredite an natürliche Personen. Deshalb kann davon ausgegangen werden, dass sich die Wettbewerbsverhältnisse zwischen den Hypothekarkrediten für diese unterschiedlichen Kundengruppen kaum unterscheiden.

4.1.2 RÄUMLICH RELEVANTE MÄRKTE

24. Für die geographische Abgrenzung der Märkte ist von Art. 11 Abs. 3 VKU auszugehen. Danach umfasst der räumlich relevante Markt das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Leistungen nachfragt.

25. Die Wettbewerbskommission hat in ihren bisherigen Entscheidungen die Märkte für Hypothekarkredite regional, höchstens kantonal abgegrenzt. (Vgl. *Credit Suisse Group / Winterthur Versicherungen*, RPW 4/1997, 524ff. Rz 13, 17; s. auch *Valiant Holding / Bank in Langnau*, RPW 4/1997, 515ff, Rz 14, 21, wo die Kommission von einer regionalen Markttabgrenzung für die „einfachen“ Bankdienstleistungen ausging, aber darauf hinwies, dass die zunehmende Mobilität der

Konsumenten und die Optionen Bancomat und EFT-POS eine Erweiterung des [regional umschriebenen] Marktes nahelegen).

26. Die Marktgegenseite fragt Hypothekarkredite und insbesondere solche für Erstobjekte (also nicht für Zweitobjekte wie Ferienwohnungen und dergleichen) in einem begrenzten Gebiet nach, welches sich auf die nähere Umgebung der Grundsicherheit oder die Umgebung des Wohn- oder Arbeitssitzes der Marktgegenseite erstreckt. Diese Hypothese wird durch das Ergebnis von Erhebungen des Sekretariats bestätigt, wonach die Geschäftsbanken Hypothekarkredite (v.a. für Erstobjekte) fast ausschliesslich in regional begrenzten Gebieten gewähren. So ergaben die Befragungen u.a., dass Filialen von Banken neue Hypothekarkredite (Hypothekarkredite an „neue“ Kunden und für neu belehnte Objekte) überwiegend (mehr als 90%) in einem *regional begrenzten* Gebiet gewähren.

27. Diese regionale Beschränkung des Angebots und der Nachfrage hat zwei Gründe: Einerseits spielt der *Kundenkontakt* im Hypothekarkreditwesen eine wichtige Rolle, andererseits erfordert diese *Geschäftstätigkeit Kenntnisse der lokalen und regionalen Immobilienmärkte*. Dies wiederum setzt eine *regionale Präsenz* bzw. eine Kundennähe insbesondere in der Phase vor Abschluss des Kreditvertrages voraus, welche ortsfremde Anbieter nicht aufweisen können.

28. Auch eine Studie aus dem Jahr 1993 gelangt zur Schlussfolgerung, „dass Wettbewerb auf dem Hypothekarkreditmarkt in erster Linie auf lokalen bzw. regionalen Märkten stattfindet“ (*Peter Sohre/Bernd Schips/Franz Jaeger, Hypothekarkreditmarkt, Eine Untersuchung der Wettbewerbssituation in der Schweiz, Chur/Zürich 1993, 192*).

29. Für die räumliche Marktabgrenzung scheint es deshalb richtig, in einem ersten Schritt von kantonalen Märkten auszugehen. Dies erstens, weil die Bildung von noch kleineren Wirtschaftsräumen nur in seltenen Fällen (z.B. Oberaargau, Seeland, Zweiteilung des Wallis) sinnvoll erscheint, zweitens aufgrund der auf das Kantonsgebiet begrenzten Präsenz der jeweiligen Kantonalbank, und drittens weil bezüglich kantonalen Märkte recht zuverlässige Daten erhältlich sind. Auf diese Weise können Gebiete (räumliche Märkte) ermittelt werden, für welche der Zusammenschluss schon aufgrund der Strukturdaten (Marktanteile der Zusammenschlusspartner) nicht mehr weiter geprüft zu werden braucht.

30. In einem weiteren Schritt wird der Tatsache Rechnung getragen, dass Wirtschaftsräume nicht unbedingt entlang der Kantons Grenzen verlaufen (so für den Wirtschaftsraum SO / Oberaargau / Seeland) bzw. solche Wirtschaftsräume sich teilweise nur auf ein begrenztes Gebiet innerhalb eines Kantons (so im Wallis aufgrund der

Sprachgrenze) oder auf mehrere Kantone (beide Basel, SG / AI / AR) erstrecken.

31. In ihrer Meldung gehen die Parteien – abweichend von der bisherigen Praxis der Kommission - von nationalen Märkten für Hypothekarkredite aus. Sie berufen sich dabei auf die *ständige Praxis der EU-Kommission (Bank Austria/Creditanstalt, IV/M.873, Rz 23; Dresdner Bank/Kleinwort Benson, IV/M. 611, Rz 11; Deutsche Bank/Banco de Madrid, IV/M.341, Rz 8; sowie andere)*.

32. Die Frage, ob die Hypothekarmärkte regional oder national abzugrenzen seien, kann letztlich offengelassen werden, da, wie hinten zu zeigen ist, auch bei der (oben Ziff. 26 – 31 dargelegten) engstmöglichen räumlichen Marktabgrenzung keine wettbewerbsrechtlich problematischen marktbeherrschenden Positionen entstehen.

B. Der Markt für Firmenkredite

4.1.3 SACHLICH RELEVANTER MARKT

33. Im Bereich der Firmenfinanzierung unterscheiden die Parteien zwischen dem Markt für Kredite an inländische Firmen und den Kreditprodukten für multinationale Kunden. Kreditprodukte für multinationale Unternehmen müssen nach den Parteien von Kreditprodukten an nationale Unternehmen unterschieden werden, da erstere andere Finanzierungsprodukte und -dienstleistungen nachfragen als letztere.

34. Da sie im Markt für multinationale Firmenkunden keine Marktanteile gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU erreichen, beschränken die Parteien ihre Ausführungen auf die inländischen Firmenfinanzierungen. Dieser Markt umfasst nach ihrer Auffassung die gedeckten und ungedeckten Firmenkredite sowie das Finanzierungsleasing und das Factoring. Die Parteien stützen sich bei dieser Marktabgrenzung auf folgende Argumente:

- Gemäss den Aussagen der Parteien hängt die Natur des Produkts „Firmenkredite“ nicht von der Personal- oder Realsicherheit ab, da ihre Berücksichtigung nur eines von vielen Elementen zur Einschätzung der Kreditfähigkeit des Firmenkunden darstellt.
- Die Parteien zitieren den Fall *GECC/Bank Aufina*, um darzulegen, dass das Investitionsgüterleasing und das Immobilienleasing aufgrund der Angebotsumstellungsflexibilität und ihrer funktionellen Austauschbarkeit dem gleichen Markt angehören wie die Firmenkredite.

- Auch das **Factoring** ist gemäss den Parteien ein Substitutionsprodukt zu einem Firmenkredit, da es einem Unternehmen erlaube, seine Forderungen zu benutzen, um zu Liquidität zu kommen.

35. Im Fall *Credit Suisse Group / Winterthur Versicherungen* hat die Wettbewerbskommission sachlich einen eigenständigen Markt für Firmenkredite erwähnt (RPW 1997/4, S. 526 Ziff. 13). Sie hat jedoch auf eine genaue Abgrenzung des sachlich relevanten Markt verzichtet, da aus dem Zusammenschluss im Bereich der Kredite keine wesentliche Verstärkung der Marktstellung resultierte (Rz 24, 38).

36. Als Firmenkredite werden die für eine bestimmte Dauer gewährten Vorschüsse oder Darlehen (Investitionskredite) sowie die Kontokorrentkredite (Betriebskredite), welche von Banken an im Handelsregister eingetragene Unternehmen gewährt werden, bezeichnet (*Max Lüscher/Alfred Salathe/Marcel Baeriswyl, Les affaires de crédit des banques, éd. par la Commission suisse pour les examens professionnels de banque, 2ème éd., Bâle 1997, Kap. 2, S. 4*).

37. Folgende Schlüsse können anhand dieser Definition gezogen werden:

- Marktgegenseite der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind im vorliegenden Fall all jene im Handelsregister eingetragenen Unternehmen, welche Firmenkredite nachfragen. Der Firmenkredit unterscheidet sich insofern von Kleinkrediten, die in erster Linie an Privatpersonen gewährt werden (siehe Bundesgesetz über den Konsumkredit (KKG), SR 221.214.1).
- Firmenkredite sind wie erwähnt die zeitlich befristeten Vorschüsse oder Darlehen (Investitionskredite) einerseits sowie die Kontokorrentkredite andererseits. Sie umfassen somit sowohl diejenigen Mittel, welche einem Unternehmen erlauben, seine Produktionsstätten zu finanzieren, als auch die Mittel zur Bezahlung seiner täglichen Betriebskosten. Diese weite Definition scheint auch insofern richtig, als Unternehmen sowohl Investitions- als auch Kontokorrentkredite benötigen, und ihnen das eine ohne das andere nichts nützt. Entsprechend beziehen die Banken bei einer Analyse der Finanzierungsbedürfnisse eines (potentiellen) Kunden die Bedürfnisse nach beiden Arten von Krediten in Betracht und bieten auch beide Produkte an. Deshalb können Kontokorrentkredite und Investitionskredite als Ganzes bezeichnet werden.
- Investitionskredite werden einem Unternehmen entweder auf einen Schlag gewährt (Festkredit), oder in den Bedürfnissen des Unternehmens entsprechenden Raten, deren Modalitäten vertraglich festgelegt werden (revolvierender Kredit). Diese Unterscheidung scheint aber aus der Sicht der Marktdefinition nicht relevant. Es

wird im folgenden auch nicht zwischen kurz-, mittel- und langfristigen Firmenkrediten unterschieden. Es spielt weiter keine Rolle, weshalb ein Unternehmen einen Kreditantrag stellt. Ebenso sind die Deckung, die juristische Form des Unternehmens und die Tätigkeit des Kunden hier nicht relevant, da dadurch nur die Kreditkonditionen beeinflusst werden, nicht aber die Eigenschaften der Firmenkredite.

- Die von den Banken vorgenommene Einschätzung der Kreditfähigkeit des Firmenkunden beruht hauptsächlich auf zwei Kriterien: Einer qualitativen Prüfung (Marktstellung, Produkt, Image, Management, etc.) und einer quantitativen Prüfung (finanzielle Mittel, Jahresberichte, Bilanzen, etc.). Die Einschätzung führt dann zu einem Ergebnis (pricing). Die Tendenz zur standardisierten Analyse der Firmenkredite sowie die Berücksichtigung des Kundenrisikos beeinträchtigen die Eigenschaften des Produkts Firmenkredite nicht. Die Frage, ob allenfalls eine Unterteilung der Firmenkredite nach Risikogruppen vorgenommen werden müsste, kann hier offen bleiben, da die Wettbewerbsverhältnisse in allen Risikogruppen ähnlich sind und deshalb die Unterteilung keinerlei Einfluss auf die Resultate der Prüfung hätte.
- Es gilt jedoch die von einer Hypothek gedeckten Firmenkredite von den Hypothekendarlehen zum Kauf von Immobilien zu unterscheiden; letztere können nicht als Firmenkredite im obigen Sinne bezeichnet werden und gehören zum Markt für Hypothekarkredite.

38. Bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes muss auch die Frage nach der Substituierbarkeit der Firmenkredite durch andere Produkte mit ähnlichen Eigenschaften und ähnlichem Verwendungszweck gestellt werden. Es müssen folglich diejenigen Waren in die Umschreibung des relevanten Marktes miteinbezogen werden, die es der Marktgegenseite erlauben würden, Firmenkredite zu ersetzen. Diesbezüglich sind insbesondere das Leasinggeschäft, das Factoring oder das Vermitteln von Risikokapital zu nennen.

39. Will ein Unternehmer ein Objekt mit Hilfe des Finanzierungsleasings finanzieren, so wendet er sich entweder direkt an einen Leasinggeber oder aber an seine Bank, die sich an eine ihr nahestehende Leasinggesellschaft wendet und für ihren Kunden einen Antrag stellt. In beiden Fällen wird der Gläubiger den Antrag im Hinblick auf die finanziellen Mittel des Leasingnehmers und auf die Verwirklichungsmöglichkeiten des Projekts überprüfen. Ein Antrag für ein Finanzierungsleasing unterscheidet sich folglich nicht gross von einem Firmenkreditantrag. Die Einschätzungskriterien sind in beiden Fällen ähnlich. Mit anderen Worten können Unternehmen, die keine Fir-

menkredite zugesprochen erhielten, kaum erfolgreich einen Antrag auf Finanzierungsleasing stellen.

40. Die Austauschbarkeit von zwei nach Beschaffenheit und Verwendungszweck ähnlichen Dienstleistungen mag bezweifelt werden, wenn diese Güter über längere Zeit grössere Preisunterschiede aufweisen. Da die Zinszahlungen beim Leasing generell höher sind als bei einem gewöhnlichen Kredit, spricht die fehlende Kreuzpreiselastizität gegen eine Bejahung der Substituierbarkeit beider Produkte. Zudem ist das Anwendungsgebiet des Finanzierungsleasings beschränkter als das der Firmenkredite. Die Anpassungsfähigkeit ist beim Finanzierungsleasing nicht die gleiche wie bei Kontokorrentkrediten mit von den momentanen Finanzierungsbedürfnissen abhängigen Überziehungslimiten. Betriebskapital, Lohnauszahlungen oder Käufe von in eine Sache integrierten Gütern können nicht mittels Leasing finanziert werden. Seine funktionale Substituierbarkeit für Firmenkredite ist folglich nur teilweise gegeben.

41. Zwar kann Immobilienleasing eine Alternative für den Kauf einer Immobilie mittels einer konventionellen Hypothek sein. In diesen Fällen handelt es sich jedoch um einen Hypothekarkredit und nicht um ein Firmenkredit, welcher substituiert wird. Der Aspekt des Immobilienleasings ist folglich allenfalls bei der Analyse des Hypothekarkarkmarktes mit einzubeziehen.

42. Angesichts seiner erwähnten Eigenschaften und seines Verwendungszweckes scheint zweifelhaft, ob das Finanzierungsleasing ein vollwertiges Substitutionsprodukt für Firmenkredite ist.

43. Das Factoring ist dadurch charakterisiert, dass ein Spezialinstitut (factor) die Forderungen, welche Firmen gegenüber ihren Kunden haben, aufkauft. Der Factor bezahlt die erworbenen Forderungen bei deren Fälligkeit, unter Abzug einer Kommission, oder sofort unter Diskontierung und Abzug der Kommission. Gegen eine Kommission kann auch das Delkredererisiko vom Factor übernommen werden. Hingegen trägt der Zedent die Risiken eventueller Warenmängel und des Nichtbestehens der Forderung. Er übernimmt auch die Verantwortung für die Sachübergabe. Das Factoring erlaubt es, im Rahmen der existierenden und zukünftigen Forderungen die wirtschaftliche Tätigkeit eines Unternehmens vorzufinanzieren. Die spezifischen Eigenschaften des Factoring (der aleatorische Charakter, hohe Kosten, von der Existenz abtretbarer Forderungen abhängig) und der gegenwärtige Verwendungszweck des Factorings (Bilanz erleichterung, Abnahme der Eintreibung ausstehender Forderungen und Abnahme des Zahlungsrisikos) lassen es als zweifelhaft erscheinen, ob das Factoring als Substitutionsprodukt für Firmenkredite zu betrachten ist.

44. Der Begriff des Bereitstellens von Risikokapital umfasst die Gewährung von partizipativen Darlehen oder die zeitlich limitierte Beteiligung sowie Managementhilfen für Unternehmen mit ungenügender Kapitalbasis (*Lüscher et. al., op. cit., Kap. 12 S. 2ff.*). Risikokapital wird hauptsächlich jungen und innovativen Firmen gewährt, die hohes technisches Know-how aufweisen und Produkte anbieten, welchen eine überdurchschnittliche Erfolgchance im Markt eingeräumt wird. Risikokapitalgesellschaften gibt es in der Schweiz zur Zeit nur wenige. Diese verfügen auch über sehr wenig Mittel und steigen deshalb nur bei beschränkten Risiken und guten Erfolgsaussichten ein (*J.-P. Chenaux, Les banques ne prêtent-elles qu'aux riches?, Lausanne 1996, S. 15*). Zudem unterscheidet sich die Finanzierung durch Risikokapital von einer Finanzierung durch Firmenkredite, da im ersten Fall die Risikokapitalgesellschaft Teilhaber des unterstützten Unternehmens wird. Aus diesen Gründen ist auch das Risikokapital schwerlich als Substitutionsprodukt für Firmenkredite zu bezeichnen.

45. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der sachlich relevante Markt der Firmenkredite zeitlich begrenzte Vorschüsse und Darlehen (Investitionskredite) sowie die Kontokorrentkredite (Betriebskredite) umfasst. Ob das Investitionsgüterleasing, das Factoring sowie die Vermittlung von Risikokapital als Substitutionsprodukte bezeichnet werden können und somit in die Umschreibung des relevanten Marktes aufzunehmen sind, kann letztlich offen gelassen werden, nachdem die Parteien einem Bündel von Massnahmen zugestimmt haben, welche es erlauben, die Bedenken der Kommission auf den sachlich engstmöglich definierten Märkten für Firmenkredite auszuräumen.

4.1.4 RÄUMLICH RELEVANTER MARKT

46. Allgemein ist festzustellen, dass das räumliche Nachfrageverhalten von Unternehmen, welche Firmenkredite von Banken in Anspruch nehmen, stark von den spezifischen Bedürfnissen der einzelnen Nachfrager abhängt.

47. Im Fall *Credit Suisse Group/Winterthur* hat sich die Wettbewerbskommission für eine enge Abgrenzung des Marktes für Firmenkredite ausgesprochen („Aus der Sicht der Nachfrager für Bankendienstleistungen sind diese [d.h. die in Rz 13 definierten Bankdienstleistungen, insbesondere auch die Firmenkredite, Anm. d. Verf.] regional, höchstens aber kantonal begrenzt substituierbar“, RPW 4/1997, S. 527 Ziff. 17).

48. Die Parteien machen geltend, dass der räumlich relevante Markt nur national sein kann. Sie stützen sich dabei auf folgende Argumente: (A.) Die Praxis der europäischen Kommission; (B.) die Tatsache, dass Produkte und Konditionen in der ganzen Schweiz einheit-

lich seien; (C.) die Rolle der ausländischen Banken in grenznahen Gebieten und (D.) die Vereinheitlichung der internen Richtlinien für die Analyse der Firmenkredite und deren Gewährung bei den gesamtschweizerisch operierenden Banken.

49. (A). Wenn auch das Schweizer Kartellgesetz zweifellos durch das europäische Wettbewerbsrecht beeinflusst ist, bedeutet dies doch nicht, dass die Wettbewerbskommission nicht, wo sachlich gerechtfertigt, von der Praxis der EU-Behörden abweichen kann und soll. Im übrigen hat die EU-Kommission im Fall *Bank Austria/Creditanstalt* (IV/M.873) die Frage gar nicht gestellt, ob durch den Zusammenschluss Wettbewerbsbehinderungen auf einzelnen nationalen Märkten entstünden. Sie hat vielmehr auf eine genaue Marktabgrenzung verzichtet, da der Zusammenschluss nach Vollzug einiger ausgehandelter Verkäufe durch die neue Bank weder eine marktbeherrschende Stellung begründet noch eine solche verstärkt wurde. Der betreffende Fall ist folglich für dieses Verfahren unerheblich.

50. (B.) Betreffend des Arguments der einheitlichen Produkte und Konditionen berufen sich die Parteien auf den Fall *Migros/Globus* (RPW 1997/3, S. 364ff.). Doch können die dort verwendeten Argumente für den Markt der Firmenkredite nicht herangezogen werden. Im Fall *Migros/Globus* hat die Wettbewerbskommission den relevanten Markt regional abgegrenzt, konnte die Vorprüfung jedoch auf der Basis einer nationalen Marktabgrenzung durchführen, da in der ganzen Schweiz homogene Wettbewerbsbedingungen vorlagen und eine regionale Abgrenzung somit zu keinen anderen Resultaten geführt hätte (a.a.O., S. 369 Ziff. 25f.).

51. Die Argumentation bezüglich der Märkte für Detailhandelsprodukte kann aber nicht unbesehen auf Finanzdienstleistungsmärkte übertragen werden. Der wesentliche Unterschied zwischen Finanzdienstleistungsmärkten und Detailhandel liegt darin, dass die Kunden ihren Bedarf an Gütern des Detailhandels problemlos fallweise ausserhalb ihres regionalen Marktes und abwechslungsweise bei verschiedenen Anbietern decken können. Die Kreditbeziehung ist im Gegensatz dazu auf Dauer angelegt und verbindet die Parteien entsprechend über längere Zeit miteinander. Im Detailhandel müssen - im Gegensatz zum Firmenkreditmarkt, wo insbesondere die Kenntnis der wirtschaftlichen Lage des Kreditsuchenden in seinem geographischen und sachlichen Tätigkeitsbereich einen zentralen Aspekt bildet - auch keine Informationsunvollkommenheiten überwunden werden. Die aktuelle und noch mehr die potentielle Konkurrenz, die von den Anbietern aus anderen Regionen ausgeht, ist vor allem wegen der fehlenden vorgängigen Informationsbeschaffung seitens der Anbieter bei Transaktionen im Detailhandel viel grösser als im Markt für Firmenkredite. Dies führt im Detailhandelsmarkt - im Gegensatz zum

Firmenkreditmarkt – zu einer Situation, in der sich die Anbieter regional nicht in wesentlichem Umfang unabhängig von ihren Konkurrenten in anderen Regionen verhalten können.

52. Die Bedeutung des Kundenkontaktes, der Prüfung der Bonität des Kunden und der Wirtschaftslage in seiner Region und seiner Branche sowie die Tatsache, dass Firmenkredite, wie die Befragungen durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission ergeben haben, zum grössten Teil in einem begrenzten Gebiet gewährt werden, sprechen insgesamt für eine regionale Abgrenzung der Firmenkreditmärkte.

53. (C.) Die Präsenz von ausländischen Bankinstituten in grenznahen Gebieten ist kein genügender Grund, um den Markt nicht regional abzugrenzen. Es sei in Erinnerung gerufen, dass die Abgrenzung des relevanten Marktes aus der Sicht der Marktgegenseite vorzunehmen ist (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU), was hier heisst: Aus Sicht der kreditsuchenden Unternehmen. Die Frage, für welche Unternehmen überhaupt von einem Einfluss der Auslandsbanken ausgegangen werden kann, wird in den Kapiteln über den aktuellen Wettbewerb und über die Marktzutrittsschranken vertieft. Wo aufgrund der Grenznähe einer Unternehmung ein ausländisches Institut ausnahmsweise als Konkurrent betrachtet werden kann, wäre dies allenfalls in der Marktanteilsberechnung in der betreffenden Region zu berücksichtigen.

54. (D.) Die Vereinheitlichung der Richtlinien für die Gewährung und Zentralisierung der Bearbeitung von Firmenkrediten sind ebenfalls kein Grund, um den Markt national abzugrenzen; er handelt sich hier vielmehr um Entscheide zum Zwecke der Kostenreduktion bei der Kreditadministration und der besseren Risikoerfassung. Auch hier sei daran erinnert, dass die Marktabgrenzung aus der Sicht der Nachfrager zu definieren ist und somit von den Bedürfnissen und Verhaltensweisen der Unternehmen (Marktgegenseite) abhängt. Zudem ist diese Zentralisierung der Kreditvergabeentscheide hauptsächlich bei Grossbanken und erst ab einem gewissen Betrag üblich. Die Kantonal- und Regionalbanken, die Raiffeisenbanken, die Migrosbank und die Coop Bank gewähren ihren Filialen eigene Kompetenzen in Sachen Firmenkredite.

55. Wie schon mehrmals erwähnt, variiert das räumliche Nachfragerverhalten bezüglich Firmenkrediten stark von Nachfrager zu Nachfrager und hängt von deren Bedürfnissen ab. Die Befragungen des Sekretariats haben ergeben, dass viele Unternehmen Wert auf die unmittelbare Nähe des Kreditgebers legen. Vor allem die KMU scheinen in einer direkten Beziehung mit ihrer Bank stehen zu wollen. Ihre spezifischen Bedürfnisse (täglicher Kontakt mit der Bank, Bargeldge-

schäfte) führen dazu, dass sie dort Kredite nachsuchen, wo auch ihr Tätigkeitsfeld liegt. Weiter ist ihr Verhalten von einer allfälligen Sprachgrenze beeinflusst. Die Unternehmen ziehen es vor, Bankbeziehungen in einem bekannten Umfeld und in der eigenen Sprache zu führen.

56. Schliesslich ist anzufügen, dass auch die greifbaren Studien zum Thema der Firmenkredite sich hauptsächlich auf streng abgegrenzte kantonale Gebiete beschränken (*J.-P. Chenaux*, *Les banques ne prétent-elles qu'aux riches?*, Lausanne 1996, S. 15; *I. Wermeille/J.-P. Rudolf/A. Schneider*, *Le financement du développement endogène dans l'Arc jurassien*, Neuenburg 1996). Rechtsvergleichend ist darauf hinzuweisen, dass in den USA, welche eine reiche Praxis in bezug auf die wettbewerbliche Beurteilung von Bankenzusammenschlüssen aufweisen, die Behörden die Märkte im Bereich des Retail- und Firmenkundengeschäfts ebenfalls regional abgrenzen (vgl. dazu *Rhoades*, *Competition and bank mergers: directions for analysis from available evidence*, *The Antitrust Bulletin*, Summer 1996, 344ff.). Auf eine regionale Marktabgrenzung für Retail-Bankdienstleistungen auch durch die deutschen Kartellbehörden kann etwa aus der (zusammenfassend) publizierte Entscheidung betreffend des Zusammenschlusses *Bayrische Vereinsbank AG - Bayrische Hypotheken- und Wechselbank AG* (*WuW* 11/1997, 883) geschlossen werden.

57. Die enge Abgrenzung des Marktes für Firmenkredite ist nicht nur die Folge des Nachfrageverhaltens, sondern entspricht letztlich auch dem Verhalten der Banken. Im Firmenkundengeschäft begrenzen die Banken ihre Angebote auf spezielle Wirtschaftszonen. Bei den Regionalbanken handelt es sich meistens um das Gebiet, in welchem die Bank ihren Sitz hat. Kantonalbanken grenzen ihr Tätigkeitsgebiet meistens auf das Kantonsgebiet ein, so wie es in manchen Fällen die kantonale Gesetzgebung vorsieht (siehe Ziffer 106). Was die Grossbanken betrifft, so beschränkt sich der (räumliche) Geschäftsbereich ihrer Filialen auf Zonen, die teilweise regional oder kantonal festgelegt werden. Die Firmenkredite der meisten Banken (speziell was die erste Kontaktaufnahme betrifft) werden durch die dem Firmenkunden am nächsten gelegene Filiale geführt. Mit diesem Vorgehen kann die Bank lokalen Bedürfnissen entsprechen und so auch die mit den Firmenkrediten verbundenen Risiken verkleinern. Angesichts dieser Feststellung ist auch nicht erstaunlich, dass die Banken bei Kreditanfragen von Unternehmen anderer Geschäftsgebiete und anderer Kantone zurückhaltend reagieren. Dies haben die Antworten auf die entsprechenden Fragen des Sekretariats ergeben.

58. Es muss aber nochmals betont werden, dass das Verhalten eines Firmenkunden von seiner Grösse, seiner Finanzlage und seinem Tätigkeitsbereich abhängt. Diese drei Elemente bilden ein Ganzes. Grös-

sere Unternehmen sind meist über die Kantonsgrenzen, gar Landesgrenzen hinaus tätig. Da ihre finanziellen Bedürfnisse grösser und vielfältiger sind als diejenigen der KMU, wenden sie sich auch an Bankinstitute, die eine breite Palette von Dienstleistungen anbieten. Für solche Unternehmenstypen spielt die Nähe der Bank eine weitaus kleinere Rolle.

4.1.5 RÜCKWIRKUNG AUF DIE SACHLICH RELEVANTEN MÄRKTE

59. Es bleibt nun noch die Grenze angemessen festzulegen, unterhalb welcher die Märkte für Firmenkredite regional und kantonal definiert werden müssen. Die Wettbewerbskommission hat diese Limite bei CHF 2 Millionen angesetzt. Dazu ist festzuhalten, dass selbstverständlich jeder derart festgelegten Grenze ein aleatorisches Element anhaftet und der real vorliegenden Vielfalt der Geschäftswelt nicht Rechnung trägt. Man könnte auch Argumente finden, warum die Grenze bei CHF 1,5 Mio. oder bei CHF 3 Mio. festzulegen sei. Mit Blick auf das angestrebte Ziel (die Berechnung der Marktanteile) ist jedoch darauf hinzuweisen, dass auch eine leicht höhere oder tiefere Festlegung der Grenzen zu keinen wesentlich abweichenden Resultaten führen würde. Folgende Gründe haben die Kommission dazu bewogen, die Grenze bei CHF 2 Mio. anzusetzen:

60. Dieser Betrag entspricht der Grenze, ab welcher die Mehrzahl der Regionalbanken selten mehr Firmenkredite vergeben. Da die Regionalbanken hauptsächlich regional tätig sind, ist dies auch ein Indiz dafür, dass die Nachfrage unter diesem Betrag hauptsächlich regional oder kantonal ist.

61. Umgekehrt werden die ausländischen Institute im Markt für Firmenkredite erst bei Kreditbeträgen von mehr als CHF 2 Mio. aktiv. Dabei handeln die Auslandsbanken hauptsächlich mit international oder zumindest national etablierten Firmen, welche bezüglich ihrer Kreditbeziehungen nicht regional beschränkt sind.

62. Die Abklärungen des Sekretariats ergaben zusätzlich, dass eine der Parteien die Verwaltung von Firmenkrediten ab CHF 2 Mio. zentralisiert vornimmt.

63. Rechtsvergleichend ist darauf hinzuweisen, dass in den USA, welche eine reiche Praxis in bezug auf die wettbewerbliche Beurteilung von Bankenzusammenschlüssen insbesondere auch mit Bezug auf kleine und mittlere Unternehmen aufweisen, die Behörden die Grenze für die „small businesses“, welche für die Befriedigung ihrer Kreditbedürfnisse lokal beschränkt sind, bei 1 Mio. US\$ ansetzen (*Guerin-Calvert: Current merger policy: banking and ATM network mergers, in: The Antitrust Bulletin, Summer 1996, 307, Fn 17.*). Dies entspricht zur Zeit umgerechnet einem Betrag von rund 1,5 Mio. CHF.

64. Angesichts dieser Argumente scheint es der Kommission richtig, den Markt für Firmenkredite unter CHF 2 Mio. regional bzw. kantonal abzugrenzen. Im vorliegenden Fall beschränkt sich somit die Untersuchung auf diesen spezifischen Markt, da bei höheren Kreditsummen ausgeschlossen werden kann, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

65. Letztlich kann aber offenbleiben, ob die gewählte Marktabgrenzung unter jedem Gesichtspunkt die zutreffendste ist, da die Parteien mit ihren Zusagen die Bedenken der Kommission bezüglich der von ihr so definierten Märkte auszuräumen vermögen.

4.2 Marktstellung

4.2.1 Hypothekarkreditmarkt

4.2.1.1 Marktvolumen, Marktanteile und Wettbewerber

66. Es hat sich gezeigt, dass in Märkten, in denen die neue UBS Marktanteile von unter 30% erreicht, jeweils mindestens zwei ähnlich starke Konkurrenten - Credit Suisse und die jeweilige Kantonalbank - sowie Regionalbanken und Raiffeisenbanken tätig sind. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich deshalb in einem ersten Schritt auf Kantone und Regionen, in denen die neue UBS Marktanteilszahlen von über 30% erzielen wird. Dies sind die Kantone AR, BS, GE, NE, SO, (Ober- und Unter-)VS, TI.

67. In sämtlichen oben aufgeführten räumlich relevanten Märkten steht die neue UBS mit mehreren Mitbewerbern in Konkurrenz. Im Vordergrund steht dabei - mit Ausnahme von Solothurn - jeweils die Kantonalbank.

68. In den Wirtschaftsräumen St. Gallen, Basel, Genf und Neuenburg (als räumlich relevante Märkte) kann davon ausgegangen werden, dass die Kantonalbanken etwa gleich starke Konkurrenten sein werden wie die neue UBS. Hinzu kommt, dass die Kantonalbanken über einen komparativen Vorteil gegenüber den Grossbanken verfügen, weil die Kantonalbanken in der Regel für die Finanzierung der Hypotheken einen proportional höheren Anteil von konventionellen Spargeldern ausweisen als die Grossbanken (Spargelder stellen die günstigste Refinanzierungsquelle für Hypothekarkredite dar).

69. In den Gebieten, in denen die Kantonalbanken, gemessen an ihren Marktanteilen, eine wesentlich schwächere Stellung haben, wie dies im Tessin, im deutsch- und französischsprachigen Wallis sowie in Solothurn der Fall ist, sind die Raiffeisenbanken (TI 14%, VS de/fr 20%, SO 25%) entsprechend stärker vertreten. Auch die Raiffeisenbanken weisen in der Regel einen hohen Anteil von Spargeldern und Kassenscheinen als Verbindlichkeiten aus, so dass bei ihnen ebenfalls

von relativ günstigen Refinanzierungskosten und daher von einer starken Wettbewerbsposition im Markt für Hypothekarkredite ausgegangen werden kann.

70. Als weitere Konkurrentin ist in sämtlichen Märkten die Credit Suisse zu erwähnen. Ihr Marktanteil ist – ausser im Tessin, wo sie mit ca. 20% die zweitstärkste Marktteilnehmerin ist – in den jeweiligen Hypothekarkreditmärkten eher bescheiden. Dennoch muss angesichts ihrer bedeutenden Grösse angenommen werden, dass sie ihre Anteile bei entsprechenden Profitaussichten auch in diesen Märkten erhöhen könnte.

71. Weitere Wettbewerber sind die Regionalbanken sowie die Migrosbank und die Coop Bank. Die beiden letztgenannten Institute haben in den Hypothekarkreditmärkten relativ bescheidene Marktanteile. Ihre Bedeutung zeigt sich jedoch auch darin, dass sie anlässlich von Hypothekarzins(senkungs-)runden regelmässig eine Vorreiterrolle einnehmen und auf die anderen Banken einen eigentlichen Zinssenkungsdruck ausüben.

72. Wenn auch der Zusammenschluss zur UBS zu beachtlichen Marktanteilsadditionen führt, zeigen somit obenstehende Ausführungen, dass beträchtliche aktuelle Konkurrenz funktioniert und ein Wettbewerbsdruck auf die Grossbanken besteht.

4.2.1.2 Markteintritte und potentieller Wettbewerb

73. Im Markt für Hypothekarkredite wurden in den letzten Jahren keine nennenswerten Markteintritte beobachtet. Dies dürfte daran liegen, dass die Schweiz als „over-banked“ gilt, was bedeutet, dass Überkapazitäten vorhanden sind. Solche Gegebenheiten ziehen in der Regel keine neuen Marktteilnehmer an.

74. Als potentielle Konkurrenten sind in erster Linie Finanzdienstleistungsunternehmen des Nichtbankensektors in Betracht zu ziehen, die gleiche Produkte selektiv schon heute anbieten.

75. Im Vordergrund stehen dabei Versicherungen und Pensionskassen. Diese betreiben das Hypothekarkreditgeschäft in erster Linie als Anlagegeschäft und zwar in dem Sinne, dass sie die ihnen zufließenden und überschüssigen Mittel (Prämieneinnahmen) in der Form von Hypothekarkrediten anlegen.

76. Pensionskassen und Versicherungen erweitern ihr Hypothekarkreditvolumen insbesondere während Marktsituationen, in denen diese Anlageform besonders rentabel ist. Dies ist während Zinsinversionsphasen, wenn also die kurzfristigen Zinssätze höher sind als die langfristigen, der Fall. Die Hypotheken sind in solchen Phasen in der Regel höher verzinslich (oder „teurer“) als bei normalen Zinsstruktu-

ren (wenn kurzfristige Zinsen tiefer sind als langfristige). Das Gewähren von Hypotheken stellt deshalb bei inversen Zinsstrukturen für Pensionskassen und Versicherer eine - im Vergleich zu anderen Anlageformen - attraktive Anlagemöglichkeit dar.

77. Hypotheken wären allerdings auch dann möglicherweise eine rentable Anlagemöglichkeit für Pensionskassen und Versicherer, wenn damit über den Erträgen vergleichbarer Anlagen liegende Renditen erzielt werden könnten. Sollte sich deshalb bei normalen Zinsstrukturen eine Marktsituation ergeben, in der eine Überrendite erwirtschaftet werden kann, könnte dies deshalb bedeuten, dass es für Versicherungen und Pensionskassen ebenfalls attraktiver würde, Hypotheken zu gewähren. Unter diesen Umständen wäre deshalb damit zu rechnen, dass sie die Geschäftstätigkeit mit Hypotheken aufnehmen (bzw. diese wieder vermehrt verfolgen) würden.

4.2.1.3 Schlussfolgerung: Keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf den Hypothekarkreditmärkten (Art. 10 Abs. 2 lit. a KG)

78. Angesichts des beschriebenen Wettbewerbsumfeldes dürfte ausgeschlossen werden können, dass sich die UBS in wesentlichem Umfang unabhängig von den anderen Marktteilnehmern verhalten kann und mithin dass der Zusammenschluss eine individuell marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

79. Auch ein koordiniertes Verhalten der neuen UBS und der jeweiligen Kantonalbank, welche insbesondere in den Kantonen NE und GE einen gemeinsamen Marktanteil von jeweils über 80% erreichen, scheint aufgrund der Konkurrenzsituation nicht möglich. Sowohl die weiteren national tätigen Konkurrenten CS, Coop Bank und Migrosbank wie auch die oben beschriebene potentielle Konkurrenz stehen der Möglichkeit einer alleinigen oder einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung entgegen.

4.2.2 *Der Markt für Firmenkredite*

4.2.2.1 Marktvolumen, Marktanteile und Wettbewerber

80. Über die Marktanteile im Bereich der Firmenkredite gibt es keine Statistiken oder Studien mit präzisen Zahlenangaben. Die Wettbewerbskommission hat nicht zuletzt aus diesem Grund den Markt für Firmenkredite in einem ersten Schritt kantonal abgegrenzt. Mit den dazu erhältlichen Angaben (Statistiken der SNB, zugestellte Zahlen der Parteien, der CS, der Regional- und Kantonalbanken, usw.) konnte sie die Marktanteile der Parteien und ihrer Konkurrenten in den Kantonen zuverlässig abschätzen und so die unproblematischen Regionen ausscheiden. Vertieft geprüft wurde im folgenden nur die

Situation in denjenigen Kantonen, in welchen die neue UBS auf deutlich über 30% Marktanteil gelangt.

81. Die Ermittlungen des Sekretariats haben ergeben, dass der Kanton Appenzell Ausserrhoden (AR), in welchem die UBS aufgrund der Übernahme der Kantonalbank eine dominierende Position (rund 90 % Marktanteil) innehat, nicht als räumlich relevanter Markt betrachtet werden kann. Vielmehr gehört AR zum Wirtschaftsraum Sankt Gallen. So ist die St. Galler Kantonalbank aus einer Niederlassung in Herisau heraus in beiden Appenzell tätig und betrachtet AR und AI als gänzlich zu ihrem Einzugsgebiet gehörend. Weiter ist die Appenzell-Innerrhodische Kantonalbank mit zunehmender Tendenz im Kanton AR tätig. Die Einheit des Wirtschaftsraums St. Gallen widerspiegelt sich auch in den von den Parteien gelieferten Angaben über die (geographischen) Tätigkeitsbereiche ihrer in diesem Gebiet gelegenen Bankfilialen.

82. Die Ermittlungen des Sekretariats haben ergeben, dass der Kanton Basel-Stadt (BS) zusammen mit Basel-Landschaft (BL) und - in allerdings für die hier verfolgten Zwecke vernachlässigbarem Ausmass - gewissen Teilen der Kantone Aargau und Solothurn zum Wirtschaftsraum Basel zu zählen sind. So gewährt die Basler Kantonalbank (BS) Firmenkredite in BL, und die Basellandschaftliche Kantonalbank gewährt Firmenkredite im Kanton BS. Auch sind die Marktanteile der Grossbanken in beiden Kantonen in etwa dieselben. Insgesamt kann deshalb von einem räumlichen Markt Basel (BS und BL) ausgegangen werden.

83. Der Kanton Genf ist aufgrund der Ermittlungen des Sekretariats als separater räumlich relevanter Markt zu betrachten. So gewährt beispielsweise die Genfer Kantonalbank [91-95%] ihrer Firmenkredite im Kanton Genf. Dasselbe gilt grundsätzlich für den Kanton Neuenburg.

84. Aufgrund der Kriterien zur Marktabgrenzung schien es der Wettbewerbskommission zunächst zweckmässig, das Tessin in zwei räumlich relevante Märkte aufzuteilen. Dies insbesondere aufgrund geographischer Gegebenheiten, die diesen Kanton in den Sopra- und Sottoceneri teilen. Allerdings zeigten die erhobenen Marktanteile, dass die beiden Gebiete nicht separat beurteilt werden müssen, da die Marktanteile der bedeutenden Finanzinstitute im Sotto- und Sopraceneri ungefähr gleich verteilt sind. Man kann somit vom gesamten Kanton als einem relevanten Markt ausgehen. Eine Ausweitung kommt aufgrund der geographischen und sprachlichen Sonder-situation des Kantons TI nicht in Frage.

85. Aufgrund der dargelegten Überlegungen zur räumlichen Marktabgrenzung geht die Wettbewerbskommission davon aus, dass

der Kanton Wallis in zwei räumlich unterschiedliche Märkte aufzuteilen ist. Das Hauptargument ist das Vorhandensein einer sprachlichen Barriere. Zudem sind die Marktanteile der bedeutendsten Finanzinstitute im Ober- und im Unterwallis unterschiedlich gross, so dass auch nicht von einheitlichen Wettbewerbsbedingungen ausgegangen werden kann. Somit bildet der französischsprachige Teil des Wallis einen eigenen räumlichen Markt. An seiner westlichen Grenze dürfte er sich indes in gewissem Ausmass mit dem angrenzenden Kanton Waadt überschneiden. Das Oberwallis bildet aufgrund seiner speziellen geographischen Lage klar einen separaten Markt.

86. Aufgrund der dargelegten Überlegungen zur räumlichen Marktabgrenzung geht die Wettbewerbskommission davon aus, dass der Kanton Solothurn und das Seeland (Biel, Lyss, Büren an der Aare) und der Oberaargau (Herzogenbuchsee, Huttwil, Langenthal, Wangen) zum selben Wirtschaftsraum gehören und einen räumlich relevanten Markt bilden.

87. Die geprüften Märkte entsprechen somit entweder den Kantonsterritorien (GE, NE, TI) oder den zwecks Definition von der Realität entsprechenden Wirtschaftszonen in einem zweiten Schritt bereinigten Kantonsgebieten (BS-BL, AI-AR-SG, SO-Seeland-Oberaargau, VS-dt., VS-fr.). Die Schätzungen der Marktanteile der neuen UBS und ihrer wichtigsten Konkurrenten basieren auf den gewährten Kreditvolumen und ergeben folgendes Bild:

Region	KB	CS	SBG	SBV	UBS	Andere
AI-AR-SG	[36-40] (KBSG)	[6-10]	[26-30]	[6-10]	[36-40]	[10-15] (inkl. KBAI)
BL-BS	[21-25] (KBBS)	[21-25]	[16-20]	[16-20]	[31-35]	[20-25] (inkl. KBBL)
GE	[31-35]	[21-25]	[16-20]	[11-15]	[26-30]	[6-10]
NE	[31-35]	[21-25]	[16-20]	[11-15]	[26-30]	[6-10]
SO/ See- land Ober- aargau	[6-10] (KBBE)	[16-20]	[16-20]	[36-40]	[56-60]	[6-10]
TI	[11-15]	[31-35]	[21-25]	[11-15]	[31-35]	[11-15]
VS (dt.)	[16-20]	[21-25]	[31-35]	[11-15]	[46-50]	[6-10]
VS (fr.)	[31-35]	[21-25]	[15-20]	[6-10]	[26-30]	[6-10]
<i>ØCH</i>	28	18	17	16	33	21

88. Aus diesen Zahlen kann folgendes herausgelesen werden:

- Zur Zeit gibt es vier Anbieter mit jeweils mindestens 10% Marktanteil. Aus den Antworten der Fragebogen liest sich heraus, dass der Wettbewerb zur Zeit nach Auffassung sowohl der Beteiligten als auch der Kunden wirksam ist. Alle wichtigen Marktteilnehmer könnten zusätzliche Marktanteile im Bereiche der Firmenkredite absorbieren.
- Nach der Fusion wird es drei wichtige Anbieter geben. Der schwächste dieser drei Anbieter wird jeweils mindestens 15% Marktanteil haben. Die beiden stärkeren Anbieter werden in den meisten Fällen die neue UBS und die entsprechende Kantonalbank sein.
- Die übrigen Konkurrenten (Regionalbanken, Migrosbank, Coop Bank, Raiffeisenbanken) werden gemeinsam Marktanteile zwischen 5 und 15% aufweisen.

89. Aus obiger Tabelle erhellt, dass es zwei Markttypen geben wird: Die meisten werden dadurch gekennzeichnet sein, dass zwei wichtige Marktteilnehmer etwa gleich grosse Marktanteile aufweisen werden (BS-BL, AI-AR-SG, GE, NE, TI, VS (fr.); anschliessend Markt Typ A genannt). In anderen Märkten hingegen wird die neue UBS Marktanteile aufweisen, die beträchtlich höher liegen als diejenigen der Mitbewerber (SO-Seeland-Oberaargau und Oberwallis; anschliessend Markt Typ B genannt).

90. Die wichtigsten Konkurrenten der neuen UBS sind starke und erfolgreiche Banken. Die Kantonalbanken sind auf jedem der untersuchten Märkte - oft sogar sehr stark - vertreten. Sie kennen den Wirtschaftsstandort ihres Kantons ausgesprochen gut. Auch verfügen sie meist über unbegrenzte Garantien des Kantons, was ihnen bei der Beschaffung von Spargeldern einen nicht zu vernachlässigenden Vorteil gegenüber den Grossbanken einbringt (In der Schweiz verfügen alle Kantonalbanken über die Staatsgarantie, mit Ausnahme der Genfer Kantonalbank mit nur einer begrenzten Garantie und der Waadtländer Kantonalbank ohne jegliche Garantie; siehe dazu: Die Banken in der Schweiz, SNB, Zürich 1997.). Nur in den Kantonen Solothurn und Appenzell Ausserrhoden besteht keine Kantonalbank mehr.

91. Die Credit Suisse Group (CS) ist durch ihre Tochtergesellschaften auf den gleichen Märkten wie die Parteien tätig (Retail Banking, Private Banking, Asset Management, Corporate und Investment Banking). Auf dem Markt für Firmenkredite liegt die CS nach dem Zusammenschluss generell an dritter Stelle. Ihre finanzielle Kapazität würde ihr aber problemlos erlauben, ihre Markstellung auszubauen.

92. Hinzu kommt der Wettbewerbsdruck, welcher von den Regionalbanken, den Raiffeisenbanken, der Migrosbank und der Coop Bank ausgeht. In gewissen Gebieten sind gewisse Regionalbanken echte Alternativen, insbesondere auch für Firmenkredite unter CHF 2 Millionen. Die Raiffeisenbanken sind in den analysierten Regionen mit total über 400 Filialen vertreten. Die Migrosbank ist ausser in Neuenburg in allen untersuchten Gebieten anwesend. Auch die Coop Bank ist in allen Märkten zu finden. Da die räumlichen Märkte ineinander übergehen, gibt es immer einen „grenzüberschreitenden“ Wettbewerb, der innerhalb der untersuchten Märkte insbesondere in den Randregionen spürbar ist.

93. Dagegen hat die Untersuchung des Sekretariats ergeben, dass ausländische Banken im Markt für Firmenkredite unter CHF 2 Mio. sehr selten präsent sind. Sie konzentrieren sich zudem hauptsächlich auf die Regionen Genf, Basel, Zürich und Lugano.

4.2.2.2 Markteintritte, Produktneueinführungen und potentieller Wettbewerb

94. Bezüglich der potentiellen Konkurrenz ist zu fragen, ob neue, unter wettbewerblichen Gesichtspunkten bedeutende Institute wirkungsvoll in die analysierten Märkte vorstossen und so die Marktmacht der neuen UBS und deren allfälligen Missbrauch beschränken könnten. Dabei müssen nicht nur die Eintrittsmöglichkeiten im Markt für Firmenkredite in Betracht gezogen werden, sondern es muss auch die Frage gestellt werden, ob es den potentiellen Wettbewerbern möglich wäre, dies innert relativ kurzer Frist und mit solchem Mitteleinsatz zu tun, um Preiserhöhungen bzw. die Aufrechterhaltung von überhöhten Preisen rasch und effektiv zu verhindern.

95. Folglich müssen die Frist, innert welcher ein Marktzutritt möglich scheint, die Wahrscheinlichkeit dieses Zutritts und das Volumen, mit welchem die Konkurrenten eintreten müssten bzw. könnten, untersucht werden.

a) Zutrittsfristen

96. Die möglichen potentiellen Konkurrenten sind vor allem die Kantonalbanken (insbesondere diejenigen, die in einem an die untersuchten Gebiete angrenzenden Kanton tätig sind), die Post, ausländische Banken, Regionalbanken, die Leasinggesellschaften und die Risikokapitalgesellschaften.

97. Die Kantonalbanken verfügen schon über spezifische Kenntnisse in Sachen Firmenkredite und auch über die notwendige interne Organisation. Sie müssten kein zusätzliches Personal ausbilden. Sie müssten jedoch die Wirtschaftsräume der Nachbarkantone kennen

lernen. Es gilt jedoch anzufügen, dass die Kantonalbanken sehr stark im Bereich der KMU tätig sind. Sie kennen somit die mit diesen Krediten verbundene Probleme. Sie wären folglich in der Lage, innert relativ kurzer Frist (weniger als 2 Jahre) in einem räumlich benachbarten Markt für Firmenkredite unter CHF 2 Mio. einzusteigen.

98. Die Post bietet ihren Kunden schon heute eine gewisse Anzahl von Finanzprodukten an; sie beschränkt sich zurzeit jedoch auf die passiven Finanzgeschäfte (Sparkonten, Anlagefonds). Ihre engmaschige Präsenz auf dem gesamten schweizerischen Territorium stellt eine günstige Voraussetzung dar, um als Konkurrent in den Markt für Firmenkredite an KMUs einzutreten. Das Personal der Post hat jedoch nicht genügende Kenntnisse, um Firmenkredite zu vergeben. Die Post müsste also qualifizierte Personen anstellen, um in diesem Bereich tätig zu werden. Auch müssten die entsprechenden zentralen Organisationseinheiten aufgebaut werden. Weiter müssten die gesetzlichen Grundlagen geschaffen werden, was eine Revision des Postgesetzes (PG; SR 783.0) voraussetzt. Deshalb würde sich die benötigte Zeit, um in das Firmenkreditgeschäft einzusteigen, wahrscheinlich auf mehr als 2-3 Jahre belaufen.

99. Die in der Schweiz vertretenen ausländischen Banken sind vor allem im Markt des Private Banking tätig. Diejenigen, die auf dem Markt für Firmenkredite tätig sind, gewähren solche meist in Beträgen weit über 2 Mio. Dies hängt vor allem mit der Kundschaft dieser Institute zusammen, die hauptsächlich aus Grossunternehmen besteht. Räumlich sind die ausländischen Banken in erster Linie in den grossen Industriezentren präsent. Sie sind folglich in etwas anderen Märkten als potentielle Wettbewerber zu betrachten, bräuchten jedoch vermutlich 2-3 Jahre um im untersuchten Markt eintreten zu können, da ein entsprechendes Beziehungsnetz aufzubauen wäre und die Kenntnis eines ganz anderen Marktes als den der Grosskredite zur Zeit weitgehend fehlt.

100. Wie oben erwähnt, sind die räumlich relevanten Märkte für Firmenkredite unter CHF 2 Mio. hauptsächlich regional oder kantonal abzugrenzen. Es ist den Regionalbanken grundsätzlich möglich, in benachbarte regionale Märkte vorzustossen. Die Gründung von neuen Regionalbanken scheint angesichts der Entwicklung der letzten Jahre sehr unwahrscheinlich. Die bestehenden Regionalbanken dagegen könnten in (durch ihre Grösse) beschränktem Umfang relativ rasch in einen „benachbarten“ Markt eintreten.

101. Die Leasinggesellschaften haben den Vorteil, die mit den Krediten verbundenen Risiken gut zu kennen, da der Firmenkreditnehmer ähnliche Bedingungen erfüllen muss wie der Leasingnehmer. Angesichts ihrer Tätigkeit in einem benachbarten Markt könnten Leasing-

gesellschaften in zwei oder drei Jahren auf dem Markt für Firmenkredite tätig werden. Dies erhellt auch aus der Tatsache, dass im Bereich der Konsumfinanzierungen diverse Institute sowohl Leasing wie auch traditionelle Konsumkredite anbieten.

102. Die Risikokapitalgesellschaften sind auf dem Schweizer Markt zu unbedeutend, um als potentielle oder aktuelle Konkurrenz effektiv disziplinierende Wirkungen entfalten zu können.

b) Zutrittswahrscheinlichkeit

103. Die Zutrittswahrscheinlichkeit wird im folgenden nur noch für diejenigen potentiellen Wettbewerber geprüft, mit deren Marktzutritt innert einer Frist von 2 bis 3 Jahren gerechnet werden könnte.

104. Die Wahrscheinlichkeit von Marktzutritten ist abhängig von den Gewinnaussichten, den Aussichten, im Markt auch längerfristig erfolgreich verbleiben zu können und den Kosten, die bei einem erfolglosen Zutrittsversuch anfallen.

105. Spezifisch mit Bezug auf die Banken ist auch zu fragen, ob sie die Kapazitäten und insbesondere die Eigenmittelbasis haben, um kurzfristig insbesondere das Kreditgeschäft auszudehnen und neue geographische Märkte zu erschliessen.

106. Die Mehrzahl der befragten Kantonal- und Regionalbanken haben erwähnt, dass sie die finanziellen Kapazitäten hätten, um zusätzliche Marktanteile im Bereich der Firmenkredite zu erwerben. Es kann im Allgemeinen festgehalten werden, dass die Eigenmittelsituation den Kantonal- und vielen Regionalbanken eine substantielle Ausdehnung der Marktanteile erlauben würde.

107. Bezüglich der Ausdehnung in andere Kantone ist aber festzuhalten, dass die Kantonalbankengesetze oder die Statuten der Kantonalbanken die Tätigkeitsgebiete der Kantonalbanken limitieren. Im Prinzip ist deren Tätigkeitsgebiet auf das Kantonsgebiet beschränkt, auch wenn die Bank Darlehen an Debitoren gewähren kann, die ausserhalb des Kantons (Schweiz oder Ausland) ihren Wohnsitz haben:

Gemäss Art. 3 der Loi sur la Banque Cantonale de Genève, „*la banque déploie principalement son activité dans le canton de Genève et sa région*“ Abs. 1). „*Elle est habilitée à exercer son activité ailleurs en Suisse et à l'étranger*“ (Abs. 2).

Und Art. 5 der Loi cantonale sur la Banque Cantonale Vaudoise sieht folgendes vor : „*La Banque exerce son activité principalement dans le Canton de Vaud. Dans l'intérêt de l'économie*

vaudoise, elle est habilitée à exercer son activité ailleurs en Suisse et à l'étranger." (ebenso Art. 3 der Statuten der BCV).

Art. 11 der Loi sur la Banque Cantonale Neuchâteloise hält etwas strenger fest, dass *„La Banque consent des prêts ou avances de fonds à des débiteurs ayant leur domicile ou un siège juridique dans le canton. Des exceptions à cette règle peuvent être faite en faveur de débiteurs domiciliés hors du canton, en Suisse ou à l'étranger dans l'intérêt de l'économie du canton ou de la Suisse. Ces exceptions ne doivent pas porter préjudice aux demandes de crédits provenant du canton.“*

Art. 8 der Loi sur la Banque Cantonale du Jura verlangt, dass *„Dans les domaine des crédits, la Banque exerce essentiellement son activité sur le territoire du canton du Jura“ (Abs. 1). „Il lui est possible de traiter des affaires avec le reste de la Suisse et l'étranger, pour autant qu'il en résulte, pour elle, aucun risque particulier et que les besoins en argent et en crédits du Canton n'en soient pas lésés“ (Art. 2).*

Art. 2 der Statuten der Berner Kantonalbank hält fest: *„Der Hauptmarkt der Bank ist der Kanton Bern. Die Bank kann Dienstleistungen auch in andern Kantonen anbieten“ .*

108. Es bestehen somit für die Kantonalbanken weder auf Bundes- noch auf Kantonsebene absolute gesetzliche Verbote, ausserhalb ihres traditionellen Tätigkeitsgebietes (d.h. in andern Kantonen) tätig zu werden. Doch nach den vom Sekretariat eingeholten Informationen gewähren Kantonalbanken hauptsächlich Firmenkredite an Kunden, die ihren Sitz im Kanton haben. Davon gibt es natürlich Ausnahmen, da die Märkte wie auch die Tätigkeitsgebiete der Kunden nicht streng auf einen Kanton beschränkt sind.

109. Diese grenzüberschreitenden Tätigkeiten sind aber eher selten. Vor allem scheinen die Kantonalbanken nicht gewillt zu sein, sich auf ihrem jeweiligen (Kantons-)Gebiet zu konkurrenzieren. Dieses Verhalten ändert sich aber in jenen Kantonen, welche keine Kantonalbank mehr besitzen (SO, AR). In diesen Fällen sind die Kantonalbanken durchaus bereit, in das „Nachbarterritorium“ vorzudringen.

110. Als expansionshemmender Faktor ist für diejenigen Kantonalbanken mit Staatsgarantie (und das sind alle hier interessierenden Kantonalbanken) das Risiko für die Steuerzahler mit zu veranschlagen. Womöglich wären diese nicht bereit, die Risiken, die mit der Expansion ihrer Kantonalbank in anderer Kantone verbunden wären, zu tragen.

111. Auslandsbanken könnten im Markt für Firmenkredite unter CHF 2 Mio. tätig werden (dies ist im Tessin, in Genf, Basel und in Zürich vereinzelt auch geschehen), doch scheint ein solcher Eintritt in grossem Umfang wenig wahrscheinlich, da Auslandsbanken bevorzugt mit Grossunternehmen oder mit Tochtergesellschaften von in ihrem Herkunftsland tätigen Konzernen geschäften. Es gibt auch Beispiele ausländischer Banken, die sich nach einem Zutrittsversuch wieder aus dem schweizerischen Markt für (kleinere) Firmenkredite zurückgezogen haben.

112. Auf bestimmte, in der Regel räumlich sehr beschränkte Gebiete konzentriert, könnten die Regionalbanken nur mit beschränkten Mitteln in einen benachbarten Markt eintreten. Die kürzlich (BZ vom 31. 3. 1998, S. 6) bekannt gewordenen Überlegungen der Valiant Holding, neue Filialen in Lyss, Burgdorf und Konolfingen zu eröffnen, zeigen, dass ein Zutritt möglich ist. Aufgrund der Entwicklung der letzten Jahre ist eine solche Möglichkeit jedoch kritisch zu beurteilen.

113. Bezüglich Leasinggesellschaften sei festgehalten, dass die wichtigsten in den Händen von Gross- oder Kantonalbanken sind. Folglich ist kaum anzunehmen, dass sie ihre Muttergesellschaften konkurrenzieren würden, sollten letztere wegen eingeschränktem Wettbewerb grössere Profite realisieren können.

114. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass aufgrund einer Bewertung des Know-hows und der gegenwärtigen Tätigkeiten als potentielle Konkurrenten auf einem kantonalen Markt für Firmenkredite insbesondere Kantonalbanken benachbarter Kantone sowie Regionalbanken, welche nur in einem Teil einer als problematisch betrachteten Region oder unmittelbar daran anschliessend tätig sind, in Frage kommen. Der Marktzutritt der Leasinggesellschaften bzw. von Auslandsbanken scheint dagegen aufgrund des oben Aufgeführten a priori eher unwahrscheinlich.

115. Was die Marktzutrittswahrscheinlichkeit eben dieser Kantonal- und Regionalbanken betrifft, ist jedoch zu beachten, dass die folgenden, bankgeschäftspezifischen Gründe die Wahrscheinlichkeit eines solchen Marktzutritts als eher gering erscheinen lassen:

116. Erstens gilt es festzuhalten, dass eine Bank, welche den Eintritt in einen bisher von ihr nicht bearbeiteten räumlichen Markt erwägt, ihren Entscheid nicht auf die Profitaussichten in einem einzelnen Produktmarkt (wie z.B. Firmenkredite) abstützt. Sie wird im Gegenteil die Frage analysieren, ob sie für den gesamten Bereich der Dienstleistungen im Retailbanking die Möglichkeit sieht, sich als neue Bank im angepeilten Markt zu etablieren. Sie wird sich m.a.W. insbesondere auch fragen, ob sie in diesem Markt mit dem Zufluss von Spargeldern rechnen kann, und die Chancen abschätzen, dass eine genügende

Anzahl von Bankkunden ihre (primäre) Bankbeziehung zum neuen Institut wechseln werden.

117. Dies liegt einerseits daran, dass - wie in der Befragung insbesondere die Regional- und Kantonalbanken betont haben - eine Expansion im Kreditbereich durch entsprechendes Wachstum der Passivseite der Bankbilanz, also durch Einlagen, getragen werden muss. Vor dem Hintergrund der in den letzten Jahren aufgrund aggressiver Expansionsstrategien erlittenen Verluste verschiedener Regional- und Kantonalbanken haben diese Vorbehalte durchaus Glaubwürdigkeit.

118. Dies heisst natürlich nicht, dass das Wachstum des Geschäftsvolumens in einem neuen räumlichen Markt in den diversen Sparten absolut parallel erfolgen muss, um eine neue Bank zum Marktzutritt zu bewegen. Da insbesondere Regionalbanken im jetzigen Zeitpunkt gemäss eigenen Angaben eher einen Überschuss an Passivgeldern aufweisen, ist es durchaus möglich, dass eine Bank den Marktzutritt über die Gewährung von Krediten angehen würde. Doch wird sie das Bestreben haben, nach einem solchen Marktzutritt auch das Passivgeschäft und das indifferente Geschäft in einem neuen geographischen Markt auszubauen. Dies wird durch die Aussagen von Regionalbanken und Kantonalbanken, also jener Banken, deren Marktzutritt als am wahrscheinlichsten beurteilt wird, bestätigt. Eine solche Bank wird deshalb die Opportunität eines Marktzutritts unter Einbezug der Erfolgsaussichten als Universalbank, nicht als spezialisierter Kreditgeber, würdigen.

119. Dies ist ein Grund dafür, dass insbesondere die US-amerikanischen Bankaufsichtsbehörden - anders als die Wettbewerbsbehörden - ihren Marktanteilsberechnungen sogenannte „cluster markets“, also sachliche Märkte, welche ein ganzes Bündel von (Basis-)Bankdienstleistungen umfassen, und nicht einzelne Produktemärkte zugrunde legen. Diese auf einen Entscheid des amerikanischen Supreme Court aus dem Jahre 1963 zurückgehende Praxis geht von der Einsicht aus, dass die diversen Bankdienstleistungen nicht je einzeln angeboten und nachgefragt werden (können). Dies hat sich durch die seither auch in der Schweiz angebotenen Möglichkeiten, Bankgeschäfte schriftlich oder elektronisch zu erledigen, nicht geändert. Zahlungsaufträge, Bancomat und Telefone-Banking sind Ergänzungen zur, nicht Ersatz für die traditionelle Bankfiliale.

120. Die Kommission ist jedoch der Auffassung, dass in einem ersten Schritt zur Bestimmung einer allfälligen wettbewerblicher Problematik eines Zusammenschlusses von den einzelnen Bankprodukten auszugehen ist. Eine marktbeherrschende Position, welche wirksamen Wettbewerb auszuschliessen ermöglicht und demzufolge die Möglichkeit der Festsetzung von nicht vom Wettbewerb beschränkten

Preisen eröffnet, kann sich durchaus in einem einzelnen Bankproduktesegment ergeben. Dies insbesondere deshalb, weil die diversen (Basis-)Bankdienstleistungen wie Zahlungsverkehr, Kontokorrent- und Transaktionskonten sowie diverse Sparformen unter sich nicht austauschbar sind.

121. Dieser Ansatz ermöglicht auch, allfällige spezialisierte Anbieter nur eines Bankprodukts zu berücksichtigen, während die Verwendung des „cluster market approach“ von Beginn weg verhindert, dass solche Anbieter überhaupt in die Überlegungen einbezogen werden (s. zur Kritik an und Relativierung der Methode der cluster markets *Kwast/Starr-McCluer/Wolken: Market definition and the analysis of antitrust in banking, The Antitrust Bulletin, Winter 1997, 975*). Für die Frage der Marktzutrittswahrscheinlichkeit der potentiellen Konkurrenz ist dann freilich aufgrund obiger Überlegungen von cluster markets im Bereich der Retail-Bankdienstleistungen auszugehen.

122. Die Tatsache, dass in benachbarten Regionen Kantonal- und Regionalbanken mit dem notwendigen Know-how vorhanden sind, welche – entsprechende Anreize vorausgesetzt - in einen unter dem Aspekt der Konzentration als problematisch erkannten Bankenmarkt einzudringen vermöchten, ist somit nur unter den folgenden Voraussetzungen bei der potentiellen Konkurrenz zu veranschlagen:

123. Eine Analyse müsste ergeben, dass eine solche neu eintretende Bank nicht nur in einem spezifischen Produkt wie den Firmenkrediten wegen der überhöhten Preise eine Gewinnmöglichkeit sehen würde, sondern die Möglichkeit, sich als Retailbank zu etablieren, als realistisch einschätzen würde. Es müsste mithin auch die Wahrscheinlichkeit bestehen, dass der neuen Bank Spareinlagen in nennenswertem Umfang zufließen und Gesamt-Bankbeziehungen angetragen würden. Dies wiederum ist jedoch in räumlichen Märkten, in welchen bloss mit Bezug auf ein Produkt, also einen sachlichen Markt, eine potentiell marktbeherrschende Stellung oder eine Oligopolsituation entsteht, während für die übrigen Dienstleistungen des Retail Banking-clusters - Zahlungsverkehr, Sparkonten, Devisengeschäfte etc. - wegen des Vorhandenseins spezialisierter Anbieter oder wegen anderer räumlicher Marktabgrenzung von kompetitiven Verhältnissen ausgegangen werden muss, nur mit Zurückhaltung anzunehmen.

124. Dies führt zum Resultat, dass die Marktzutrittsschranken für einen Produktmarkt bankgeschäftsinhärent als relativ hoch zu beurteilen sind, weil sich die Zutrittsschranken der einzelnen Bankgeschäfte des clusters sozusagen kumulieren. Konkret heisst dies: Zu den hohen *Informationskosten der Bank*, welche einen Eintritt in den Markt für Firmenkredite für eine ausserkantonale Bank als relativ unattraktiv erscheinen lassen, kommen die Schwierigkeiten, sich einen Anteil am

Kuchen der vorhandenen Spargelder zu erkämpfen, und Bankkunden trotz der damit verbundenen Kosten dazu zu bewegen, ihre Depots von einer im Markt etablierten Bank zu sich zu verschieben. Eine zentrale Rolle kommt dabei wie erwähnt (und auch von den befragten Banken bestätigt) dem Produkt Spareinlagen, also der Passivgeldbeschaffung, zu.

125. Die Marktzutrittsschranken werden durch folgende Überlegung, welche ebenfalls in die Analyse der Marktzutrittsopportunität einer zutrittswilligen Bank einfließen wird - noch verstärkt: Aus der *Sicht des Bankkunden* besteht relativ wenig Anreiz, wegen (massvoll) überhöhter Preise für ein einzelnes Bankprodukt die Bankbeziehung zu wechseln. Für diesen bestehen hohe Kosten des Wechsels seiner Bankbeziehung („switching costs“; ebenso: *Rhoades: Have barriers to entry in retail commercial banking disappeared?, The Antitrust Bulletin, Winter 1997, 1005ff.*) Dies aus folgenden Gründen:

126. Erstens ist es für einen Bankkunden aufwendig, einen Preisvergleich durchzuführen. Es genügt nicht, dass die Zinsen für ein Produkt zu einem bestimmten Zeitpunkt verglichen werden; der Bankkunde muss die Zinsen zumindest über einen gewissen Zeitraum analysieren. Schon die Beschaffung dieser Informationen ist aufwendig. Im Bereich der Firmenkredite, wo keine einheitlichen und publizierten Zinssätze als Referenz herangezogen werden können, gilt dies umso mehr.

127. Weiter muss der Kunde die unterschiedlichen Angebote gegeneinander abwägen: Etwas höherer Zinssatz bei den Krediten, dafür ebenfalls höhere Zinsen bei den Sparkonten und einen tieferen „Bodensatz“ auf dem Kontokorrentkonto, damit die Überweisungen kostenlos erfolgen, versus ein halbes Prozent tieferer Kreditzins, dafür keine Verzinsung des Kontokorrents oder aber Belastung jeder Zahlung mit 60 Rp. etc. Angesichts dieses Aufwandes - oder anders ausgedrückt: angesichts der hohen Informationskosten auf seiten des Bankkunden - bedarf es schon eines relativ bedeutenden Anlasses bzw. einer grossen möglichen finanziellen Verbesserung, um die Option „Wechsel der Bankbeziehung“ überhaupt ernsthaft zu prüfen.

128. Zweitens ist es für den Kunden in der Regel nicht möglich, seine Bankbeziehung nur bezüglich des zu teuren Produktes zu wechseln. Insbesondere wird der Kunde einen Kredit nur erhalten, wenn er auch Kontenbeziehungen und Depots zur neuen Bank verschiebt. Dies hat wiederum Kosten des Wechsels (switching costs) zur Folge: Abänderung aller direct deposit Aufträge, Verfassen neuer Dauerzahlungsaufträge an die Bank, Bestellen neuer Karten für Bargeldbezug und bargeldlose Zahlungen (ec-Karten), Neudruck des Briefpa-

piers etc. Zudem wird die Bank dem Kunden für die Saldierung der Konten ebenfalls Gebühren verrechnen.

129. Diese Informationsbeschaffungskosten sowie die effektiven switching costs wird der Bankkunde alsdann in Relation setzen zu den möglichen Ersparnissen, welche er bei einem Wechsel realisieren kann. Hier ist festzuhalten, dass diese für den einzelnen Bankkunden relativ klein sind. So beläuft sich die mögliche Ersparnis bei einem um ein halbes Prozent tieferen Kreditzins auf einem Firmenkredit von CHF 200'000.- auf CHF 1000 pro Jahr.

130. Diese relativ grossen Hürden für den Bankkunden, seine Bankbeziehung zu wechseln, wird ein potentieller Konkurrent bei seinen Überlegungen und der Evaluation seiner Chancen als neuer und zusätzlicher Anbieter von Bankdienstleistungen in einem neuen geographischen Markt mit einbeziehen müssen. Sie wirken sich als zusätzliche Marktzutrittschranke aus.

131. Dies führt dazu, dass die Wahrscheinlichkeit von Marktzutritten aufgrund nachlassender Wettbewerbsintensität auf einem speziellen Produktmarkt insbesondere mit Bezug auf Kantonalbanken aus benachbarten Kantonen – welche sowieso nur mit Zurückhaltung im Gebiet einer anderen Kantonalbank tätig werden – wie auch von Regionalbanken äusserst skeptisch beurteilt werden muss.

4.2.2.3 Nachfragebedingungen bzw. Stellung der Marktgegenseite

132. Die Marktstruktur bei Firmenkrediten unter CHF 2 Mio. ist durch eine grosse Anzahl von Kreditnehmern aller Branchen und unterschiedlichster Grösse gekennzeichnet. Alle sind potentielle Kreditnehmer.

133. Oben wurde jedoch gezeigt, dass - obschon man sicherlich bei Firmenkunden von einer besseren Information über die Bankbeziehung ausgehen kann als im Retail Banking - die Beschaffung von Vergleichszahlen insbesondere für das hier im Zentrum der Überlegungen stehende Produkt Firmenkredite speziell schwierig und entsprechend zeitaufwendig ist.

134. Bezüglich switching costs haben die Parteien unter Berufung auf *Sarasin, Das Firmenkundengeschäft Schweizer Filialbanken, Bern 1997, 128*, die Auffassung vertreten, diese seien gering. Oben wurde jedoch gezeigt, dass dies nicht zutrifft, wenn man die switching costs ins Verhältnis setzt zu den möglichen Ersparnissen bei Erhalt eines günstigeren Kredits.

135. Die Parteien haben auch geltend gemacht, dass gute Risiken problemlos Kredit erhalten würden und auch ihre Bankbeziehung wechseln könnten, während die schlechten Risiken tatsächlich kaum

einen neuen Kreditgeber finden würden, was aber in der Natur ihrer finanziellen Lage begründet sei und schon heute gelte, also keine Folge des Zusammenschlusses sei.

136. Daraus abzuleiten, dass der Wettbewerb für die guten Risiken so oder so spiele, für die schlechten Risiken aber mit oder ohne Zusammenschluss kein Angebot bestehe und der Zusammenschluss somit an der Wettbewerbssituation nichts ändere, wäre jedoch zu kurz geschlossen. Die Aufteilung der Firmenkredite in objektiv gute und objektiv schlechte (was letztlich zu einer Annahme zweier relevanten Märkte führen müsste) scheint im Ansatz verfehlt. In Realität bestehen nicht nur eindeutig gute und eindeutig schlechte Risiken; die Mehrzahl der Firmen wird sich auf einem Kontinuum irgendwo zwischen eher gut und eher schlecht bewegen, und entsprechend muss(t)en auch die Zinssätze variieren. Gerade da geht es jedoch darum, dass mittels Wettbewerb (der Einschätzungen) wie auch durch aufgrund des Konkurrenzdruckes periodisch vorgenommene Re-evaluationen sichergestellt wird, dass Kredite zu gerade noch vertretbaren Konditionen gewährt werden, und nicht - aufgrund der Gewissheit, dass kein Konkurrent günstigere Bedingungen gewähren wird - mit übergrossen Sicherheitsmargen gerechnet werden kann.

137. In dieser Frage ist der Markt für Firmenkredite zu unterscheiden vom Markt für Konsumkredite: Im letzteren verlangen die meisten Marktteilnehmer einen einheitlichen Zinssatz, und deshalb nehmen die günstigeren Kreditinstitute eine gewisse Gruppe von Kreditsuchenden, welche ein zu hohes Risiko darstellen, nicht mehr an. Im Bereich der Firmenkredite wird der Zinssatz aber von allen Instituten abhängig von u.a. der Bonität des Kreditsuchenden individuell festgelegt.

138. Auch der Bedarf nach spezialisierten Finanzdienstleistungen beeinflusst die Beziehung einer Unternehmung zu ihrer Bank: Je mehr Bankdienstleistungen ein Unternehmen benötigt, desto schwieriger wird es, die Bank zu wechseln. Das Unternehmen wird abwägen müssen, ob die (finanziellen) Vorteile eines Wechsels die Nachteile überwiegen. Dabei kann wohl verallgemeinernd festgehalten werden, dass je grösser und je mehr exportorientiert eine Unternehmung ist, desto vielfältiger ihre Bedürfnisse und Ansprüche an eine Bank sind.

139. Aus obiger Feststellung ergibt sich namentlich, dass dort, wo der individuelle Anreiz zum Wechsel des Bankinstituts aufgrund der Höhe des Firmenkredits die - wie oben Ziff. 124ff. dargestellt - bestehenden hohen finanziellen Hürden überwiegen würden, durch die zusätzlichen Abhängigkeiten neue Schranken entstehen.

4.2.2.4 Zwischenergebnis

140. Aus obigen Ausführungen ergibt sich, dass die potentielle Konkurrenz auf den diversen regionalen Märkten für Firmenkredite als gering zu beurteilen ist. Auch der Druck der Marktgegenseite ist wie ausgeführt gering zu veranschlagen. Die wettbewerbliche Beurteilung des Zusammenschlusses auf diesen Märkten hängt demzufolge von der Einschätzung der aktuellen Wettbewerbssituation und der Auswirkungen des Zusammenschlusses darauf ab. Hierzu können folgende Überlegungen angestellt werden:

141. Durch den Zusammenschluss wird die neue UBS in zwei Markttypen einen Anteil von mehr als 30% haben: Erstens in den Märkten des Typs A (Ziff. 89), wo sich zwei Akteure von ungefähr gleicher Kraft gegenüber stehen. Zweitens in den B-Märkten (Ziff. 89), wo die neue Bank ihre unmittelbaren Konkurrenten bezüglich Marktanteil deutlich übertreffen wird. In beiden Fällen werden mehrere kleine Wettbewerber bestehen (Regionalbanken, Migrosbank und Coop Bank, Raiffeisenbanken).

142. Konkurrenzieren sich zwei etwa gleich starke Unternehmen tatsächlich, kann sich keines der beiden in wesentlichem Umfang vom anderen unabhängig verhalten. Eine alleinige marktbeherrschende Stellung der UBS kann somit ausgeschlossen werden. Dies gilt aber nur, wenn sich diese Unternehmen – wie gesagt – tatsächlich konkurrieren. Die Parteien und die Kantonalbanken wie auch CS sind sich dieser gegenseitigen Abhängigkeit bewusst. Ein Anreiz zu gleichgerichtetem Verhalten, welches zur kollektiven Marktbeherrschung führen könnte, ist daher vorhanden und ist für die A-Märkte in der Folge zu prüfen.

143. Auch auf den B-Märkten kann trotz der führenden Marktstellung der neuen UBS eine marktbeherrschende Stellung angesichts der Kraft und Bedeutung der aktuellen grossen Konkurrenten (CS, jeweilige Kantonalbank) mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden. Angesichts der gleichgerichteten Interessenlagen von UBS, CS und jeweiliger Kantonalbank auch auf diesen Märkten ist jedoch ebenfalls die Frage der kollektiven Marktbeherrschung zu erörtern und zu fragen, ob eine solche den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen erlauben würde.

4.2.2.5 Kollektive Marktbeherrschung auf den Märkten für Firmenkredite bis zu CHF 2 Mio. (Art. 10 Abs. 2 lit. a KG)?

144. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG ist eine marktbeherrschende Stellung dann zu bejahen, wenn „einzelne oder mehrere Unternehmen (...) auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten“. „Unabhängig verhalten will sagen, dass ein (oder meh-

rere) Unternehmen die Produktpreise ohne Rücksicht auf Mitbewerber festlegen können, entweder weil keine Mitbewerber vorhanden sind oder mit deren Gleichverhalten gerechnet werden kann [...]“ (B. Schmidhauser in Homburger et. al., Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 4 Rz. 66).

145. Faktoren, welche die Annahme einer kollektiven Marktbeherrschung stützen, sind im Prinzip folgende: hohe Marktkonzentration, ähnliche und zeitlich wenig variierende Marktanteile, ähnliche Kostenstruktur, hohe Eintrittsschranken, hoher Grad an Homogenität der Produkte/Dienstleistungen, schwache Nachfrageelastizität, gesättigter Markt und stagnierende Nachfrage, Markttransparenz (siehe dazu Kantzenbach "Kollektive Marktbeherrschung: Neue Industrieökonomik und Erfahrungen aus der europäischen Fusionskontrolle", Baden-Baden 1996; L. Philips, Competition policy: a game-theoretic perspective, Cambridge 1995; J. Briones, Oligopolistic dominance, is there a common approach in different jurisdictions?, in European Law Review, vol 16/1995).

146. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG können Zusammenschlüsse untersagt oder mit Bedingungen und Auflagen zugelassen werden, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Folgende Gründe könnten allenfalls auf eine solche Schlussfolgerung hindeuten:

147. In all den untersuchten Märkten für Firmenkredite finden sich nach der Fusion zwei Marktteilnehmer - die neue UBS und die jeweilige Kantonalbank (bzw. im Tessin und im deutschsprachigen Wallis die CS) - mit einem ähnlich grossen Marktanteil von je 30 bis 40 Prozent. Als einziger weiterer Marktteilnehmer mit einem Anteil von 10 bis 15, vereinzelt bis zu 20 Prozent verbleibt die CS (bzw. im Tessin und im deutschsprachigen Wallis die jeweilige Kantonalbank). Nur im Wirtschaftsraum Solothurn/Seeland/Oberaargau dominiert die neue UBS den verbleibenden zweiten grossen Konkurrenten, die CS. Weitere Konkurrenten weisen entweder vernachlässigbar kleine Marktanteile auf oder sind nur in einem geringen Teil des geographisch relevanten Marktes überhaupt vertreten.

148. Die folgenden Argumente könnten zusätzlich tendenziell für die Annahme einer oligopolistischen Marktbeherrschung (kollusives Monopol) mit Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ins Feld geführt werden:

149. Erstens würden die beiden grössten Marktteilnehmer über ähnliche Marktanteile (je 30 bis 40%) verfügen; die Analyse der Anteile über die vergangenen Jahre zeigt auch, dass diese relativ stabil blie-

ben, was für einen Dienstleistungsmarkt mit auf Dauer angelegten Beziehungen charakteristisch sein dürfte.

150. Zweitens sind die Kostenstrukturen bei den auf das Schweizer Geschäft konzentrierten Universalbanken (bzw. der diesbezüglichen Einheiten der Grossbanken) auch angesichts ähnlicher Filialnetze vergleichbar. Dafür spricht auch die in den veröffentlichten Zahlen der Grossbanken nachvollziehbare Entwicklung der Rentabilität des Retailgeschäfts. Davon auszunehmen sind wohl die Raiffeisenkassen, welche sich historisch insbesondere durch Beschränkung des Sortiments der angebotenen Dienstleistungen abheben, wenn sich auch diese Unterscheidung mehr und mehr verwischt. Ebenfalls nur bedingt richtig ist diese Aussage bezüglich der Regionalbanken: Publierte Zahlen über Ausfallraten bei den Firmenkrediten zeigen, dass diese für Regionalbanken im Schnitt signifikant tiefer liegen als etwa für Grossbanken.

151. Drittens sind die Eintrittsschranken für die möglichen potentiellen Konkurrenten, d.h. sowohl für benachbarte Kantonal- wie auch für Regionalbanken, wie oben ausgeführt hoch. Diese werden noch verstärkt durch die aus Sicht der Kunden fehlende Markttransparenz (hohe Informationsbeschaffungskosten), insbesondere weil ein Firmenkredit in der Regel auf Druck der Bank hin mit der Verschiebung der gesamten Bankbeziehung zur kreditgebenden Bank verbunden ist.

152. Viertens besteht auf Seite der Kunden aufgrund der gegenwärtigen Marktsituation – soweit eine verallgemeinernde Aussage zulässig ist – kaum Nachfrageelastizität, weil insbesondere eine Unternehmung, welche bei ihrer Hausbank keinen Kredit erhält (oder nur einen zu unannehmbar hohen Zinskonditionen), nach Aussagen insbesondere aus Gewerbekreisen Mühe haben wird, überhaupt eine andere Bankbeziehung zu etablieren. Diese fehlende Flexibilität wird zusätzlich durch die relativ hohen switching costs verstärkt.

153. Fünftens handelt es sich beim Markt für Dienstleistungen und insbesondere Kredite an Firmenkunden um einen nur bescheiden – wenn überhaupt – wachsenden Markt; zwar ist die Nachfrage nach Firmenkrediten über die Jahre schwankend und insbesondere von den konjunkturellen Aussichten abhängig. Doch weist er – insbesondere im Vergleich mit den andern Sparten des Bankgeschäfts – bescheidene Wachstumsraten auf.

154. Sechstens besteht aus der Sicht der Banken durchaus Markttransparenz, indem bei den neuen Kreditgesuchen, bei welchen normalerweise mehrere Offerten eingeholt werden, aufgrund der Abschlussrate der Verträge sofort ersichtlich wird, wenn eine Bank mit ihren Konditionen stets höher liegt als die Konkurrenz.

155. Siebtens ist darauf hinzuweisen, dass die drei grössten Wettbewerber mit jeweils 85 bis 90 Prozent Marktanteil (UBS, KB, CS) bezüglich der Firmenkredite an KMUs eine im wesentlichen identische Interessenlage aufweisen. Alle Grossbanken (inkl. Kantonalbanken) beklagen im Bereich der Firmenkredite nach eigenem Bekunden ungenügende Renditen. Dies zeigt sich auch daran, dass alle drei Grossbanken in den vergangenen Jahren eine radikale Neubewertung der Firmenkunden nach ähnlichen Kriterien vorgenommen haben. Nachdem die Grossbanken wie auch Kantonalbanken unter einem Druck der Anleger und der Öffentlichkeit stehen, verbesserte Eigenmittelerenditen zu erzielen, ist davon auszugehen, dass diese Möglichkeit bei nachlassendem Konkurrenzdruck genutzt würde.

156. Das folgende Rechnungsbeispiel zeigt, wie schon aus einer geringfügigen Erhöhung der Kreditzinsen eine massive Renditeverbesserung resultiert: Aus einer Zinserhöhung um ein halbes Prozent, welcher, der Kunde aufgrund seiner Marktstellung (Kosten der Informationsbeschaffung und des Wechsels) in der Regel nicht ausweichen kann, resultiert für die Bank bei einer Eigenmittelunterlegung von 8% eine Erhöhung der Eigenkapitalrendite um mehr als 6% [$0.5/8 \times 100$]. Dies stellt mindestens eine Verdoppelung der Rendite in diesem Geschäftsbereich dar. Sollte die Möglichkeit zu einer solchen – nicht durch erhöhte Kosten gerechtfertigten – Zinserhöhung und somit zu einer Renditeverbesserung ausgenutzt werden können, ohne dass die Marktgegenseite wirksame Massnahmen treffen oder ausweichen kann, ist dies als Indiz für das Fehlen bzw. die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu werten.

157. Vor dem Hintergrund dieser wettbewerberschwerenden Randbedingungen besteht Grund zur Vermutung, dass die Verstärkung der oligopolistischen Strukturen in der Schweizer Bankwirtschaft zu einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung im Markt für Firmenkredite führen wird. Daran werden auch die in jedem der definierten Problemmärkte verbleibenden kleinen Konkurrenten (Raiffeisen, Migrosbank, Coop Bank, Regionalbanken) angesichts der gewaltigen Marktanteilsunterschiede innert angemessener Frist kaum etwas ändern können.

158. Auch dies kann wiederum durch ein Rechenbeispiel erhärtet werden: Aufgrund einer Umfrage bei Regionalbanken (insbesondere in den Problemmärkten) haben diese bekanntgegeben, wieviel freie Eigenmittel sie aufweisen; sie haben auch geschätzt, um wieviel sie diese in den kommenden zwei Jahren realistischerweise erhöhen könnten. In keinem Fall könnte eine Regionalbank das Volumen der Ausleihungen in zwei Jahren um mehr als 50% steigern. Hier würden Regionalbanken insbesondere auch an personelle Schranken stossen. Selbst wenn man jedoch hypothetisch von einer Erhöhung der Fir-

menkredite aller Regionalbanken und Raiffeisenkassen in den betroffenen Kantonen um 50% innert zweier Jahre ausgeht, würde deren Marktanteil nur von 10 bis 15 auf 15 bis 20 Prozent ansteigen. Die Kapazitäten zur Absorption weiterer Marktanteile durch die Gesamtheit der Konkurrenz ausserhalb der Gross- und Kantonalbanken sind somit relativ eng begrenzt.

159. Dass ein Rückgang der Marktanteile von 90 auf 85 Prozent niemals genügt, um den im obigen (Ziff. 156) Rechenbeispiel erwähnten Zinsaufschlag um $\frac{1}{2}$ Prozent auf den verbleibenden 85% als unattraktiv erscheinen zu lassen, ist offensichtlich. Selbst bei Unterstellung einer Eigenmittelrendite bei den Firmenkrediten von offenbar nur von Regionalbanken erreichten 6% wäre der Verlust von 5% Marktanteil durch die Verbesserung der Eigenmittelrendite um weitere 6% auf den übrigen 85% selbst dann noch kompensiert, wenn man davon ausgeht, dass der Rückgang der Ausleihungen keinerlei Kosteneinsparungen mit sich bringt. Geht man von einer prozentualen Einsparung auch bei den Kosten der Kreditadministration etc. aus, würde erst ein absolut unrealistischer Rückgang der kombinierten Marktanteile von 90 auf 45 Prozent eine solche Zinserhöhung unrentabel machen. Dies wiederum würde die Erhöhung der Firmenkredite durch jeden Konkurrenten in den Problemkantonen um 450 Prozent bedingen.

160. Die CS, welche mit ihrer unbestritten grossen Finanzkraft – trotz ihrer in den Problemkantonen z.T. relativ geringen Marktanteile – als einzige als disziplinierende Kraft betrachtet werden könnte, hat wie gezeigt keinerlei Anreiz, als solche aufzutreten, sondern ein gleichgelagertes Interesse an höheren Renditen im Bereich der Firmenkredite. Es wäre deshalb unrealistisch zu erwarten, dass gerade von der CS jener Druck auf die beiden Grossen im Markt ausgehen wird, welcher diese von einer aufgrund der Abschwächung des Wettbewerbs vorgenommenen Erhöhung der Zinsen für Firmenkredite abhalten würde.

161. Aufgrund obiger Überlegungen könnte man zum Schluss gelangen, dass der Zusammenschluss auf den Märkten für Firmenkredite eine (kollektiv) marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch welche wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könnte. Dies wurde von den Parteien bestritten. Letztlich kann die Berechtigung dieser Schlussfolgerung jedoch offen bleiben, da die Auflagen, deren Umsetzung die Parteien zugesichert haben, geeignet sind, die wettbewerblichen Bedenken der Kommission am Zusammenschluss auszuräumen.

4.2.2.6 Schlussfolgerung für die analysierten Firmenkreditmärkte

162. Zusammenfassend ist somit die Wettbewerbskommission zur vorläufigen Beurteilung gelangt, dass für acht untersuchte Märkte, welche das Territorium von zehn Kantonen sowie Teile eines elften umfassen, der Zusammenschluss im Produktesegment der Firmenkredite unter 2 Mio. Fr. möglicherweise zu einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung führen könnte, welche den wirksamen Wettbewerb auszuschliessen erlauben würde. Die Frage konnte jedoch offengelassen werden, nachdem die Parteien die Umsetzung von Auflagen (vgl. sogleich unten Ziff. 163) zugesichert haben und die Bedenken der Wettbewerbskommission beseitigt werden konnten.

4.2.2.7 Zusagen der Parteien

163. Aufgrund vorstehender Überlegungen hat die Wettbewerbskommission den Parteien ihre Bedenken mitgeteilt, wonach der Zusammenschluss auf den Märkten für Firmenkredite möglicherweise eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründet, welche eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zur Folge haben könnte. In der Absicht, die Bedenken der Wettbewerbskommission auszuräumen, haben die Parteien nachstehende Zusagen abgegeben:

I Verkauf von Bankstellen, Tochterbanken und der Bosslab SA

1. Die UBS AG beauftragt eine der Wettbewerbskommission genehme Treuhandgesellschaft (der Beauftragte) mit der Vorbereitung und der Durchführung des Verkaufs von Bankstellen. Dafür gelten die folgenden Bestimmungen:
 - a) Der Beauftragte erstellt gemeinsam mit der UBS AG eine Liste von 35 Bankstellen, mit allfälligen abhängigen Geschäftsstellen, gelegen in Agglomerationen in allen 3 Hauptsprachregionen und unter Berücksichtigung der wettbewerbsrechtlich heiklen Regionen. Diese müssen eine starke Position im Retailgeschäft mit Schweizer Kunden einnehmen.
 - b) Ziel ist es, etwa 25 Bankstellen als Paket möglichst an einen Käufer mit Interesse am Retailgeschäft in der Schweiz zu veräussern.
 - c) Der Verkauf wird über ein Auktionsverfahren geführt. Die Angebotspräsentation beginnt spätestens Anfang August 1998. Verträge sind bis 31. März 1999 abzuschliessen.
 - d) Der Vertrag mit dem Beauftragten unterliegt der Genehmigung der Wettbewerbskommission. Er regelt insbesondere die Infor-

mationspflichten gegenüber der Wettbewerbskommission und deren Genehmigungsrechte.

- e) Falls kein Verkauf bis zum 31. März 1999 zustande kommt, kann die Wettbewerbskommission die UBS AG von diesen Pflichten entbinden, sofern der Beauftragte dies ihr beantragt.
2. Die UBS AG bzw. der SBV ist verpflichtet, die Banca della Svizzera Italiana bis zum 31. März 1999 zu verkaufen.
3. Die UBS AG ist verpflichtet, die SoBa Solothurner Bank unter Berücksichtigung der vertraglichen Abmachungen mit dem Kanton Solothurn an einen am Retailgeschäft interessierten Käufer zu verkaufen oder ihre Beteiligung einer Gruppe von Aktionären oder dem Publikum abzutreten. Diese Verpflichtung ist innert 5 Jahren nach Vollzug der Fusion zu erfüllen.
4. Die UBS AG ist verpflichtet, die Bosslab SA an den Erwerber von Bankstellen (Ziff. 1), an den Erwerber einer Tochterbank (Ziff. 2 und 3) oder an einen neutralen Dritten zu verkaufen.

II Gemeinschaftswerke der Bankwirtschaft

Die UBS AG ist verpflichtet, sich an den Trägern der Gemeinschaftswerke (Telekurs Holding AG, SEGA Schweizerische Effekten Giro AG, Intersettle Swiss Corporation For International Securities Settlement und SECB Swiss Euro Clearing Bank) weiterhin zu beteiligen und durch diese Firmen betriebene Gemeinschaftswerke zu unterstützen.

Dafür gelten die folgenden Bestimmungen:

- a) Als Aktionärin erfüllt die UBS AG die ihrer jeweiligen Beteiligungsquote an Kapital und Stimmen entsprechenden finanziellen Verpflichtungen. Als Benützerin einzelner Gemeinschaftswerke (Dienstleistungen/Produkte, zur Zeit insbesondere DTA, LSV, LSV (Euro), Paynet, Bancomat, ec-Direct, CASH) erfüllt sie die für die Benützer gültigen Bestimmungen.
- b) Die UBS AG reduziert ihren Aktienanteil an den Trägern der Gemeinschaftswerke auf höchstens 1/3 durch Verkauf an interessierte bestehende oder neue Aktionäre. Die CS-Group oder ihre Tochtergesellschaften sind als Käufer ausgeschlossen.
- c) Diese Verpflichtungen gelten nur solange und nur insoweit, als sich alle wesentlichen Banken und Bankengruppen in der Schweiz anteilmässig an den Trägern der Gemeinschaftswerke beteiligen und die einzelnen Dienstleistungen/Produkte nutzen.

- d) Diese Verpflichtungen gelten für 5 Jahre ab Vollzug der Fusion. Sie können von der Wettbewerbskommission unter Berücksichtigung der dannzumaligen Wettbewerbsverhältnisse durch Verfügung um höchstens fünf Jahre verlängert werden.

III Beibehaltung von kumulierenden KMU-Krediten

Die UBS AG ist verpflichtet, diejenigen benützten gesicherten oder ungesicherten kommerziellen Kredite an Geschäftskunden (ohne Tochtergesellschaften ausländischer Unternehmen), die sich wegen der Fusion kumulieren, weil vor der Fusion sowohl die SBG wie auch der SBV Kredite ausstehend hatten, die zusammen aber weniger als CHF 4 Mio. betragen, bis zum 31.12.2004 unter den für die jeweilige zutreffende Risikoklasse jeweils von der UBS AG angewandten Zins- und anderen Bedingungen weiterzuführen. Die Zuordnung der Kreditnehmer zu einer Risikoklasse erfolgt durch die UBS AG und das durch die UBS AG definierte System der Risikoklassen, welches durch die bankengesetzliche Revisionsstelle überprüft wird, und das ohne Einschränkung zur Anwendung kommt.

Diese Pflicht gilt nicht:

- wo ein Kredit am 31.3.1998 bereits ganz oder teilweise fällig gestellt war oder aufgrund einer am 31.3.1998 bestehenden festen Vertragsabmachung vor dem 31.12.1998 fällig wird,
- falls die Risikosituation eines Schuldners sich bei Vollzug der Fusion so darstellt oder sich zu irgend einem Zeitpunkt so verschlechtert, dass er in die Risikoklasse 11 (von 14) oder höher eingestuft werden muss,
- falls sich bei gesicherten Krediten der Wert der Sicherheit (bzw. der Deckungsgrad, wenn Zinsen etc. nicht geleistet werden) um mehr als 15% verschlechtert. In diesem Fall dürfen die Kredite nur entsprechend der Abnahme der Sicherheit reduziert bzw. fällig gestellt werden,
- falls der Schuldner die für eine Risikobeurteilung erforderlichen Informationen und Auskünfte vorenthalten hat oder vorenthält, bei einem Wechsel des Firmeninhabers,
- falls die Erfüllung bankengesetzlicher Sorgfaltspflichten eine Kündigung verlangen.

Die Wettbewerbskommission entbindet die UBS AG von dieser Pflicht, falls sich die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für KMU-Kredite ändern.

4.2.2.8 Beurteilung der Zusagen

164. Aufgrund des Verkaufes eines Pakets von Bankstellen kann der Verlust eines Wettbewerbers durch den Marktzutritt eines neuen Wettbewerbers von Format bzw. durch die Stärkung eines bisherigen kleinen Wettbewerbers auf nationaler Ebene zumindest teilweise kompensiert werden. Durch den Verkauf der SoBa und der BSI werden in zwei der als wettbewerbsrechtlich besonders problematisch und konzentriert eingeschätzten Märkten je ein neuer Wettbewerber in den Markt eintreten. Mit dem Einbezug der Bosslab AG können allfällige Probleme eines neuen Konkurrenten bezüglich Informatik-Plattform für den Betrieb des Retailgeschäfts in der Schweiz behoben werden.

165. Bei der Beurteilung der Auflagen bezüglich der Gemeinschaftswerke (Abschnitt II) ist zu beachten, dass diese von den Schweizer Banken gegründet wurden, um eine gemeinsame Branchen- und Netzinfrastruktur zu betreiben und den Banken gegen Entgelt zur Verfügung zu stellen. Durch ein Ausscheiden der UBS oder sogar beider Grossbanken aus diesen Gemeinschaftswerken würden nicht nur die Kosten für deren Benützung, welche von den verbleibenden kleinen Konkurrenten zu tragen wären, massiv teurer, sondern es ist sogar fraglich, ob diese in der Lage wären, diese Infrastruktur auf die Länge allein zu tragen und zu modernisieren.

Aufgrund des Mitwirkens der neuen UBS in den verschiedenen Branchenverbänden und -dienstleistungsorganisationen der Schweizer Banken (Abschnitt II) kann verhindert werden, dass diese Dienstleistungen, auf deren Angebot insbesondere auch die kleineren Wettbewerber angewiesen sind, durch ein Ausscheiden der grossen Banken für deren Konkurrenten wesentlich verteuert oder sogar nicht mehr finanzierbar würden. Diese Massnahme stärkt die Wettbewerbsstellung der kleinen Konkurrenten. Notwendige Strukturanpassung werden wegen der Befristung der Massnahme nicht verunmöglichlicht.

166. Mit der Auflage bezüglich der kumulierten Firmenkredite (Abschnitt III) wird verhindert, dass die neue UBS eine marktbeherrschende Stellung im Verhältnis zu diesen plötzlich von einer einzigen Bank abhängigen Kunden insofern missbraucht, als diese bloss aufgrund des fusionsbedingten höheren Individualrisikos einen solchen Kredit ganz oder teilweise kündigt. Zugleich wird eine unerwünschte Strukturhaltung oder gar die erzwungene Anhäufung von Verlusten vermieden, indem der UBS erlaubt ist, solche Firmenkredite entsprechend den auch für andere Unternehmen angewandten Kriterien in Risikoklassen einzuteilen und entsprechende Zinssätze anzuwenden. Zudem ist auch diese Massnahme befristet.

4.2.2.9 Schlussfolgerung

167. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens UBS/SBV hat ergeben, dass der Zusammenschluss mit den genannten Auflagen i.S. von Art. 10. Abs. 2 KG zugelassen werden kann, dies unter ausdrücklichem Verweis auf Art 38 Abs. 1 lit. c und Art. 51 KG.

5 *Kosten*

168. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung, KG-GebV; SR 251.2) ist u.a. gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 KG-GebV). Als Verursacher gelten im vorliegenden Fall die Parteien und die UBS als deren Rechtsnachfolger.

169. Im Zusammenschlussverfahren entfällt die Gebührenpflicht nur, wenn in der Vorprüfung festgestellt wird, dass keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen (Art. 3 Abs. 2 lit. c KG-GebV). Da die zitierte Ausnahmebestimmung im vorliegenden Fall keine Anwendung findet, ist die Gebührenpflicht der Parteien und der UBS zu bejahen.

170. Gestützt auf die Übergangsbestimmungen von Art. 9 KG-GebV gilt bei Verwaltungsverfahren, die beim Inkrafttreten der Verordnung, d.h. am 1. April 1998, noch nicht abgeschlossen waren, für die Bemessung der Gebühr und der Auslagen bezüglich des vor Inkrafttreten erfolgten Teils das bisherige Recht.

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

172. Derjenige Teil der Aufwendungen, der vor dem 1. April 1998 erfolgt ist, beläuft sich auf ungefähr 50% der gesamten Aufwendungen. Derjenige Teil, welcher nach dem 1. April erfolgt ist, beläuft sich per 30.6.1998 auf [] Stunden.

173. Gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 2 Abs. 3 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren kann die verfügende Behörde von den Parteien eine Spruchgebühr von 200 – 5000 Franken fordern. Wäre das Verfahren vor dem 1. April 1998 abgeschlossen worden, hätte die Wettbewerbskommission angesichts des Umfangs und der Schwierigkeit des Falls eine Spruchgebühr von 5000 Franken festgesetzt. Für den vor dem 1.4.1998 erfolgten Teil wird den Parteien und der UBS somit eine Gebühr von [Franken] auferlegt.

174. Gemäss Art. 4 Abs. 1 und 2 KG-GebV bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand; es gilt ein Stundenansatz von 130 Franken. Die Gebühr kann je nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden.

175. Die Wettbewerbskommission ist im vorliegenden Fall der Auffassung, dass eine Erhöhung der Gebühr um die Hälfte gerechtfertigt ist. Der Zusammenschluss ist nicht nur bezüglich der Dimension des entstehenden Unternehmens, welches eine der weltweit grössten Banken und in der Schweiz die absolut dominierende Bank entstehen lässt, singular. Auch mit Bezug auf die Bedeutung für die schweizerische Wirtschaft dürfte es sich um den bisher wichtigsten Zusammenschluss handeln. Für die bis am 30.6.1998 aufgewendete Zeit von [] Stunden wird der Ansatz von 130 Franken daher um 50 % auf 195 Franken erhöht. Die Gebühr für den nach dem 1.4.1998 erfolgten Teil der Aufwendungen beläuft sich demnach auf [] Franken.

176. Neben dem Aufwand nach Art. 4 KG-GebV hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Wettbewerbskommission zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG-GebV). Diese belaufen sich für die Zeit nach dem 1.4.1998 auf [] Franken.

177. Die Rechnungsstellung für nach dem 30.6.1998 im Rahmen der Umsetzung der Auflagen anfallenden Aufwand und Auslagen bleibt ausdrücklich vorbehalten. Nach Abschluss der Umsetzung der Auflagen wird eine Schlussabrechnung erstellt und der Saldo der UBS in Rechnung gestellt werden.

6 Dispositiv

Gestützt auf den Sachverhalt und die Erwägungen verfügt die Kommission:

1. Der Zusammenschluss wird unter den folgenden Auflagen zugelassen:

.....[vgl. oben Rz 163]
2. Die Verfahrenskosten von insgesamt [] bestehend aus einer Gebühr von [] Franken plus [] Franken sowie Auslagen von [] Franken, werden den Parteien zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung auferlegt, bzw. nach Vollzug der Zusammenschlusses der neuen UBS AG als deren Rechtsnachfolgerin. Die Rechnungsstellung für die nach dem 30.6.1998 auflaufenden Kosten bleibt vorbehalten.
3. [Rechtsmittelbelehrung]

B 2 3. Stellungnahmen

Préavis
Preavvisi

B 2.3 1. Vernehmlassung zum Elektrizitätsmarktgesetz

Entwürfe von rechtssetzenden Erlassen; Art. 46 Abs. 2 KG.

Projets d'actes normatifs; art. 46 al. 2 LCart.

Disegni di atti normativi; art. 46 cpv. 2 LCart.

Die Stellungnahme beschränkt sich auf wettbewerbliche Aspekte und ist in ein Kapitel mit grundsätzlichen Bemerkungen, einen Teil mit Kommentaren zu den einzelnen Gesetzesartikeln sowie einen Abschnitt mit den Anträgen gegliedert.

1 Grundsätzliche Bemerkungen

1. Mit der Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes, welche im Einklang mit den Entwicklungen der Europäischen Union erfolgt, wird ein weiterer Schritt im Rahmen der marktwirtschaftlichen Erneuerung der Schweiz umgesetzt. Den Grundsatz, mit einer neuen Marktordnung im Elektrizitätsbereich die Wettbewerbskräfte vermehrt spielen zu lassen, begrüßen wir sehr.
2. Die Elektrizitätswirtschaft wurde von allem Anfang an in die Ausarbeitung der neuen Marktordnung miteinbezogen. Dies ist begrüßenswert, weil die Wirtschaft aufgrund des Subsidiaritätsprinzips viele Umsetzungsaufgaben übernehmen wird. Der frühe Einbezug der Wirtschaft und die damit verbundene Einflussnahme auf die Gesetzgebung dürfen jedoch nicht dazu führen, dass unter dem Titel Liberalisierung eine "Re-Regulierung" erlassen wird, von der nur eine Marktseite profitieren wird. Allgemeines Ziel einer neuen Marktordnung sollte eine symmetrische Regulierung sein, die weder etablierte noch neue Anbieter benachteiligt und für die Angebots- wie Nachfrageseite zu positiven Ergebnissen führt. Damit die Marktöffnung nicht zu einer Selbstregulierung der Elektrizitätswirtschaft führt, ist der intensive Einbezug der Stromkonsumenten und anderer interessierter Kreise sowie unabhängiger Experten unerlässlich.

1.1 Nicht amortisierbare Investitionen (7. Abschnitt)

3. Der Entwurf des EMG sieht vor, dass Investitionen in Wasserkraft- und Kernkraftwerke, die unter Wettbewerbsbedingungen nicht abgeschrieben werden können, durch einen von den Endverbrauchern zu bezahlenden Zuschlag entschädigt werden.

4. Die Wettbewerbskommission stellt sich auf den Standpunkt, dass die Marktöffnung keine Entschädigungspflicht des Gesetzgebers gegenüber der Elektrizitätswirtschaft begründet. Unternehmen vieler Wirtschaftszweige sind der Unsicherheit ausgesetzt, dass die zukünftige Rentabilität langfristiger Investitionen von Veränderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen negativ beeinflusst werden kann. Erinnerung sei nur an die Auswirkungen der Revision des Krankenversicherungsgesetzes auf die Privatspitäler. Zudem hat die Elektrizitätswirtschaft während Jahrzehnten sämtliche Kosten auf die Konsumenten überwälzen und von Monopolrenten profitieren können.
5. *Die Wettbewerbskommission beantragt daher, auf die Entschädigung sog. nicht amortisierbarer Investitionen zu verzichten.*
6. Sollte an Entschädigungszahlungen festgehalten werden, wird sich das Sekretariat der Wettbewerbskommission zu einem späteren Zeitpunkt zu deren Ausgestaltung äussern.

1.2 Erneuerbare Energien (6. und 7. Abschnitt)

7. Der Entwurf des EMG enthält verschiedene Bestimmungen zur Förderung erneuerbarer Energien.
8. Die Wettbewerbskommission teilt die Ansicht, dass der freie Wettbewerb zwischen den verschiedenen Energieträgern bei den gegenwärtigen Rahmenbedingungen zu ineffizienten Lösungen führen kann, indem umweltschädigende Technologien bevorteilt werden.
9. Zur Korrektur dieses Marktversagens und zur Umsetzung ökologischer Ziele sollten daher den nicht erneuerbaren Energien deren externe Kosten mittels marktwirtschaftlicher Instrumente (z.B. Lenkungsabgaben) angelastet werden. Eine solche Internalisierung der externen Kosten würde für Kostenwahrheit bei den Energieträgern sorgen und einen mit gleich langen Spiessen geführten Wettbewerb zwischen den Energieträgern ermöglichen.
10. Gemäss dem Grundsatz "pro Ziel ein Mittel" sollte mit dem Elektrizitäts*markt*gesetz als schlankem Rahmengesetz ausschliesslich das Ziel der Marktöffnung und der Schaffung wirksamen Wettbewerbs verfolgt werden. Marktwirtschaftliche Instrumente zur Förderung erneuerbarer Energien sind in einem separaten Erlass einzuführen. Ansonsten droht die beabsichtigte Marktöffnung im Keim zu ersticken.
11. *Die Wettbewerbskommission beantragt daher, im Rahmen des EMG auf Bestimmungen zur Förderung erneuerbarer Energien*

zu verzichten und diese Fragen in einem separaten Erlass zu regeln.

12. Sollte diesem Antrag keine Folge geleistet werden, wird das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Rahmen der Ämterkonsultation zu den konkreten Bestimmungen zu diesem Bereich Stellung nehmen.

1.3 Schiedskommission (9. Abschnitt)

13. Zur Regelung von Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Durchleitungspflicht und -vergütung sieht der Entwurf des EMG die Einsetzung einer unabhängigen Schiedskommission vor.
14. Mit dem neuen Fernmeldegesetz wurde mit der Kommunikationskommission (Comcom) eine Schiedskommission für den Telekommunikationsbereich eingesetzt. Die verwaltungsunabhängige Comcom wurde insbesondere zur Vermeidung von Interessenkonflikten des Bundes eingesetzt, welcher ansonsten gleichzeitig Regulierungsbehörde und Eigentümer der grössten Anbieterin in diesem Bereich (Swisscom) gewesen wäre. Zusätzlich zur Marktregulierung ist die Comcom auch für das Erteilen von Konzessionen zuständig.
15. Im Elektrizitätsbereich ist der Bund weder Eigentümer eines Anbieters, noch sind Konzessionierungsfragen zu regeln.
16. Das Kartellgesetz gibt der Wettbewerbskommission in Art. 7 die Kompetenz, gegen den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen vorzugehen. Die Wettbewerbskommission hätte somit die Möglichkeit, bei Missbräuchen im Zusammenhang mit der Durchleitung einzuschreiten. Dadurch könnte vermieden werden, dass der Elektrizitätsbereich eine sektorspezifische Wettbewerbsregulierung erhält.
17. *Die Wettbewerbskommission beantragt daher, auf die Einsetzung einer Schiedskommission zu verzichten und die Regulierungs- und Aufsichtsfunktionen dem Bundesamt für Energie und der Wettbewerbskommission zu übertragen.*

2 Kommentare zu den Gesetzesartikeln

2.1 Allgemeine Bestimmungen

18. In Bezug auf Art. 1 Abs. 2 lit. b verweisen wir auf Kapitel 1.2. *Wir beantragen die Streichung dieses Buchstabens.*
19. Das in Art. 2 verankerte Prinzip der Subsidiarität und die damit einhergehende Beschränkung des EMG auf die Grundsätze der Marktöffnung erachten wir als richtig. Damit eine symmetrische

Marktöffnung realisiert werden kann, ist der Begriff der Wirtschaft jedoch möglichst weit zu fassen. Ansonsten besteht – wie in Rz 2 erwähnt – die Gefahr, dass sich die Elektrizitätswirtschaft – zu ihren Gunsten – selbst reguliert.

20. *Art. 3 lit. i beantragen wir aufgrund von 1.2 zu streichen.*

2.2 *Durchleitungspflicht*

21. Wir begrüßen es sehr, dass Art. 4 Abs. 1 Netzbetreiber verpflichtet, auf nichtdiskriminierende Weise vertraglich Elektrizität durch ihr Netz durchzuleiten. Diese Bestimmung ist das Kernstück der angestrebten Marktöffnung. Ihrer konsequenten Anwendung ist daher höchste Priorität einzuräumen.
22. Wir befürworten es zudem, dass gemäss Art. 31 auch Versorgungs- und Verteilunternehmen bereits ab Inkrafttreten des EMG in einem gewissen Umfang Zugangsberechtigung zu den Netzen erhalten. Dies mildert die Gefahr, dass die Marktöffnung zulasten der Kleinkonsumenten erfolgt.
23. Dass das EMG in Art. 31 Abs. 1 den Zeitpunkt der vollständigen Marktöffnung für alle Endverbraucher festlegt, ist ebenfalls in unserem Sinn.
24. Gemäss Art. 4 Abs. 2 besteht die Durchleitungspflicht jedoch nur, soweit nach Durchleitung der Elektrizität für eigene Kunden noch Kapazität vorhanden ist. Diese Bestimmung zum Schutz des Leitungseigentums enthält unserer Ansicht nach ein Missbrauchspotential, indem Netzbetreiber zur Ablehnung von Durchleitungsbegehren Kapazitätsengpässe vortäuschen können. Eine effiziente Regulierung sowie die Einsetzung einer nationalen Netzgesellschaft scheinen uns daher zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen unumgänglich. Zudem birgt diese Bestimmung die Gefahr, dass durch eine rigide Bewilligungspflicht für Kapazitätsausbauten unter Umständen die Wettbewerbsintensität beeinflusst werden kann.
25. Der selbe Absatz besagt im zweiten Satz zudem, dass im Rahmen der verfügbaren freien Kapazitäten Elektrizität aus erneuerbarer Energie Vorrang hat. Zusätzlich zu den in 1.2 gemachten Ausführungen stören wir uns bei dieser Bestimmung daran, dass Netzkapazitäten über das Ausmass der Förderung erneuerbarer Energien mitentscheiden.
26. ***Wir beantragen daher die ersatzlose Streichung von Art. 4 Abs. 2 zweiter Satz sowie von Art. 4 Abs. 3 zweiter Satz.***

2.3 Vergütung und Rechnungsführung

27. Die Bestimmungen zur Vergütung für die Durchleitung sollen einerseits Transparenz schaffen. Andererseits sollten sie sich auf die Grundsätze beschränken, damit sie nicht Grundlagen für Preisabreden schaffen.
28. Art. 5 Abs. 1 ist aus diesem Grunde zu detailliert und zugunsten der Netzbetreiber ausgestaltet. Der erste Satz dieses Absatzes, welcher den Grundsatz festschreibt, ist ausreichend. Art. 5 Abs. 3 geht ebenfalls über das für die Schaffung von Transparenz Notwendige hinaus.
29. Wir beantragen daher die Streichung von Art. 5 Abs. 1 zweiter Satz und von Art. 5 Abs. 3.
30. Die Bestimmungen aus Art. 6 sind in unserem Sinne, ist doch das buchhalterische Unbundling bis zur Einsetzung der Netzgesellschaft Voraussetzung für die Regulierung und Überwachung der Marktteilnehmer.

2.4 Netzbetrieb

31. Das Stromübertragungsnetz stellt ein natürliches Monopol dar. Dies bedeutet, dass sämtliche Elektrizitätslieferungen zwischen einer Einspeis- und einer Entnahmestelle am kostengünstigsten durch ein einziges Netz ausgeführt werden können. Auch für die Zukunft ist damit zu rechnen, dass die Stromleitungen sog. "bottle-necks" bleiben, zu denen keine Alternativen bestehen. Auf der Stufe Netzbetrieb wird folglich auch nach erfolgter Marktöffnung ein Regulierungsbedarf bestehen.
32. Vor diesem Hintergrund unterstützen wir die Bildung einer nationalen privatrechtlichen Netzgesellschaft für den Betrieb des gesamtschweizerischen Übertragungsnetzes sehr. Vorausgesetzt, die Unabhängigkeit der Netzgesellschaft sei – bspw. durch deren Börsenkotierung - gewährleistet, stellt diese strukturelle Trennung der Bereiche Erzeugung, Übertragung und Verteilung sicher, dass die Netzbetreiberin keine Anreize zu Quersubventionierungen aus dem Monopolbereich Stromübertragung in die Wettbewerbsbereiche Stromerzeugung und Telekommunikation¹ hat. Der Regulierungsbedarf wird dadurch auf die Überwachung dieser Netzgesellschaft reduziert, und ein diskriminie-

¹ Die heutigen sechs schweizerischen Versorgungsunternehmen Atel, BKW, CKW, EGL, EOS und NOK sind am Telekommunikationsunternehmen DiAx beteiligt, welches die Glasfaserkabel der Übertragungsleitungen für die Erbringung von Telefoniediensten benutzt.

rungsfreier, wettbewerbsneutraler Netzzugang ist leichter sicherzustellen. Zudem würde das durch Art. 4 Abs. 2 verursachte Missbrauchspotential auf die Verteilstufe reduziert. Schliesslich wäre eine optimale Koordination und Ausnutzung der Netzkapazitäten gewährleistet, und den durchleitungsberechtigten Kunden würde landesweit ein einziger Ansprechpartner gegenüberstehen.

33. Die Bestimmung aus Art. 8 Abs. 2, wonach die Vergütungsansätze für die Netzbenutzung zu veröffentlichen sind, trägt zur Transparenz der Netzgesellschaft bei und ist daher als positiv zu beurteilen.

2.5 Erneuerbare Energien / Nicht amortisierbare Investitionen

34. In 1.2 wurde ausgeführt, weshalb die Wettbewerbskommission sich grundsätzlich gegen die Förderung erneuerbarer Energien im Rahmen des EMG ausspricht. Art. 11 würde zudem nur den nicht zugangsberechtigten Endverbrauchern eine Pflicht zur Bevorzugung erneuerbarer Energien auferlegen. Dies würde zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen verschiedenen Kundengruppen führen.

35. Wie in 1.3 dargelegt, sieht die Wettbewerbskommission zudem keine Notwendigkeit zur Entschädigung nicht amortisierbarer Investitionen.

36. ***Wir beantragen daher, die Art. 11 – 16 sowie Art. 31 Abs. 4 ersatzlos zu streichen.***

2.6 Schiedskommission

37. Wie unter 1.3 ausgeführt, spricht sich die Wettbewerbskommission gegen die Einsetzung einer Schiedskommission aus. Die Regulierungs- und Aufsichtsfunktionen sind dem Bundesamt für Energie und der Wettbewerbskommission zu übertragen.

38. ***Wir beantragen daher, die Art. 19 und 20 entsprechend anzupassen.***

3 Anträge der Wettbewerbskommission

1. ***Massnahmen zur Förderung erneuerbarer Energien sind nicht im Rahmen des EMG zu erlassen, sondern in einem separaten Erlass zu regeln. Art. 1 Abs. 2 lit. b, Art. 3 lit. i, Art. 4 Abs. 2 zweiter Satz, Art. 4 Abs. 3 zweiter Satz, Art. 11 sowie Art. 12 Abs. 1 lit. b sind daher ersatzlos zu streichen.***

2. *Auf die Entschädigung nicht amortisierbarer Investitionen ist zu verzichten. Die Art. 12 – 16 sowie Art. 31 Abs. 4 sind daher zu streichen.*
3. *Art. 5 Abs. 1 zweiter Satz und Art. 5 Abs. 3 sind zu streichen.*
4. *Von der Einsetzung einer Schiedskommission ist abzusehen. Die Regulierungs- und Aufsichtsfunktionen sind dem Bundesamt für Energie und der Wettbewerbskommission zu übertragen. Art. 19 und 20 sind entsprechend anzupassen.*

B 2.3 2. *Regulativ über die Ausführung der interkantonalen Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel vom 25. Mai 1972 (IKV-Regulativ) und Richtlinien der IKS über die Heilmittelwerbung vom 23. November 1995 (Werbe-Richtlinien)*

Entwürfe von rechtssetzenden Erlassen; Art. 46 Abs. 2 KG.

Projets d'actes normatifs; art. 46 al. 2 LCart.

Disegni di atti normativi; art. 46 cpv. 2 LCart.

Teilrevision des Regulativs über die Ausführung der interkantonalen Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel vom 25. Mai 1972 (IKV-Regulativ) sowie der Richtlinien der IKS über die Heilmittelwerbung vom 23. November 1995 (Werbe-Richtlinien)

1 Allgemeines

1. Eine der Grundvoraussetzungen für wirksamen Wettbewerb ist die Möglichkeit der freien Preisbildung unter den Anbietern desselben Produktes. Verschiedene Bestimmungen auf privatrechtlicher, interkantonaler und Bundesebene verhindern bis anhin Preisunterschiede auf dem Arzneimittelmarkt.
2. Ein erster Schritt in Richtung Preisunterschiede stellte der Beschluss der Sanphar vom 22. August 1997 dar. Hier wurde der sogenannte "Verpflichtungsschein", mit welchem sich Apotheker und Drogisten verpflichteten, die offiziellen Endverkaufspreise der "reglementierten Produkte" einzuhalten, aufgehoben.
3. Die vorliegende Teilrevision des IKV-Regulativs bzw. der Werbe-Richtlinien ist ein weiterer Schritt in diese Richtung. Sie beruht auf dem Bundesgerichtsentscheid vom 24. Juni 1997 in Sachen Pharmacie Victoria SA und Joseph Ghaliounghi. Das "Règlement d'exécution" des Kantons Genf verbot das Gewähren, Anbieten oder Versprechen von finanziellen oder materiellen Vorteilen, wobei diese Bestimmung wörtlich mit Art. 7 Abs. 2 des IKV-Regulativs übereinstimmte. Das

Bundesgericht hielt fest, dass lediglich eine übertriebene, marktschreierische Publikumswerbung ein Risiko für die öffentliche Gesundheit darstelle. Die Kantone seien somit berechtigt, diesbezügliche Werbebeschränkungen in ihre kantonale Gesetzgebung aufzunehmen. Ein generelles Verbot des Gewährens, Anbietens oder Versprechens von finanziellen oder materiellen Vorteilen sei jedoch ein unverhältnismässiger Eingriff in die HGF und somit unzulässig.

4. Aufgrund dieses Entscheides werden nun die entsprechenden Rabattierungs- und Werbeverbote im IKV-Regulativ bzw. in der Werbe-Richtlinie aufgehoben.

2 *Zu den einzelnen Bestimmungen*

Aufhebung von Art. 7 Abs. 2 IKV-Regulativ ("Unzulässige Werbung")

5. Die Wettbewerbskommission begrüsst die Aufhebung von Art. 7 Abs. 2 IKV-Regulativ. Mit der Aufhebung dieses Artikels wird nicht nur die Werbung für rabattierte Arzneimittel (mit Ausnahme der unlauteren oder die öffentliche Gesundheit gefährdende Werbung), sondern die Rabattierung von Arzneimitteln allgemein für zulässig erklärt. Dadurch wird eine der Voraussetzungen für die Entstehung wirksamen Preiswettbewerbs geschaffen.

Revision von Art. 8 Abs. 1 lit. b. Werbe-Richtlinien ("Unzulässige Publikumswerbung")

6. Die Aufhebung des bisherigen Artikels 8 Abs. 1 lit. b. folgt aus der Aufhebung von Art. 7 Abs. 2 IKV-Regulativ. Das Gewähren von geldwerten Vorteilen und Vergünstigungen (Rabattierung) gilt zukünftig nicht mehr als unzulässige Publikumswerbung. Das neu in dem Artikel enthaltene Verbot der übertriebenen oder marktschreierischen Publikumswerbung entspricht einerseits den in Art. 2 und 3 UWG (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) statuierten Grundsätzen des Lauterkeitsrechts und andererseits dem bereits in Art. 7 Abs. 1 IKV-Regulativ vorgeschriebenen Verbot der irreführenden, unwahren oder der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten widersprechenden Werbung. Die Wettbewerbskommission stimmt der Revision von Art. 8 Abs. 1 lit. b. somit ebenfalls zu.

3 *Weiterer Revisionsbedarf IKS*

Publikumswerbung für rezeptpflichtige Arzneimittel

7. Publikumswerbung, auf welche sich die oben diskutierten Artikel beziehen, ist zulässig für nicht-rezeptpflichtige Arzneimittel (Arzneimittel der Kategorien C, D, und E), nicht jedoch für rezeptpflichtige Arzneimittel (Arzneimittel der Kategorien A und B). Dies ergibt sich aus Art. 7 Abs. 4 lit. a. IKV-Regulativ und Art. 8 Abs. 1 lit. a. Werbe-Richtlinien:

- Art. 7 Abs. 4 IKV-Regulativ: „Publikumswerbung ist nicht zulässig für Heilmittel, die a. nur auf ärztliche Verschreibung abgegeben werden dürfen;...“
- Art. 8 Abs. 1 Werbe-Richtlinien: „ Unzulässig ist insbesondere: lit. a. das Bewerben von Indikationen oder Anwendungsmöglichkeiten, die einer ärztlichen Diagnose oder Behandlung bedürfen;...“

8. Ein Werbeverbot für Arzneimittel basiert in erster Linie auf gesundheitspolizeilichen Überlegungen: Es soll verhindert werden, dass mittels Werbung ein Anreiz zu vermehrtem und unkontrolliertem Arzneimittelkonsum geschaffen wird. Gerade diese Überlegungen können jedoch bei rezeptpflichtigen Arzneimitteln nicht greifen. Die Gefahr des Arzneimittelmissbrauches ist hier weit geringer als bei nicht-rezeptpflichtigen Arzneimitteln. Der Patient kann Art und Menge seines Arzneimittelkonsums nicht selbst bestimmen, sondern ist auf die Diagnose und das darauf basierende Rezept seines Arztes angewiesen. Mit der Werbung für rezeptpflichtige Arzneimittel könnte aber die Informationsasymmetrie zwischen Arzt und Patient vermindert werden: Der Patient könnte sein Wissen über rezeptpflichtigen Arzneimittel erweitern und somit der Rezeptverschreibung bzw. der Medikamentenabgabe des Arztes kritischer gegenüberstehen. Hinzu kommt, dass der Patient das Rezept bei einer Apotheke einlösen könnte, in der er Rabatt erhält. Mit diesem Kaufverhalten würde er einen Beitrag zu einem wettbewerbsorientierten und dadurch auch kostensenkenden Verhalten der Leistungserbringer leisten.

9. Da eine gesundheitspolizeiliche Motivation bzw. eine Gefährdung eines polizeilichen Schutzgutes, im vorliegenden Fall der öffentlichen Gesundheit, fehlt, erscheint ein Verbot für Publikumswerbung für rezeptpflichtige Arzneimittel als nicht gerechtfertigt. Aus diesem Grunde gelten die in den Ziffern 1 und 5 gemachten Überlegungen auch für den Bereich der rezeptpflichtigen Arzneimittel. Die Wettbewerbskommission stellt somit folgenden

Antrag: Das in Art. 7 Abs. 4 lit. a. IKV-Regulativ und Art. 8 Abs. 1 lit. a. Werbe-Richtlinien festgelegte Verbot der Publikumswerbung (und des dem Werbeverbot inhärenten Rabattierungsverbot) für rezeptpflichtige Arzneimittel ist aufzuheben.

Rabattierungsverbot an Fachpersonen

10. Die vollständige Beseitigung der durch das Rabattierungsverbot verursachten Behinderung des wirksamen Wettbewerbes kann nur erreicht werden, wenn dieses Verbot auf allen Stufen beseitigt wird. Dies bedeutet, dass das in Art. 19 Abs. 2 Werbe-Richtlinien als unzulässige Fachwerbung definierte Gewähren, Anbieten oder Verspre-

chen von finanziellen oder materiellen Vorteilen an medizinische Fachpersonen aufzuheben ist.

11. Zudem müssen aufgrund Art. 56 Abs. 3 KVG allfällige Rabatte an den Schuldner der Vergütung weitergegeben werden. Somit ist gewährleistet, dass die Möglichkeit der Rabattgewährung das Verschreibungsverhalten der Ärzte nicht negativ beeinflusst.

Antrag: Das in Art. 19 Abs. 2 Werbe-Richtlinien enthaltene Rabattierungsverbot an Fachpersonen ist aufzuheben.

B 2.3 **3. *Projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 mars 1998***

Entwürfe von rechtssetzenden Erlassen; Art. 46 Abs. 2 KG.

Projets d'actes normatifs; art. 46 al. 2 LCart.

Disegni di atti normativi; art. 46 cpv. 2 LCart.

Recommandations de la Commission de la concurrence du 18 mai 1998 concernant le projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 mars 1998

1 *Remarques préalables*

1. Le 27 mars 1998, la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement a mis en consultation un projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP). Ont été soumis à la Commission de la concurrence : un projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 mars 1998, des directives de passation des marchés publics et un rapport explicatif. Un délai a été fixé pour la procédure de consultation au 31 mai 1998.

2. Le droit suisse des marchés publics est depuis plusieurs années en pleine mutation. Les changements sont provoqués d'un côté par le droit international, en particulier par l'accord du GATT/OMC sur les marchés publics. D'un autre côté, sur le plan interne, les réformes sont occasionnées par la loi sur le marché intérieur suisse du 6 octobre 1995 (ci-après LMI).

3. L'accord intercantonal sur les marchés publics, dans sa teneur de 1994, incorpore dans le droit cantonal les obligations résultant pour les cantons de l'accord du GATT/OMC sur les marchés publics. Il ne tient toutefois pas compte des nouveautés qui ont été introduites ultérieurement par la LMI.

4. Les présentes recommandations sont élaborées sur la base de l'article 8 alinéa 2 LMI qui confère à la Commission de la concurrence la faculté d'adresser à la Confédération, aux cantons et aux commu-

nes des recommandations concernant des actes législatifs envisagés ou existants. Elles ne traitent du projet de révision que sous l'angle de la LMI.

2 *Les exigences essentielles de la LMI en matière de marchés publics*

5. La LMI vise à promouvoir, entre autres, le libre accès aux marchés publics des cantons et des communes à l'intérieur de la Suisse sur une base transparente et non-discriminatoire. Elle ne contient pas de dispositions détaillées en matière de marchés publics qui traiteraient par exemple des procédures ou des critères d'adjudication. Elle énonce simplement, sous forme de principe, des standards minimaux obligatoires. Il s'agit en particulier:

- du principe de libre accès au marché (art. 2 LMI);
- du principe de non-discrimination (art. 5 al. 1 LMI en relation avec art. 3 LMI);
- du principe de transparence (publication des critères de participation et d'attribution du marché, art. 5 al. 2 LMI);
- de la règle qui prévoit que les restrictions à la liberté d'accès au marché doivent faire l'objet de décisions sujettes à recours (art. 9 al. 1 LMI);
- de la règle selon laquelle le droit cantonal prévoit au moins une voie de recours devant une instance cantonale indépendante de l'administration (art. 9 al. 2 LMI).

6. La liberté d'accès au marché ne peut être limitée que si les restrictions 1) s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux, 2) sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et 3) répondent au principe de proportionnalité (art. 3 al. 1 LMI). De plus, elles ne doivent en aucun cas constituer un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 4 LMI).

3 *Evaluation générale du projet*

7. La Commission considère le projet comme très positif dans son ensemble. Elle tient à saluer les efforts entrepris de manière autonome par les cantons pour trouver une solution qui soit compatible avec les exigences de la LMI. En tenant dûment compte de ces dernières, le projet, en particulier :

- étend le champ d'application de l'accord intercantonal aux communes ;
- englobe désormais les banques cantonales, lorsqu'elles agissent dans l'exercice de tâches publiques;
- énonce des valeurs seuils plus basses pour l'application des procédures de passation des marchés publics ;
- renonce à la clause de bagatelle (Bagatell Klausel) pour les marchés publics du domaine général ;

- renforce la protection juridictionnelle des particuliers en prescrivant le recours à une instance judiciaire cantonale et en détaillant les décisions qui peuvent faire l'objet d'un recours.

Toutes ces modifications contribueront progressivement à une plus grande transparence, à une meilleure concurrence et à un renforcement de la cohésion du marché intérieur suisse.

8. Le secrétariat de la Commission de la concurrence a participé aux travaux du groupe de travail chargé de la révision de l'AIMP. Dans ce cadre, il a proposé un certain nombre de modifications qui, pour la plupart, ont pu être reprises dans le projet. Les considérations qui suivent se rapportent aux points qui restent encore problématiques sous l'angle de la LMI.

4 Les clauses de réciprocité (art. 13 al. 2 et 19 al. 1 du projet)

9. Deux dispositions du projet prévoient expressément une clause de réciprocité qui n'existe pas dans la version actuelle du concordat intercantonal sur les marchés publics. L'article 13 alinéa 2 prescrit que *„ Seuls les soumissionnaires d'Etats, cantons et communes qui accordent la réciprocité, peuvent revendiquer les dispositions de cet accord. "* L'article 19 alinéa 1 prévoit quant à lui que *" les décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours, sous réserve du droit de réciprocité, auprès d'une autorité juridictionnelle cantonale. "*

10. Alors que la réserve de réciprocité est possible pour les Etats parties à l'Accord du GATT/OMC sur les marchés publics, une telle réserve est devenue sans effets suite à l'entrée en vigueur de la LMI.

11. Des clauses de réciprocité sont prévues aux articles 6 alinéa 2 LMI et 6 alinéa 3 LMI. Selon l'article 6 alinéa 2 LMI, *„ lorsque, en vertu d'accords internationaux conclus par un ou plusieurs cantons avec un Etat limitrophe, des personnes étrangères bénéficient, en ce qui concerne l'accès au marché, d'un meilleur traitement que les offreurs ayant leur siège ou leur établissement dans un canton qui n'est pas partie à ces accords, ceux-ci ont droit au même traitement pour autant que le canton où ils ont leur siège ou leur établissement accorde la réciprocité "*. Selon l'article 6 alinéa 3 LMI, *„ le 2^e alinéa s'applique par analogie aux accords intercantonaux "*. La LMI vise ainsi le cas où des offreurs étrangers disposent, en vertu d'un accord international avec un Etat limitrophe ou d'un accord intercantonal, d'un accès au marché facilité.

12. *A l'intérieur du marché intérieur suisse, les clauses de réciprocité sont devenues sans effet suite à l'entrée en vigueur de la LMI. En effet, les offreurs suisses disposent d'un accès libre et non discriminatoire au marché. La Commission de la concurrence observe en outre que les clauses de réciprocité sont étrangères au but du concordat intercantonal sur les marchés publics qui est l'ouverture réciproque des*

marchés publics entre les cantons. En conséquence, la Commission de la concurrence recommande de supprimer la clause de réciprocité prévue aux articles 13 alinéa 2 et 19 alinéa 1 du projet.

Recommandation : la Commission de la concurrence recommande de supprimer la clause de réciprocité prévue aux articles 13 *alinéa* 2 et 19 du projet.

5 Procédures applicables

13. L'article 16 alinéa 1 du projet prévoit que „ *Les marchés publics du domaine des traités internationaux peuvent, au choix, être passés avec la procédure ouverte ou sélective.* ” L'article 16 alinéa 2 lettres a et b énonce, pour la passation des marchés du domaine général, des valeurs seuils pour l'application de la procédure de gré à gré et de la procédure sur invitation. En dessus des valeurs seuils indiquées, le choix est possible entre la procédure ouverte et la procédure sélective. Enfin, l'article 16 alinéa 2 lettre c prescrit que, dans des cas particuliers, selon l'article 12 de l'accord, la procédure peut être librement choisie.

5.1 Choix entre la procédure ouverte et la procédure sélective

14. De toutes les procédures prévues, la procédure ouverte est, sous l'angle du droit de la concurrence, celle qui doit être privilégiée. En effet, en procédure ouverte, l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour lequel chaque soumissionnaire peut présenter une offre. Dans le cadre de la procédure sélective, l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché prévu et tous les intéressés peuvent présenter une demande de participation. La Commission de la concurrence est certes consciente que l'exécution de certains marchés publics nécessite une sélection préalable des soumissionnaires. Les procédures doivent, malgré tout, rester ouvertes et les restrictions à l'accès au marché ne doivent être introduites que si elles sont nécessaires.

15. La procédure sélective ne devrait être utilisée que si les circonstances du cas en question l'exigent vraiment (par exemple, en raison de la complexité du marché public en question). L'utilisation de critères protectionnistes ou l'application arbitraire de la procédure sélective est contraire à la LMI. Ainsi, une application incontrôlée de la procédure sélective pourrait restreindre l'accès au marché sans pour autant être justifiée au sens de l'article 3 LMI. En tout cas, la procédure sélective ne doit pas conduire à une limitation injustifiée de la concurrence.

Recommandation : La Commission de la concurrence recommande l'introduction, dans le projet, du principe de l'application restrictive de la procédure sélective.

5.2 *Limitation du nombre d'offreurs dans le cadre de la procédure sélective*

16. Selon le § 4 *alinéa* 1 des directives d'exécution, dans le cadre de la procédure sélective, „ *le nombre de soumissionnaires invités à adresser une offre peut être limité lorsque ceci est nécessaire pour la réalisation rationnelle de la procédure d'adjudication et que ceci est expressément mentionné dans l'appel d'offres. Ce nombre ne peut être inférieur à trois lorsqu'il existe suffisamment de soumissionnaires adéquats. Une concurrence efficace doit cependant être garantie* ". Selon le rapport explicatif, cette disposition ne vise que les cas exceptionnels où une procédure d'adjudication efficace n'est pas possible (p. 32).

17. La limitation du nombre d'offreurs qui sont aptes à exécuter le mandat conduit à une restriction de la concurrence. Le § 4 al. 1 souligne le caractère exceptionnel de la limitation du nombre d'offreurs lorsque ceci est nécessaire pour la réalisation rationnelle de la procédure d'adjudication et que ceci est expressément mentionné dans l'appel d'offres. En outre, le nombre d'offreurs invités à adresser une offre ne peut être inférieur à trois lorsqu'il existe suffisamment de soumissionnaires adéquats et la concurrence effective doit être garantie. Sous cet angle, la Commission de la concurrence ne peut que saluer la formulation du § 4 des directives d'exécution.

18. Lorsque les conditions susmentionnées du § 4 al. 1 sont réunies, l'autorité adjudicatrice va sélectionner les offreurs qui sont invités à adresser une offre. Dans le cadre de cette sélection, il est important que l'autorité adjudicatrice ne défavorise pas les offreurs externes par rapport aux offreurs locaux de manière contraire à la LMI. Elle devra par conséquent tenir compte des critères de non-discrimination énoncés à l'article 3 LMI (cf. chiffre 6 ci-dessus). La Commission de la concurrence recommande de compléter le § 4 al. 1 des directives d'exécution par un deuxième alinéa en vertu duquel le choix des offreurs admis à la procédure doit respecter les critères de non-discrimination tels qu'ils sont énoncés à l'article 3 LMI.

Recommandation: la Commission de la concurrence recommande de compléter le § 4 al. 1 des directives d'exécution par un deuxième alinéa en vertu duquel le choix des offreurs invités à adresser une offre doit respecter les critères de non-discrimination énoncés à l'article 3 LMI.

5.3 *Les valeurs seuils concernant les procédures d'invitation et d'attribution directe*

19. Selon l'article 16 alinéa 2 du projet :

„ *a. La procédure de gré à gré est autorisée pour les marchés de fournitures et prestations de services jusqu'à CHF 50'000 et pour les marchés de constructions jusqu'à CHF 100'000.*

b. La procédure sur invitation est autorisée pour les marchés de fournitures et de prestations de services jusqu'à CHF 250'000, ainsi que pour les marchés de construction jusqu'à CHF 500'000. "

20. Les principes de la LMI valent indépendamment de valeurs seuils. Le rapport explicatif justifie les valeurs seuils susmentionnées comme suit (p. 33.): „ *Les valeurs seuils doivent être définies de manière que le libre accès au marché ne soit restreint que dans la mesure où ceci est nécessaire pour garantir d'autres intérêts (par exemple la rentabilité de la procédure). La nécessité d'une définition des valeurs seuils est, tout au moins indirectement, aussi reconnue par la LMI dans le fait qu'il y est mentionné à l'article 5 alinéa 2 la nécessité de la publication de projets de marchés importants. Il est ainsi reconnu que tous les projets ne doivent pas être publiquement annoncés. On laisse donc la parole à la pratique. "*

21. La Commission de la concurrence se rallie à l'interprétation susmentionnée de la LMI. Les valeurs seuils précitées sont justifiées lorsque les charges administratives liées à la procédure d'adjudication sont disproportionnées par rapport à la faible valeur du marché public concerné. Dans ce domaine, les cantons et communes sont compétents pour légiférer. Comme le relève le rapport explicatif, la pratique démontrera l'impact de ces valeurs seuils sur le libre accès au marché. Par conséquent, la Commission de la concurrence se réserve de revenir ultérieurement sur cette question si le besoin s'en fait sentir.

5.4 Régime d'exceptions

22. L'art. 12 du projet prévoit une soumission des „ cas particuliers " au domaine général. Il s'agit entre autre des marchés passés avec des institutions pour handicapés, des marchés passés dans le cadre de programmes agricoles ou d'aide alimentaire ainsi que de l'acquisition d'armes et de munitions. Dans ces cas particuliers, la procédure peut être librement choisie (art. 16 al. 2 let. c).

23. Dans les cas où l'adjudicateur choisi une procédure autre que la procédure ouverte, des restrictions de l'accès au marché peuvent se produire. Le rapport explicatif reste muet sur ce problème. Afin d'empêcher d'éventuelles restrictions, il est essentiel de choisir la procédure respectant le mieux le principe du libre accès au marché, tout en tenant compte des caractéristiques de chaque cas.

Recommandation: la Commission de la concurrence recommande de compléter le rapport explicatif dans le sens des considérants qui précèdent.

6 La question du respect des conditions de travail (§19 al. 2 des directives de passation des marchés publics)

24. L'article 14 du projet énonce un certain nombre de principes généraux qui doivent être respectés lors de la passation de marchés

publics, en particulier sous lettre (e): „ *le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail.* ” Il n'est pas précisé s'il s'agit des dispositions en vigueur au lieu de provenance ou au lieu d'exécution. Selon le § 19 alinéa 2 des directives de passation des marchés publics, „ *pour des prestations fournies en Suisse, seules doivent être prises en considération les offres des soumissionnaires qui observent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail. En principe, les prescriptions en vigueur au lieu où la prestation est fournie sont déterminantes. Toutes les prescriptions, en vigueur en Suisse, valent de manière égale.* ”

25. La Commission de la concurrence tient à rappeler la situation juridique en rapport avec cette question. Elle peut être résumée comme suit :

- L'Accord du GATT/OMC sur les marchés publics laisse le choix aux Etats membres entre le principe du lieu d'exécution et le principe du lieu de provenance. L'interprétation dominante privilégie le principe du respect de travail au lieu d'exécution.
- La loi fédérale sur les marchés publics (art. 8) et son ordonnance d'exécution prescrivent, pour les marchés publics de la Confédération, le respect des conditions de travail au lieu d'exécution ;
- Dans le système de la LMI, pour les marchés publics des cantons et des communes, ce sont les prescriptions de travail en vigueur au lieu de provenance qui sont déterminantes (art. 5 LMI en relation avec article 3 alinéa 1 lettre a et article 3 alinéa 3 alinéa a LMI). Selon le message à la LMI, seul le risque de dumping social justifierait l'adoption du principe du respect des conditions de travail au lieu d'exécution.²

Il existe une contradiction évidente entre ces différents niveaux législatifs.

26. Il ressort des débats parlementaires précédant l'adoption de la LMI, que dans le marché intérieur suisse, l'accès au marché doit avoir lieu en fonction du respect des conditions de travail en vigueur au lieu de provenance.³ Cette solution, voulue par le législateur fédéral, correspond à l'idée d'un marché intérieur uniforme dans lequel prévaut le principe de l'égalité des réglementations cantonales et communales de même qu'un système de sécurité sociale largement unifié. La Commission de la concurrence ne peut que maintenir la solution du respect des conditions de travail au lieu de provenance pour les marchés publics qui entrent dans le champ d'application de la LMI.

² Message du Conseil fédéral à l'appui de la LMI, p. 56.

³ Amt. Bull. NR 1995 1156, 1178 ; Amt. Bull. StR 1995 931, 934.

27. Comme relevé ci-dessus, il existe une contradiction entre les différents niveaux législatifs en vigueur en Suisse. Il importe de trouver la solution la moins contradictoire possible. La Commission de la concurrence a pour objectif principal de veiller au respect de la LMI. D'un autre côté, elle ne peut pas ignorer les engagements internationaux qui résultent pour les cantons de l'Accord du GATT/OMC sur les marchés publics. En d'autres termes, elle doit se rallier à l'interprétation la plus acceptable possible.

28. Il sied en particulier d'éviter une solution discriminatoire vis-à-vis des offreurs étrangers, et partant contraire au droit du GATT/OMC. La question doit être vue dans sa globalité.

29. Au vu de ce qui précède, la Commission de la concurrence prend acte du fait que le projet cherche à trouver une solution qui soit compatible avec les postulats contradictoires qui existent dans le domaine des marchés publics concernant les conditions de travail. Dans cette mesure, elle se rallie à la solution proposée, sous la réserve toutefois que, pour la détermination du lieu d'exécution, toutes les prescriptions en vigueur en Suisse sont réputées équivalentes.

Recommandation : la Commission de la concurrence se rallie à la solution proposée selon laquelle ce sont, en principe, les prescriptions de travail au lieu d'exécution qui sont déterminantes, sous la réserve toutefois que, pour la détermination du lieu d'exécution, toutes les prescriptions en vigueur en Suisse sont réputées équivalentes.

B 2.3 4. *Projet de loi sur les marchés publics du Canton de Neuchâtel du 6 mai 1998*

Entwürfe von rechtssetzenden Erlassen; Art. 46 Abs. 2 KG.

Projets d'actes normatifs; art. 46 al. 2 LCart.

Disegni di atti normativi; art. 46 cpv. 2 LCart.

Recommandations de la Commission de la concurrence du 6 juillet 1998 concernant le projet de loi sur les marchés publics du Canton de Neuchâtel du 6 mai 1998

1 *Remarques préalables*

1. Le 16 juin 1998, le Chef du Département de la gestion du territoire du canton de Neuchâtel a mis en consultation un projet de loi cantonale sur les marchés publics du canton de Neuchâtel du 6 mai 1998. Un délai a été fixé pour la procédure de consultation au 10 juillet 1998.

2. Le droit suisse des marchés publics est depuis plusieurs années en pleine mutation. Les changements sont provoqués d'un côté par le droit international, en particulier par l'accord du GATT/OMC sur les marchés publics. D'un autre côté, sur le plan interne, les réformes

sont occasionnées par la loi fédérale sur le marché intérieur suisse du 6 octobre 1995 (ci-après LMI). Par ailleurs, l'Accord intercantonal sur les marchés publics de 1994, auquel le Canton de Neuchâtel a adhéré, est en procédure de révision.

3. Les présentes recommandations sont élaborées sur la base de l'article 8 alinéa 2 LMI qui confère à la Commission de la concurrence la faculté d'adresser à la Confédération, aux cantons et aux communes des recommandations concernant des actes législatifs envisagés ou existants. Elles ne traitent par conséquent du projet de révision que sous l'angle de la LMI. Deux remarques doivent toutefois être faites à cet égard:

- la question des conditions de travail doit être vue dans une perspective globale qui dépasse le cadre du marché suisse. C'est pourquoi, la Commission de la concurrence n'abordera pas uniquement cette question sous l'angle de la LMI, mais aussi sous l'angle du droit du GATT/OMC.
- Pour le reste, le projet de loi n'est pas analysé en ce qui concerne sa compatibilité avec les engagements internationaux qui résultent pour le Canton de Neuchâtel de l'Accord du GATT/OMC sur les marchés publics. La Commission de la concurrence tient simplement à relever que la formulation de l'article 3 alinéa 1 du projet (qui prévoit que „ *pour autant qu'ils aient un domicile, un siège ou un établissement en Suisse, les soumissionnaires doivent être traités de manière égale à toutes les étapes de la procédure* ”), est, à première vue, incompatible avec le principe de non discrimination en droit du GATT/OMC.

2 Les exigences essentielles de la LMI en matière de marchés publics

4. La LMI vise à promouvoir, entre autres, le libre accès aux marchés publics des cantons et des communes à l'intérieur de la Suisse sur une base transparente et non-discriminatoire. Elle ne contient pas de dispositions détaillées en matière de marchés publics qui traiteraient par exemple des procédures ou des critères d'adjudication. Elle énonce simplement, sous forme de principe, des standards minimaux obligatoires. Il s'agit en particulier:

- du principe de libre accès au marché (art. 2 LMI);
- du principe de non-discrimination (art. 5 al. 1 LMI en relation avec art. 3 LMI);
- du principe de transparence (publication des critères de participation et d'attribution du marché, art. 5 al. 2 LMI);
- de la règle qui prévoit que les restrictions à la liberté d'accès au marché doivent faire l'objet de décisions sujettes à recours (art. 9 al. 1 LMI);

- de la règle selon laquelle le droit cantonal prévoit au moins une voie de recours devant une instance cantonale indépendante de l'administration (art. 9 al. 2 LMI).

5. La liberté d'accès au marché ne peut être limitée que si les restrictions 1) s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux, 2) sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et 3) répondent au principe de proportionnalité (art. 3 al. 1 LMI). De plus, elles ne doivent en aucun cas constituer un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 4 LMI).

3 *Evaluation générale du projet*

6. La Commission de la concurrence tient à saluer les efforts entrepris par le Canton de Neuchâtel pour adopter une législation cantonale qui soit conforme avec les exigences du droit du GATT/OMC et de la LMI tout en étant en harmonie avec le Concordat intercantonal sur les marchés publics.

7. Cette nouvelle législation cantonale devrait contribuer à une meilleure concurrence et à une meilleure allocation des ressources dans le cadre des marchés publics. La protection juridictionnelle des particuliers est renforcée par les dispositions du projet qui prévoient le recours à une instance judiciaire cantonale et qui détaillent les décisions qui peuvent faire l'objet d'un recours.

4 *Le champ d'application de la loi (art. 2 du projet)*

8. L'article 2 du projet définit les marchés qui entrent dans le champ d'application de la loi. Le deuxième alinéa prévoit que „ *le Conseil d'Etat peut exclure du champ d'application de la présente loi, pour des raisons pertinentes d'intérêt public, certains des établissements, institutions, organismes ou entreprises visés aux lettres b, c, et d de l'alinéa précédent.* ” Le rapport explicatif ne contient pas d'explications à cet égard.

9. L'exclusion, par le Conseil d'Etat, de certaines entités adjudicatrices du champ d'application de la loi cantonale sur les marchés publics est problématique sous l'angle de la LMI. En effet, tous les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches d'intérêt public tombent dans le champ d'application de la LMI. Cela signifie que, sans exception, les marchés publics de grande importance doivent être publiés (art. 5 al. 2 LMI), les restrictions à la liberté d'accès au marché doivent être conformes à la LMI (art. 5 et 3 LMI) et qu'elles doivent pouvoir faire l'objet d'un recours (art. 9 LMI).

10. En revanche, il est possible, lorsque l'intérêt public ou les circonstances particulières d'un marché public l'exigent, d'attribuer un marché public selon la procédure de gré à gré, sans appel d'offres

préalable. Ces cas sont énumérés de manière limitative à l'article 8 alinéa 2 du projet.

Recommandation : la Commission de la concurrence recommande de biffer l'article 2 alinéa 2 du projet.

5 Les clauses de réciprocité (rapport explicatif et article 39 al. 2 et 3 du projet)

11. L'idée de la réciprocité apparaît dans le rapport explicatif et dans le projet. Le rapport explicatif relatif à l'article 2 (champ d'application) prévoit que „ *le champ d'application s'étend aux pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 8 AIMP. Il s'agit en premier lieu des pouvoirs adjudicateurs classiques définis par l'accord OMC...En deuxième lieu, l'AIMP vise les communes, associations de communes (syndicats intercommunaux) et autres collectivités de droit public, mais uniquement dans leurs rapports avec les cantons et les Etats signataires de l'Accord GATT qui leur accordent la réciprocité.* "

12. L'article 39 alinéas 2 et 3 du projet relatif aux voies de recours prévoit que „ *2. dans les marchés non soumis à l'Accord intercantonal sur les marchés publics, le recours n'est ouvert aux soumissionnaires qui n'ont pas leur domicile, leur siège ou leur établissement dans le canton qu'en cas de réciprocité. 3. En l'absence de réciprocité, seules les restrictions à la liberté d'accès au marché, au sens de l'article 9 de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), du 6 octobre 1995, peuvent faire l'objet d'un recours.* "

13. La réserve de réciprocité est possible pour les Etats parties à l'Accord du GATT/OMC sur les marchés publics. Elle est toutefois étrangère au marché intérieur voulu par la LMI. Il existe bien des clauses de réciprocité dans la LMI mais ces dernières ne visent que le cas où des offreurs étrangers disposent, en vertu d'un accord international avec un Etat limitrophe ou d'un accord intercantonal, d'un accès au marché facilité. Selon l'article 6 alinéa 2 LMI, „ *lorsque, en vertu d'accords internationaux conclus par un ou plusieurs cantons avec un Etat limitrophe, des personnes étrangères bénéficient, en ce qui concerne l'accès au marché, d'un meilleur traitement que les offreurs ayant leur siège ou leur établissement dans un canton qui n'est pas partie à ces accords, ceux-ci ont droit au même traitement pour autant que le canton où ils ont leur siège ou leur établissement accorde la réciprocité* ". Selon l'article 6 alinéa 3 LMI, „ *l'alinéa 2 s'applique par analogie aux accords intercantonaux.* "

14. *A l'intérieur du marché intérieur suisse, les clauses de réciprocité sont devenues sans effet suite à l'entrée en vigueur de la LMI. Les offreurs ayant leur siège ou leur domicile en Suisse disposent d'un accès libre et non discriminatoire au marché sur tout le territoire de la Suisse.*

15. *La Commission de la concurrence recommande par conséquent de supprimer les clauses de réciprocité prévues dans le rapport explicatif (p. 3) et dans le projet (art. 39 al. 2 et 3).*

Recommandation : la Commission de la concurrence recommande de supprimer les clauses de réciprocité prévues dans le rapport explicatif (p. 3) et dans le projet (art. 39 al. 2 et 3).

6 *Les procédures applicables*

6.1 *Choix entre la procédure ouverte et la procédure sélective*

16. Selon l'article 8 alinéa 1 du projet, „ *les procédures ouverte ou sélective sont les procédures prévues par l'Accord OMC et l'AIMP pour l'adjudication des marchés publics. Le pouvoir adjudicateur est libre de choisir l'une ou l'autre de ces procédures.* ”

17. De toutes les procédures prévues, la procédure ouverte est, sous l'angle du droit de la concurrence, celle qui doit être privilégiée. En effet, en procédure ouverte, l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour lequel chaque soumissionnaire peut présenter une offre. Dans le cadre de la procédure sélective, l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché prévu et tous les intéressés peuvent présenter une demande de participation. La Commission de la concurrence est certes consciente que l'exécution de certains marchés publics nécessite une sélection préalable des soumissionnaires. Les procédures doivent, malgré tout, rester ouvertes et les restrictions à l'accès au marché ne doivent être introduites que si elles sont nécessaires.

18. La procédure sélective ne devrait être utilisée que si les circonstances du cas en question l'exigent vraiment (par exemple, en raison de la complexité du marché public en question). L'utilisation de critères protectionnistes ou l'application arbitraire de la procédure sélective est contraire à la LMI. Ainsi, une application incontrôlée de la procédure sélective pourrait restreindre l'accès au marché sans pour autant être justifiée au sens de l'article 3 LMI. En tous cas, la procédure sélective ne doit pas conduire à une limitation injustifiée de la concurrence.

Recommandation : La Commission de la concurrence recommande l'introduction, dans le projet, du principe de l'application restrictive de la procédure sélective.

6.2 *Limitation du nombre d'offreurs dans le cadre de la procédure sélective*

19. Selon l'article 10 du projet, „ *1. La procédure est sélective lorsque, dans une première phase, à la suite d'un appel d'offres public, tout candidat peut présenter une demande de participation, et que le pouvoir adjudicateur se réserve de choisir, sur la base de critères*

d'aptitude, les candidats qui seront invités, dans une seconde phase, à présenter une offre. 2. L'appel d'offres doit indiquer les critères d'aptitude fixés et, le cas échéant, le nombre maximum de soumissionnaires qui seront invités à présenter une offre. 3. En principe, le nombre d'offreurs invités à présenter une offre ne doit pas être inférieur à trois. "

20. La limitation du nombre d'offreurs qui sont aptes à exécuter le mandat conduit à une limitation de la concurrence. C'est pourquoi la disposition correspondante du concordat intercantonal sur les marchés publics dans sa teneur actuelle (art. 12 lettre b) souligne que l'autorité adjudicatrice „ *peut limiter le nombre de candidats invités à présenter une offre s'il n'est pas compatible avec un fonctionnement efficace du mécanisme d'adjudication des marchés. Une concurrence réelle doit cependant être garantie* ". Le projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 mars 1998 souligne en termes encore plus clairs le caractère exceptionnel de la limitation du nombre d'offreurs (§4 al. 1) : „ *Le nombre des soumissionnaires invités à adresser une offre peut être limité lorsque ceci est nécessaire pour la réalisation rationnelle de la procédure d'adjudication et que ceci est expressément mentionné dans l'appel d'offres. Ce nombre ne peut être inférieur à trois, lorsqu'il existe suffisamment de soumissionnaires adéquats. Une concurrence efficace doit cependant être garantie.* "

21. Quatre conditions sont ainsi posées : la limitation du nombre d'offreurs doit être nécessaire pour la réalisation rationnelle de la procédure d'adjudication ; ceci est expressément mentionné dans l'appel d'offres ; le nombre d'offreurs invités à adresser une offre ne peut être inférieur à trois lorsqu'il existe suffisamment de soumissionnaires adéquats ; et la concurrence efficace doit être garantie. Lorsque ces conditions sont réalisées, l'autorité adjudicatrice devra tenir compte des critères énoncés à l'article 3 LMI et sélectionner les candidats de manière non-discriminatoire.

22. La Commission de la concurrence recommande que le projet soit complété par les conditions susmentionnées qui font ressortir le caractère exceptionnel de la limitation du nombre d'offreurs dans le cadre de la procédure sélective. Il convient en outre de préciser, dans le rapport explicatif, que la sélection des offreurs admis à faire une offre doit être faite selon des critères conformes à l'article 3 LMI.

Recommandation: La Commission de la concurrence recommande que le projet soit complété dans le sens de la révision du concordat intercantonal sur les marchés publics actuellement en cours. Il convient de reprendre les conditions susmentionnées au chiffre 21 ci-dessus qui font ressortir le caractère exceptionnel de la limitation du nombre d'offreurs dans le cadre de la procédure sélective. Il convient en outre de préciser, dans le rapport explicatif, que la sélection des

offreurs admis à faire une offre doit être faite selon des critères conformes à l'article 3 LMI.

6.3 Les valeurs seuils concernant les procédures

23. Le projet prévoit que „ *le Conseil d'Etat arrête les valeurs seuils déterminantes.* ” (art. 8 al. 4). Dans ce domaine, les cantons et communes sont compétents pour légiférer. Il convient toutefois de souligner que les principes de la LMI valent indépendamment de valeurs seuils. La Commission de la concurrence se réserve par conséquent de revenir ultérieurement sur cette question si le besoin s'en fait sentir.

7 La question du respect des conditions de travail

24. L'article 6 du projet prévoit que, „ *si l'intérêt public l'exige, notamment en cas de menace de dumping social, le Conseil d'Etat peut subordonner l'adjudication des marchés publics de construction, ou de certains d'entre eux, au respect des conditions de travail au lieu où les travaux sont exécutés* ”. Le rapport explicatif (p. 4, ad art. 6) fournit les explications suivantes : „ *Alors que l'AIMP est assez flou à cet égard, en parlant du „ respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail ”, la LMI a clairement assis le principe voulant que le pouvoir adjudicateur devait reconnaître comme équivalentes les conditions de travail en vigueur au lieu de provenance de l'adjudicateur, et ceci sauf exception en cas de véritable dumping social. Par contre, pour les soumissionnaires domiciliés dans un autre Etat, le principe du respect des conditions de travail au lieu d'exécution reste valable et l'adjudicataire ne pourra détacher ses travailleurs en Suisse que sur la base des règles générales en matière de séjour et d'établissement des étrangers.* ”

25. La Commission de la concurrence tient à rappeler la situation juridique en rapport avec cette question. Elle peut être résumée comme suit :

- L'Accord du GATT/OMC sur les marchés publics laisse le choix aux Etats membres entre le principe du lieu d'exécution et le principe du lieu de provenance. L'interprétation dominante privilégie le principe du respect des conditions de travail au lieu d'exécution.
- La loi fédérale sur les marchés publics (article 8) et son ordonnance d'exécution prescrivent, pour les marchés publics de la Confédération, le respect des conditions de travail au lieu d'exécution ;
- Dans le système de la LMI, pour les marchés publics des cantons et des communes, ce sont les prescriptions de travail en vigueur au lieu de provenance qui sont déterminantes (article 5 LMI en relation avec article 3 alinéa 1 lettre a et article 3 alinéa 3 lettre a LMI). Selon le message à la LMI, seul le risque de dumping social justifie-

rait l'adoption du principe du respect des conditions de travail au lieu d'exécution.⁴

Il existe une contradiction évidente entre ces différents niveaux législatifs.

26. Il ressort des débats parlementaires précédant l'adoption de la LMI, que dans le marché intérieur suisse, l'accès au marché doit avoir lieu en fonction du respect des conditions de travail en vigueur au lieu de provenance.⁵ Cette solution, voulue par le législateur fédéral, correspond à l'idée d'un marché intérieur uniforme dans lequel prévaut le principe de l'égalité des réglementations cantonales et communales de même qu'un système de sécurité sociale largement unifié. La Commission de la concurrence ne peut que maintenir la solution du respect des conditions de travail au lieu de provenance pour les marchés publics qui entrent dans le champ d'application de la LMI.

27. Comme relevé ci-dessus, il existe une contradiction entre les différents niveaux législatifs en vigueur en Suisse. Il importe de trouver la solution la moins contradictoire possible. La Commission de la concurrence a pour objectif principal de veiller au respect de la LMI. D'un autre côté, elle ne peut pas ignorer les engagements internationaux qui résultent pour les cantons de l'Accord du GATT/OMC sur les marchés publics. En d'autres termes, elle doit se rallier à l'interprétation la plus acceptable possible.

28. Il sied en particulier d'éviter une solution discriminatoire vis-à-vis des offreurs étrangers qui serait contraire au principe de non-discrimination en droit du GATT/OMC. La question doit être vue dans sa globalité. Or, le rapport explicatif, dans sa formulation actuelle, en prévoyant le respect des conditions de travail au lieu de provenance pour les offreurs domiciliés en Suisse et le respect des conditions de travail au lieu d'exécution pour les offreurs étrangers, est discriminatoire à l'égard de ces derniers. Il convient, si l'on veut éviter une telle discrimination, de prévoir, en s'inspirant du projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 mars 1998, que ce sont en principe les prescriptions de travail en vigueur au lieu d'exécution qui sont déterminantes. Il convient ensuite de préciser, pour tenir compte de la LMI que, pour la détermination du lieu d'exécution, toutes les prescriptions en vigueur en Suisse sont réputées équivalentes.

Recommandation : la Commission de la concurrence propose de remplacer l'article 6 par la formulation suivante : „ Ce sont en principe les prescriptions de travail au lieu d'exécution qui sont détermi-

⁴ Message du Conseil fédéral à l'appui de la LMI, p. 56.

⁵ Amt. Bull. NR 1995 1156, 1178 ; Amt. Bull. StR 1995 931, 934.

nantes. Pour la détermination du lieu d'exécution, toutes les prescriptions en vigueur en Suisse sont réputées équivalentes. "

C *Zivilrechtliche Praxis*
Pratique des tribunaux civils
Prassi dei tribunali civili

C 1 *Kantonale Gerichte*
Tribunaux cantonaux
Tribunali canonali

C 1 *1. Zulassung zu einer Messe (Zivilgericht*
Basel-Stadt)

Vorsorgliche Massnahmen, § 227 i.V.m. § 231 ZPO.

Mesures provisionnelles, § 227 en relation avec § 231 ZPO.

Misure cautelari, § 227 in relazione con § 231 ZPO.

Urteil des Zivilgerichtspräsidenten des Kantons Basel-Stadt vom
2. April 1998 in Sachen Galerie X / Schweizer Mustermesse in Basel.

In Erwägung, dass

1. die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 17.3.1998 beantragt, es sei der Gesuchsbeklagten mit einer vorsorglichen Verfügung zu befehlen, sie an der Kunstmesse ART 29'98 vom 10. bis 15.6.1998 als Ausstellerin zuzulassen, und es sei kurzfristig eine Parteiverhandlung anzuberaumen;
2. eine Verhandlung nach Leistung des verlangten Kostenvorschusses auf den 11.5.1998 anberaumt worden ist;
3. die Gesuchstellerin mit neuerlicher Eingabe vom 31.3.1998 rügt, der Verhandlungstermin sei nicht adäquat kurzfristig angesetzt und zu nahe bei dem Zeitpunkt, an welchem die ART stattfindet, und deshalb eine superprovisorische Verfügung verlangt;
4. diese Rüge berechtigt ist, weshalb der Termin abzusetzen ist, und dass über das Gesuch aufgrund der Aktenlage ohne zusätzliche Anhörung der Gesuchstellerin, welche ihr Begehren in der Eingabe vom 31.3.1998 zusätzlich und eingehend begründet hat, und ohne Anhörung der Gesuchsbeklagten sofort entschieden werden kann;
5. die Gesuchstellerin, welche in den Jahren 1993 bis 1995 an der ART zugelassen war, in den Jahren 1996 und 1997 wie auch neu 1998 nicht mehr zugelassen worden ist, nicht abstreitet, dass auch für die ART 29'98 wesentlich mehr InteressentInnen sich angemeldet

haben als berücksichtigt werden können, weshalb ein Auswahlverfahren unausweichlich ist;

6. die Gesuchstellerin rügt, sie habe einen nicht bzw. ungenügend begründeten Anlehnsentscheid erhalten, dass dieser aber nicht zulässig sei, weil die von der Gesuchsbeklagten durchgeführte Kunstmesse ART im Sinne des Kartellgesetzes marktbeherrschend sei, weshalb die Nichtzulassung als Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gegen das Kartellrecht verstosse,
7. die Gesuchstellerin unter Hinweis auf Praktiken in Deutschland die Auffassung vertritt, mangels sachlicher Kriterien müsste die Gesuchsbeklagte bei der Zulassung zur ART ein Rotations- oder ein Lossystem einführen, damit alle fachlich qualifizierten InteressentInnen gleiche Chancen hätten, wie es das Kartellrecht impliziere;
8. trotz dem unbestrittenen hohen Rang und Ansehen der ART in der ganzen Kunstwelt eine Marktbeherrschung durch diese Messe im Sinne des Kartellgesetzes eher nicht anzunehmen ist, ohne dass im Rahmen der Beurteilung des vorliegenden Begehrens vertiefte Betrachtungen zur Definition des in Frage kommenden Marktes in geographischer und sachlicher Hinsicht erforderlich sind,
9. selbst bei Annahme einer starken Marktstellung oder gar von Marktdominanz der ART die Gesuchsbeklagte wohl kaum gezwungen werden kann, für die Zulassung entweder ein Rotations- oder ein Lossystem einzuführen, wobei zudem darauf hinzuweisen ist, dass die Gesuchstellerin von 1993 bis 1995, also dreimal hintereinander an der ART teilnehmen konnte, weshalb nach ihren eigenen Kriterien eine dreimalige Zwangspause von 1995 bis 1998 wohl nicht willkürlich wäre;
10. die Gesuchstellerin nicht behauptet, sie werde von der Gesuchsbeklagten speziell, z.B. durch nicht zutreffende Ablehnungsgründe, diskriminiert;
11. aus den obengenannten Erwägungen ihr Anspruch auf Zulassung als höchst unsicher erscheint, weshalb er jedenfalls nicht mit vorsorglicher Verfügung vor Vorliegen eines rechtskräftigen Sachurteils erwirkt werden kann;
12. bei Abwägung der gegenläufigen Interessen beider Seiten die Gesuchstellerin auf den ordentlichen Prozessweg zu verweisen ist, auch wenn ein allfälliges Urteil zu ihren Gunsten erst zur Zulassung an der ART in einem späteren Zeitpunkt führen könnte;

13. gemäss diesem Ausgang des Verfahrens die Kosten endgültig zu verlegen sind und die Gesuchstellerin die ordentlichen Kosten zu übernehmen hat, während die ausserordentlichen Kosten wettgeschlagen werden, da von Seiten der Gesuchsbeklagten für das Gerichtsverfahren noch keine nennenswerten Kosten entstanden sein dürften;

hat der Zivilgerichtspräsident erkannt:

Das Begehren wird abgewiesen.

- ordentliche Kosten
- ausserordentliche Kosten.

C 2 **Bundesgericht**
Tribunal fédéral
Tribunale federale

C 2 **1. C. SA c. Neuchâtel**
Art. 31 BV; Handels und Gewerbefreiheit
Art. 31 Cst.; Liberté du commerce et de l'industrie
Art. 31 Cost.; Libertà di commercio e d'industria

Audience du 7 juillet 1997 / Liberté du commerce et de l'industrie. Droit de faire de la publicité. Compétence des cantons d'adopter des règles restreignant la publicité dans les professions libérales : Admissibilité d'une enseigne lumineuse signalant la présence d'une policlinique. Cst. 31

1. — Pour la réclame faite par des personnes exerçant une profession libérale (avocats, médecins etc...), les cantons peuvent poser des règles plus strictes que celles qui sont applicables généralement aux commerçants et industriels proprement dits.

2. — Les médecins doivent s'abstenir de toute publicité trompeuse, tapageuse et excessive; ils ne peuvent pas non plus user de moyens publicitaires pour vanter leurs mérites ou pour dénigrer leurs collègues ni comparer leurs prestations réciproques.

3. — Il est disproportionné d'interdire une enseigne lumineuse conforme aux usages qui sert à signaler l'emplacement d'une policlinique et qui est objectivement utile aux personnes qui cherchent à s'y rendre.

Faits (résumé):

La société anonyme C. SA a fait installer une enseigne lumineuse, portant sa raison sociale, sur une façade de l'immeuble où elle exploite une policlinique à Neuchâtel.

Par décision du 12 octobre 1995, le Département de la justice, de la santé et de la sécurité du canton de Neuchâtel a ordonné à la société d'enlever cette enseigne lumineuse.

Statuant le 7 octobre 1996, le Tribunal administratif cantonal a confirmé cette décision.

La société C. SA a déposé un recours de droit public.

Droit:

3. — a) La liberté du commerce et de l'industrie, garantie par l'art. 31 Cst., s'étend à toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 119 la 378 consid. 4b p. 381); elle s'applique en particulier à l'activité du médecin qui exerce une profession libérale (ATF 118 la 175 consid. 1; 111 la 184 consid. 2 et la jurisprudence citée). Elle comprend le droit de faire de la publicité (ATF 118 lb 356 consid. 4c p. 362/363; 104 la 473 consid. 2; 96 I 699 consid. 2 et les arrêts cités. Voir également *René Rhinow*, Commentaire de la Constitution fédérale, n. 84 ad art. 31; *Peter V. Saladin*, Das Recht auf Werbung und seine öffentlich-rechtlichen Schranken, thèse Berne 1969, p. 97). La liberté du commerce et de l'industrie, tout comme le droit de faire de la publicité qui en découle n'est toutefois pas absolue (*Saladin*, op. cit., p. 98). Elle n'est garantie que sous réserve de la législation fédérale selon l'art. 31 al. 1 Cst. En vertu de l'art. 31 al. 2 Cst., les cantons peuvent aussi restreindre la liberté du commerce et de l'industrie, en adoptant notamment des mesures de police justifiées par un intérêt public pertinent; ces mesures de police doivent tendre à sauvegarder la tranquillité, la sécurité, la santé ou la moralité publique, à préserver d'un danger ou à l'écarter, ou encore à prévenir les atteintes à la bonne foi en affaires par des procédés déloyaux et propres à tromper le public (ATF 118 la 175 consid. 1 et la jurisprudence citée). Sont en revanche prohibées les mesures qui ont pour but d'entraver la libre concurrence, d'avantager certaines entreprises ou certaines formes d'entreprises, et qui tendent à diriger la vie économique selon un plan déterminé (ATF 121 I 129 consid. 3b; 120 la 67 consid. 2a p. 70, 126 consid. 4a). Les restrictions cantonales doivent notamment reposer sur une base légale, être justifiées par un intérêt public prépondérant et, selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis (ATF 122 I 130 consid. 3a p. 133; 121 I 129 consid. 3b et les arrêts cités).

Le Tribunal fédéral examine librement si les principes d'intérêt public et de la proportionnalité sont respectés par l'arrêté ou la décision attaqués (ATF 120 la 67 consid. 3b; 118 la 175 consid. 3a). En revanche, s'agissant de la question de la base légale, il examine le droit cantonal sous l'angle restreint de l'arbitraire, lorsque l'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie n'est pas, comme on vient de le voir, particulièrement grave (ATF 121 I 326 consid. 2b).

b) Contrairement à ce que soutient la recourante, l'ordre d'enlever l'enseigne lumineuse incriminée repose manifestement sur une base légale suffisante. En effet, l'art. 65 al. 1 de la loi de santé dispose clairement que la publicité est en principe interdite aux personnes qui exercent une profession de la santé. On peut relever que l'art. 20 aL-PEM en relation avec l'art. 7 de l'arrêté du 9 juin 1961 concernant la réclame pouvaient également servir de fondement légal à la restriction litigieuse jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi de santé, soit le 1er janvier 1996.

c) La recourante prétend en outre que la mesure contestée ne répondrait pas à un intérêt public suffisant. A tort, car il existe un intérêt public prépondérant à limiter la réclame faite par des personnes exerçant des professions médicales ou paramédicales. Une réclame tapageuse ou excessive risquerait en effet de se traduire dans le public par une diminution de la confiance envers les personnes jugées aptes à exercer l'art de guérir et donc par un recours plus fréquent du public à des personnes non autorisées et incapables (cf. ATF 54 I 94 consid. 4 p. 96 concernant un médecin qui exerce, au surplus, une profession libérale; *Saladin*, op. cit., p. 228; *Christof Bernhart*, Die Werbebeschränkungen für wissenschaftliche Berufsarten als Problem der Grundrechte, thèse Berne 1994, p. 115). Pareille réclame pourrait également inciter le public à «consommer» davantage de soins médicaux sans que cela soit justifié par des motifs d'ordre thérapeutique.

4. — Il convient ensuite d'examiner si l'ordre de faire disparaître l'enseigne lumineuse constitue une atteinte disproportionnée à la liberté du commerce et de l'industrie, comme le soutient la recourante.

a) Comme on l'a vu plus haut (consid. 3a), le droit de faire de la publicité, qui découle de la liberté du commerce et de l'industrie, n'est pas absolu. S'agissant plus particulièrement de la réclame faite par des personnes qui exercent une profession libérale (avocats, médecins, etc...), les cantons sont en droit de poser des règles plus strictes que celles qui sont applicables généralement aux commerçants et aux industriels proprement dits. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux avocats, ceux-ci sont tenus d'avoir une attitude digne et correcte dans leurs rapports avec leurs clients et le public en général. Ils ne doivent pas user de moyens de publicité de nature à jeter le dis-

crédit sur leur profession. Il est dès lors loisible aux cantons de leur interdire une publicité qui serait tapageuse, importune, mercantile ou trompeuse. Les mesures adoptées ne sauraient cependant aboutir en fait à une interdiction absolue de faire une réclame compatible avec la dignité professionnelle et l'ordre public et se rapportant, par exemple, à l'ouverture d'une étude. Pour délimiter ce qui est licite de ce qui ne l'est pas, il y a lieu de tenir compte des habitudes et des opinions généralement admises dans la profession et le canton (ATF 87 I 262 consid. 2 p. 265 ss; 96 I 34 ss. Voir aussi ATF 54 I 94 ss concernant un médecin et ATF 104 la 473 ss relatif à un architecte). Dans un arrêt rendu récemment à propos d'un avocat zurichois (ATF 123 I 12 consid. 2c/aa p. 16 s.), le Tribunal fédéral a confirmé en principe sa jurisprudence antérieure, se réservant d'examiner le moment venu les adaptations qui pourraient être nécessaires au vu des circonstances actuelles. Il a précisé que si la publicité purement commerciale pouvait être exclue afin de prévenir les atteintes à la bonne foi en affaires, à la dignité professionnelle et à l'indépendance des avocats, la publicité faite avec retenue comportant des informations objectives répondant à un besoin du public ne pouvait pas par principe être interdite. Cependant, il n'est pas toujours aisé de tracer la limite entre la réclame commerciale inadmissible et la publicité à caractère informatif autorisée, d'autant que durant ces dernières années les conceptions à ce sujet ont évolué (cf. *Dominique Dreyer*, L'avocat dans la société actuelle, RDS 1996 II 460 ss; *Michael Pfeifer*, Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft, RDS 1996 II 343 ss). Quoi qu'il en soit, toute publicité tapageuse ou éveillant de fausses attentes dans le public doit être interdite; la publicité doit contenir essentiellement des informations objectives. L'avocat doit en outre s'abstenir de se mettre en avant vis-à-vis de ses confrères en usant de méthodes publicitaires à caractère sensationnel.

b) L'autorité intimée s'est notamment inspirée de cette jurisprudence stricte pour justifier l'ordre d'enlever l'enseigne lumineuse; selon elle, la publicité serait le fait des médecins qui agissent par l'intermédiaire de la société recourante, si bien que celle-ci doit être soumise aux principes jurisprudentiels rappelés ci-dessus. Or, la recourante fait remarquer qu'il ne s'agit pas ici à proprement parler de réclame faite par un médecin indépendant ou par un cabinet médical privé regroupant plusieurs médecins indépendants, mais par une société exploitant une policlinique sous la forme d'une entreprise commerciale. On peut certes se demander si la jurisprudence précitée relative aux professions libérales peut s'appliquer telle quelle au cas d'espèce. Point n'est cependant besoin de trancher cette question, dès lors que, comme on le verra plus bas, le recours doit être admis, quand bien même on appliquerait cette jurisprudence qui, en matière de publicité, est plus rigoureuse pour les personnes exerçant une profession libérale que pour les commerçants proprement dits.

Ainsi, la recourante ne saurait faire de publicité à caractère purement commercial, allant au-delà de messages contenant des informations objectives et utiles au public (cf. *Bernhardt*, op. cit., p. 201/202). A l'instar des autres personnes exerçant une profession libérale, les médecins travaillant dans la société recourante doivent évidemment s'abstenir de toute publicité trompeuse, tapageuse et excessive; ils ne peuvent pas non plus user de moyens publicitaires pour vanter leurs mérites ou pour dénigrer leurs collègues ni comparer leurs prestations réciproques. Compte tenu notamment de la tendance actuelle à un certain assouplissement des règles concernant la publicité applicables aux professions libérales (cf. notamment *Bernhart*, op. cit., p. 214; *Hans Ott*, in Handbuch des Arztrechts, édité par Heinrich Honsell, Zurich 1994, p. 232 ss; L'état de la concurrence dans l'activité médicale indépendante, in Publications de la Commission suisse des cartels 20/1985, p. 387. A propos des avocats: *Dreyer*, op. cit., ibidem et *Pfeifer*, op. cit., ibidem), on doit cependant admettre que l'enseigne litigieuse n'apparaît pas comme incompatible avec la dignité professionnelle, ni comme contraire au but d'intérêt public général visé. En effet, l'enseigne lumineuse incriminée ne constitue pas une publicité à caractère exclusivement commercial, mais comporte aussi des informations objectives répondant à un besoin du public: cette enseigne, qui sert à signaler l'emplacement de la polyclinique, est objectivement utile aux personnes qui cherchent à se rendre dans la polyclinique. Quoi qu'il en soit, l'enseigne lumineuse en question ne saurait être qualifiée de tapageuse; les autorités cantonales ne prétendent en tout cas pas qu'elle serait par trop voyante ou que sa forme ou l'intensité de sa luminosité seraient excessives. Il est en outre généralement considéré comme conforme aux usages que les cliniques et polycliniques privées soient signalées par des enseignes lumineuses, ce qui n'est pas le cas des cabinets médicaux. Compte tenu de l'ensemble des circonstances particulières du cas concret et plus spécialement du type d'organisation de la société recourante (exploitation d'un établissement médical d'une certaine importance sous la forme commerciale), la mesure incriminée constitue une atteinte inadmissible à la liberté du commerce et de l'industrie. On ne voit en tout cas pas pour quel motif de police sanitaire prépondérant, le canton de Neuchâtel pourrait a priori refuser à la recourante l'autorisation d'installer toute enseigne lumineuse.

En conséquence, la décision attaquée qui se fonde sur l'art. 65 al. 1 de la loi de santé doit être annulée; en effet, l'interdiction de principe faite à la recourante de poser toute enseigne lumineuse viole le principe de la proportionnalité en tant que l'ordre de faire disparaître l'enseigne litigieuse ne représente pas une mesure nécessaire pour atteindre les buts d'intérêt public visés.

D *Entwicklungen*
 Développements
 Sviluppi

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

D 1 1. *Erlasse, Bekanntmachungen*
 Actes législatifs, Communications
 Atti legislativi, Comunicazioni

D 1.2 1. *Bekanntmachung „Voraussetzungen für die
kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden
über die Verwendung von
Kalkulationshilfen“⁶*

Beschluss der Wettbewerbskommission vom 4. Mai 1998

Die Schweizerische Wettbewerbskommission hat
in Erwägung nachstehender Gründe:

- Gemäss Art. 6 KG kann die Wettbewerbskommission in allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschreiben, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 lit. a KG in der Regel als gerechtfertigt gelten. Dabei werden auch ausdrücklich Abreden über die Spezialisierung und Rationalisierung, einschliesslich diesbezügliche Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen, in Betracht gezogen (Art. 6 Abs. 1 lit. b KG).
- Die Wettbewerbskommission ist bereits mehrfach mit der Frage der kartellgesetzlichen Zulässigkeit des Gebrauchs von Kalkulationshilfen konfrontiert worden, welche von Wirtschaftsverbänden, anderen Branchenorganisationen und Dritten zur Verfügung gestellt werden.
- Im Wettbewerb stehende Unternehmen können ihre Preisbildung durch den Gebrauch von Kalkulationshilfen bewusst oder unbewusst aufeinander abstimmen.
- Des weiteren können Wirtschaftsverbände und Branchenorganisationen durch die Zurverfügungstellung von Kalkulationshilfen eine direkte oder indirekte Preisabrede zwischen ihren Mitgliedern vermitteln, fördern oder diesen eine solche gar aufzwingen.

⁶ Kommentar, s. S. 359, D 1.2 Ziffer 4

- Die Verwendung von Kalkulationshilfen, sei es mit oder ohne die Vermittlung von Wirtschaftsverbänden und Branchenorganisationen, kann somit einer Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG entsprechen. Unbedeutend ist, ob die Abrede über die Verwendung von Kalkulationshilfen verbindlichen oder unverbindlichen Charakter hat, weil sowohl rechtlich erzwingbare als auch nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie das aufeinander abgestimmte Verhalten als Abreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG gelten.
- In den Verbands- und Branchenkreisen besteht offensichtlich ein Bedürfnis nach klärenden Aussagen der Wettbewerbskommission zur kartellgesetzlichen Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen.
- Die Wettbewerbskommission kann in einer Bekanntmachung Aussagen über Regelfälle machen, d.h. über Fälle, die in Untersuchungen nach Artikel 27 KG regelmässig zum selben Resultat führen würden. Die vorliegende Bekanntmachung hat branchenübergreifenden Charakter und kommt in sämtlichen Wirtschaftssektoren zur Anwendung. Sie bezieht sich auf Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen und nicht auf die Kalkulationshilfen als solche. Ein konkreter Entscheid bezüglich eines Einzelfalles bleibt stets vorbehalten.
- Die vorliegende Bekanntmachung repräsentiert den Stand der heutigen Praxis im Bereich der Kalkulationshilfen. Mit fortschreitender Praxis kann die Bekanntmachung gegebenenfalls angepasst werden.

gestützt auf Artikel 6 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG)

die folgende allgemeine Bekanntmachung erlassen:

A. Geltungsbereich

Art. 1

Diese Bekanntmachung erfasst Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG von Unternehmen gleicher Marktstufe über die Verwendung von Kalkulationshilfen einschliesslich entsprechende Vermittlungstätigkeiten von Branchenverbänden oder Dritten, sofern diese Abreden den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen (Art. 5 Abs. 1 KG).

B. Begriff

Art. 2

Kalkulationshilfen sind standardisierte, in allgemeiner Form abgefasste Hinweise und rechnerische Grundlagen, welche den Anwendern erlauben, die Kosten von Produkten oder der Erbringung von Dienstleistungen im Hinblick auf die Preisbestimmung zu berechnen oder zu schätzen.

C. Regeln

Art. 3

Abreden (im Sinne von Art. 1) zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe über den Gebrauch von Kalkulationshilfen sowie entsprechende Vermittlungstätigkeiten von Branchenverbänden oder Dritten lassen sich aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel dann rechtfertigen, wenn:

- a) die Kalkulationshilfen inhaltlich auf Angaben und Formeln zur Kalkulation der Kosten oder Bestimmung der Preise beschränkt sind,
- b) die betreffenden Abreden den Austausch von Wissen und Fähigkeiten der Beteiligten im Bereich der Kostenrechnung und der Kalkulation bewirken,
- c) sie den Beteiligten die Freiheit zur Bestimmung von Leistungs- oder Lieferkonditionen und Abnehmerpreisen sowie zur Gewährung von Rabatten und anderen Preisabschlägen belassen und
- d) sie keinen Austausch von Informationen beinhalten, die Aufschluss über das effektive Verhalten von einzelnen Beteiligten in der Offertstellung beziehungsweise bezüglich der Bestimmung von Endpreisen und Konditionen geben können.

Art. 4

Abreden (im Sinne von Art. 1) über den Gebrauch von Kalkulationshilfen lassen sich aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel dann nicht rechtfertigen, wenn

- a) sie den Beteiligten pauschale Beträge oder pauschale Prozentsätze für Gemeinkostenzuschläge oder andere Kostenzuschläge zur Bestimmung der Selbstkosten vorgeben oder vorschlagen oder
- b) sie den Beteiligten Margen, Rabatte, andere Preisbestandteile oder Endpreise vorgeben oder vorschlagen oder
- c) sie den Beteiligten in anderer Form Aufschluss über das effektive Verhalten von einzelnen Beteiligten in der Offertstellung beziehungsweise bezüglich der Bestimmung von Endpreisen und Konditionen geben können.

D. Publikation dieser Bekanntmachung

Art. 5

Diese allgemeine Bekanntmachung wird im Bundesblatt veröffentlicht (Art. 6 Abs. 3 KG).

D 1.2 2. *Communication "conditions d'admissibilité, conformément à la Loi sur les cartels, d'accords sur l'utilisation de schémas de calcul"*⁷

Décision de la Commission de la concurrence du 4 mai 1998

La Commission de la concurrence considérant ce qui suit:

- Selon l'article 6 LCart, la Commission de la concurrence peut, par voie de communications, fixer les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'article 5 alinéa 2 lettre a LCart. Les accords de spécialisation et de rationalisation, y compris les accords y relatifs concernant l'utilisation de schémas de calcul, sont expressément mentionnés (article 6 alinéa 1 lettre b LCart).
- La Commission de la concurrence a été confrontée à plusieurs reprises à la question de l'admissibilité, conformément à la Loi sur les cartels, de l'utilisation de schémas de calcul élaborés par des associations économiques et professionnelles ainsi que des tiers.
- En utilisant des schémas de calcul, les entreprises concurrentes peuvent former leurs prix de manière consciemment ou inconsciemment concertée.
- Par ailleurs, les associations économiques ou les organisations d'une même branche peuvent, par la mise à disposition de schémas de calcul, négocier, encourager ou même imposer un accord sur les prix, direct ou indirect, entre leurs membres.
- L'utilisation de schémas de calcul peut ainsi correspondre à un accord au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart, que ce soit avec ou sans l'intervention d'associations économiques ou d'organisations d'une même branche. Le caractère obligatoire ou non de la convention sur l'utilisation de schémas de calcul n'est pas déterminante, puisque les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées valent comme accords selon l'article 4 alinéa 1 LCart.
- Les milieux intéressés ont exprimé un intérêt manifeste pour une clarification par la Commission de la concurrence de l'admissibilité,

⁷ Commentaire, voir. p. 359, D 1.2 chiffre 4

conformément à la Loi sur les cartels, des accords sur l'utilisation de schémas de calcul.

- La Commission de la concurrence peut faire par voie de communication uniquement des déclarations explicatives de principe, susceptibles de servir de fil conducteur lors d'enquêtes selon l'article 27 LCart. La présente communication a un caractère général et s'applique à tous les secteurs de l'économie. Elle concerne les accords sur l'utilisation de schémas de calcul et non sur les schémas de calcul en tant que tels. Une décision concrète relative à un cas particulier reste dès lors toujours réservée.
- La présente communication étant représentative de l'état actuel de la pratique dans le domaine des schémas de calcul, il n'est pas exclu qu'elle soit, au besoin, adaptée à l'évolution de la jurisprudence.

émet

selon l'article 6 de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart),

la présente communication:

A. Champ d'application

Article premier

La présente communication concerne les accords, au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart, passés entre entreprises d'un même échelon du marché, en vue de l'utilisation de schémas de calcul, y compris les interventions correspondantes des associations d'une même branche ou de tiers, pour autant que ces accords affectent de manière notable la concurrence (article 5 alinéa 1 LCart).

B. Définition

Art. 2

Les schémas de calcul sont des indications générales et des bases de calcul standardisées qui permettent aux utilisateurs de calculer ou d'évaluer les coûts de leurs produits ou de leurs services en vue de la détermination ou de l'évaluation de leurs prix de vente.

C. Règles

Art. 3

Les accords (au sens de l'article premier) entre entreprises d'un même échelon du marché sur l'utilisation de schémas de calcul, ainsi que les interventions correspondantes des associations d'une même branche ou de tiers peuvent être justifiés par des motifs d'efficacité économique lorsque,

- a) le contenu des schémas de calcul est limité aux données et formules servant à calculer les coûts ou à déterminer les prix,
- b) ces accords servent à échanger entre les parties des connaissances et des compétences en matière de calcul des coûts,
- c) ils laissent aux parties la liberté de déterminer les conditions des prestations ou de livraison et les prix d'achat, ainsi que d'accorder des rabais et autres réductions de prix et
- d) ils ne contiennent pas d'échanges d'informations qui puissent donner des renseignements sur le comportement effectif des parties à l'accord lors de l'établissement d'offres, respectivement lors de la détermination des prix finaux et des conditions.

Art. 4

Les accords (au sens de l'article premier) sur l'utilisation de schémas de calcul ne peuvent en règle générale pas être réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique lorsque

- a) ils imposent ou proposent aux parties, pour déterminer leurs propres coûts, des montants forfaitaires et des pourcentages forfaitaires concernant le décompte des frais généraux ou d'autres coûts supplémentaires,
- b) ils imposent ou proposent aux parties des marges, des rabais, d'autres éléments de prix ou des prix finaux, ou
- c) ils permettent de renseigner les parties à l'accord sur le comportement effectif de leurs concurrents, en particulier lors de l'établissement d'offres ainsi que de la détermination des prix finaux et des conditions.

D. Publication de la présente communication

Art. 5

La présente communication sera publiée dans la Feuille fédérale (art. 6 al. 3 LCart).

D 1.2 3. *Comunicazione "condizioni per l'ammissibilità, conformemente alla legge sui cartelli, d'accordi sull'utilizzazione di schemi di calcolo"*⁸

Decisione della Commissione della concorrenza del 4 maggio 1998

La Commissione della concorrenza considerando quanto segue:

- Giusta l'art. 6 LCart, la Commissione della concorrenza può descrivere, mediante comunicazioni, le esigenze in virtù delle quali gli accordi in materia di concorrenza vengono di norma considerati giustificati da motivi di efficienza economica ai sensi dell'art. 5 cpv. 2 let. a LCart. In particolare, vengono menzionati gli accordi di specializzazione e di razionalizzazione, ivi compresi gli accordi concernenti l'utilizzazione di schemi di calcolo (art. 6 cpv. 1 let. b LCart).
- La Commissione della concorrenza è stata confrontata più volte alla questione dell'ammissibilità, conformemente alla legge sui cartelli, dell'utilizzazione di schemi di calcolo elaborati da associazioni economiche e professionali come pure da terzi.
- Utilizzando schemi di calcolo, le imprese concorrenti possono fissare i loro prezzi in maniera consciamente o inconsciamente concordata.
- Peraltro, le associazioni economiche o le organizzazioni del ramo possono, mediante la messa a disposizione di schemi di calcolo, negoziare, incoraggiare o pure imporre un accordo diretto o indiretto sui prezzi fra i loro membri.
- Con o senza l'intervento delle associazioni economiche o delle organizzazioni del ramo, l'utilizzazione di schemi di calcolo può dunque corrispondere ad un accordo ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 LCart. Il carattere obbligatorio o meno della convenzione sull'utilizzazione di schemi di calcolo non è determinante, dato che le convenzioni con o senza forza obbligatoria, nonché le pratiche concordate valgono quali accordi giusta l'art. 4 cpv. 1 LCart.
- Gli ambienti interessati hanno mostrato un interesse evidente per una chiarificazione da parte della Commissione della concorrenza in merito all'ammissibilità, conformemente alla legge sui cartelli, degli accordi sull'utilizzazione di schemi di calcolo.

⁸ Kommentar, v. p. 359, D 1.2 cpv 4

- La Commissione della concorrenza può fare, mediante comunicazioni, unicamente dichiarazioni chiarificatrici in linea di principio, suscettibili di servire da filo conduttore nell'ambito di inchieste giusta l'art. 27 LCart. La presente comunicazione è di carattere generale e si applica a tutti i settori dell'economia. Concerne gli accordi sull'utilizzazione di schemi di calcolo e non gli schemi di calcolo in quanto tali. Una decisione concreta relativa ad un caso particolare è sempre riservata.
- Essendo la presente comunicazione rappresentativa dello stato attuale della prassi nell'ambito degli schemi di calcolo, non è escluso che essa sia, se necessario, adattata all'evoluzione della giurisprudenza.

emette

giusta l'art. 6 della Legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (LCart),

la presente comunicazione:

A. Campo d'applicazione

Art. 1

La presente comunicazione si riferisce agli accordi, ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 LCart, conclusi fra imprese di livello economico identico al fine di utilizzare schemi di calcolo, ivi inclusi gli interventi corrispondenti da parte delle associazioni del ramo o da parte di terzi, per quanto questi accordi intralcino notevolmente la concorrenza (art. 5 cpv. 1 LCart).

B. Definizione

Art. 2

Gli schemi di calcolo sono delle indicazioni generali e delle basi di calcolo standardizzate che permettono agli utilizzatori di calcolare o di valutare i costi dei loro prodotti o prestazioni di servizio in vista della determinazione o della valutazione dei loro prezzi de vendita.

C. Norme

Art. 3

Gli accordi (ai sensi dell'art. 1) fra imprese di livello economico identico sull'utilizzazione di schemi di calcolo, come pure gli interventi corrispondenti da parte delle associazioni del ramo o da parte di terzi possono essere giustificati da motivi di efficienza economica, se

- a) il contenuto degli schemi di calcolo si limita ai dati e alle formule necessari al calcolo dei costi o alla determinazione dei prezzi,
- b) questi accordi servono a scambiare fra le parti conoscenze e competenze in materia di calcolo dei costi,

- c) lasciano alle parti la libertà di stabilire le condizioni delle prestazioni o di fornitura e i prezzi d'acquisto, come pure la concessione di ribassi e altre riduzioni di prezzo e
- d) non contengono alcun scambio d'informazioni che possa dare indicazioni sul comportamento effettivo delle parti al momento della determinazione dell'offerta, rispettivamente dei prezzi finali e delle condizioni.

Art. 4

Gli accordi (ai sensi dell'art. 1) sull'utilizzazione di schemi di calcolo non possono di norma essere considerati giustificati da motivi di efficienza economica se

- a) impongono o propongono alle parti, per stabilire i loro costi, degli importi forfettari e delle percentuali forfettarie concernenti il conteggio delle spese generali o d'altri costi supplementari,
- b) impongono o propongono alle parti dei margini, dei ribassi, altri elementi di prezzo o i prezzi finali; o
- c) forniscono indicazioni alle parti all'accordo sul comportamento effettivo dei loro concorrenti, in particolare al momento della determinazione dell'offerta, rispettivamente dei prezzi finali e delle condizioni.

D. Pubblicazione della comunicazione

Art. 5

La presente comunicazione verrà pubblicata nel Foglio Federale (art. 6 cpv. 3 LCart).

D 1.2 4. *Kommentar des Sekretariats zur Bekanntmachung „Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen“*

A *Zum Geltungsbereich:*

1. Die Wettbewerbskommission umschreibt in vorliegender Bekanntmachung die Voraussetzungen, unter denen Kalkulationshilfen, soweit sie Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG verkörpern und den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen, aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt und somit in der Regel kartellgesetzlich zulässig sind.

2. Zu präzisieren ist, dass sich die Bekanntmachung in erster Linie auf Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen von Unternehmen gleicher Marktstufe (Horizontalabreden) sowie auf entspre-

chende Vermittlungstätigkeiten von Branchenverbänden oder Dritten bezieht. Allerdings müssten die Regeln der Bekanntmachung sinngemäss auch dann Anwendung finden, wenn Abreden zwischen Unternehmen unterschiedlicher Marktstufe (Vertikalabreden) oder entsprechende Vermittlungstätigkeiten von Branchenverbänden oder Dritten eine vergleichbare horizontale Wirkung entfalten sollten.

B Zu den einzelnen Regeln der Bekanntmachung:

1. Zu Art. 3 lit. a:

Aus dieser Regel geht hervor, dass nicht nur Abreden über methodische Hilfen von der Bekanntmachung erfasst werden, sondern auch Angaben über die eigentliche Kalkulation.

2. Zu Art. 3 lit. b:

Mit dieser Regel wird zum Ausdruck gebracht, dass die Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG zur Hauptsache im Austausch von Wissen und methodischen Fähigkeiten bestehen. Dieser Wissenstransfer darf aber keinesfalls Informationen zum Gegenstand haben, welche Aufschluss über das effektive Verhalten der an der Abrede beteiligten Konkurrenten geben könnte.

3. Zu Art. 3 lit. c:

Mit dieser Regel soll verhindert werden, dass der Anwender in seiner Preisgestaltungsfreiheit eingeschränkt und einem Verbandsdiktat unterworfen wird. Andererseits darf aber nicht verkannt werden, dass selbst unverbindliche Empfehlungen von Branchenverbänden - welche Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellen - eine direkte oder indirekte Preisfestsetzung gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG bewirken können. Massgebend in diesem Zusammenhang ist, ob die Empfehlungen befolgt werden.

4. Zu Art. 3 lit. d:

Die Abrede über den Austausch von individualisierbaren Informationen, die Aufschluss über die effektive Offertstellung von Konkurrenten, insbesondere bezüglich Endpreis und Konditionen, geben können, ist aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nicht zu rechtfertigen und wird somit in der Regel als unzulässig beurteilt.

5. Zu Art. 4 lit. a:

Verbindliche oder unverbindliche Vorgaben im Sinne von Art. 4 lit. a der Bekanntmachung stellen eine Wettbewerbsbeschränkung dar, die sich in der Regel nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt. Die Angabe von funktionellen Kostenzusammenhängen, welche auf die Produktionsstruktur der einzelnen Unter-

nehmungen Bezug nehmen, sind hingegen durch Art. 4 lit. a der Bekanntmachung nicht erfasst und somit in der Regel zulässig.

6. Zu Art. 4 lit. b:

Verbindliche oder unverbindliche Vorgaben im Sinne von Art. 4 lit. b der Bekanntmachung stellen eine nicht zu rechtfertigende Wettbewerbsbeschränkung dar, die sich in der Regel nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen und somit in der Regel unzulässig sind.

7. Zu Art. 4 lit. c:

Diese Regel dient als "Auffangklausel", unter welche alle übrigen Preisbestimmungsabreden subsumiert werden können.

D 2

Bibliographie

Publications/Bibliographie

Bibliografia

BALDI MARINO/BORER JÜRIG, Das neue schweizerische Kartellgesetz – Bestimmungen über Wettbewerbsabreden und marktbeherrschende Unternehmen, WuW 1998/4, 343 ff.

BRECHBÜHL BEAT, Wettbewerbsrecht im High-Tech-Zeitalter – Problematische Beurteilung innovationshemmenden Verhaltens, NZZ vom 13.6.1998

DROLSHAMMER JENS, Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht/Le point sur le droit de la concurrence et des cartels, SJZ 94(1998), 232 ff.

DUCREY PATRIK, Vorsorgliche Massnahmen im Kartellverwaltungsrecht, sic! 3/1998, 281 ff.

HOFFET FRANZ, Wann sind Wettbewerbsabsprachen nichtig? Anhaltende Unsicherheit über die Verbindlichkeit zahlreicher Verträge, NZZ vom 27./28.6.1998, 29

HOFFET FRANZ, Sammelrevers für Musiknoten – Anmerkungen zum Entscheid der Wettbewerbskommission vom 1. September 1997, sic! 2/1998, 224 ff.

RIEDER PIERRE, Wettbewerbsrecht und Telekommunikation, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Neues Fernmelderecht – Erste Orientierung, Zürich 1998, 157 ff.

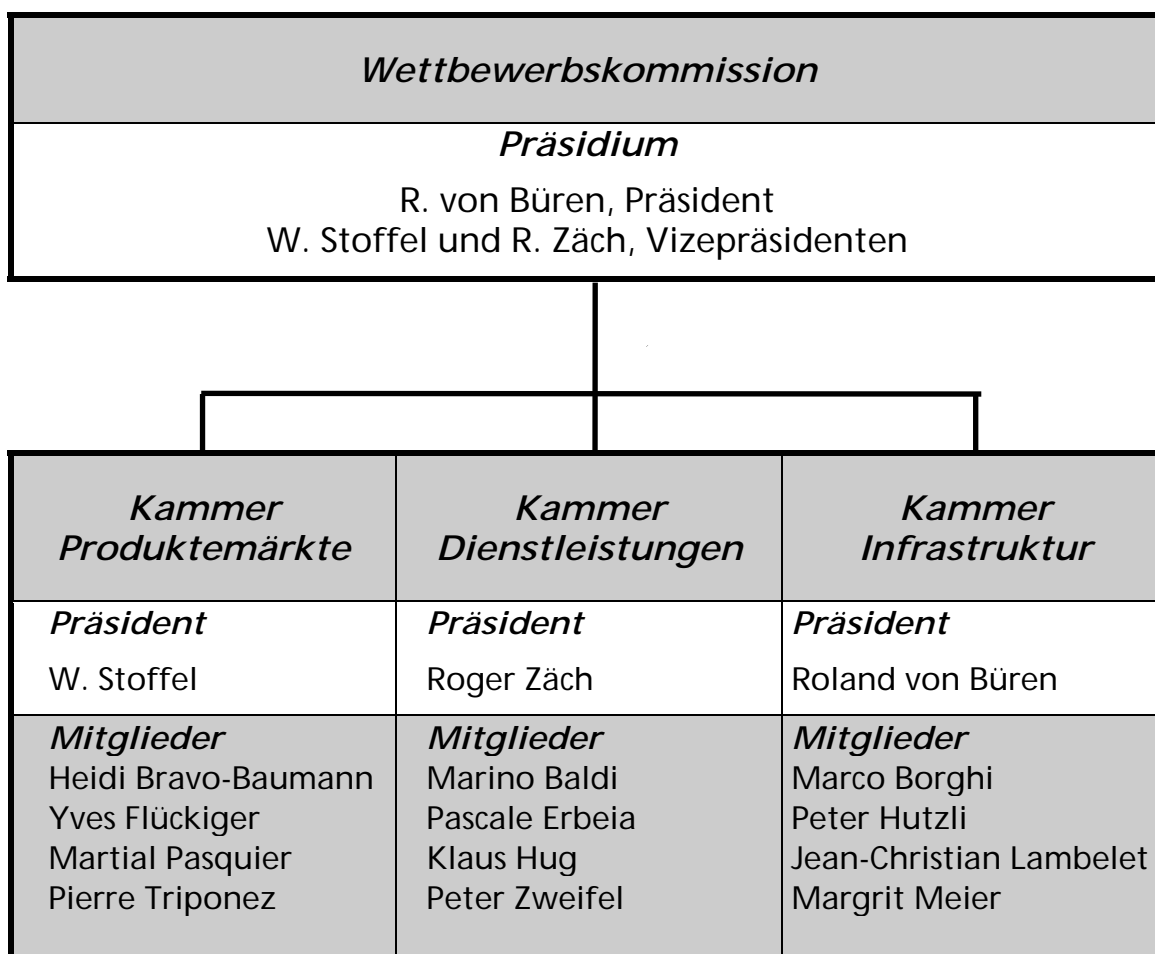
PHILIPP ZURKINDEN, Rechtsprobleme der internationalen Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Kommission und Wettbewerbsbehörden in Drittstaaten", in: Vorträge, Reden und Berichte des Europa-Instituts des Saarlandes, 1997, Heft Nr. 372.

E ***Diverses***
Divers
Diversi

E 1 ***Organigramm***
 Organigramme
 Organigramma

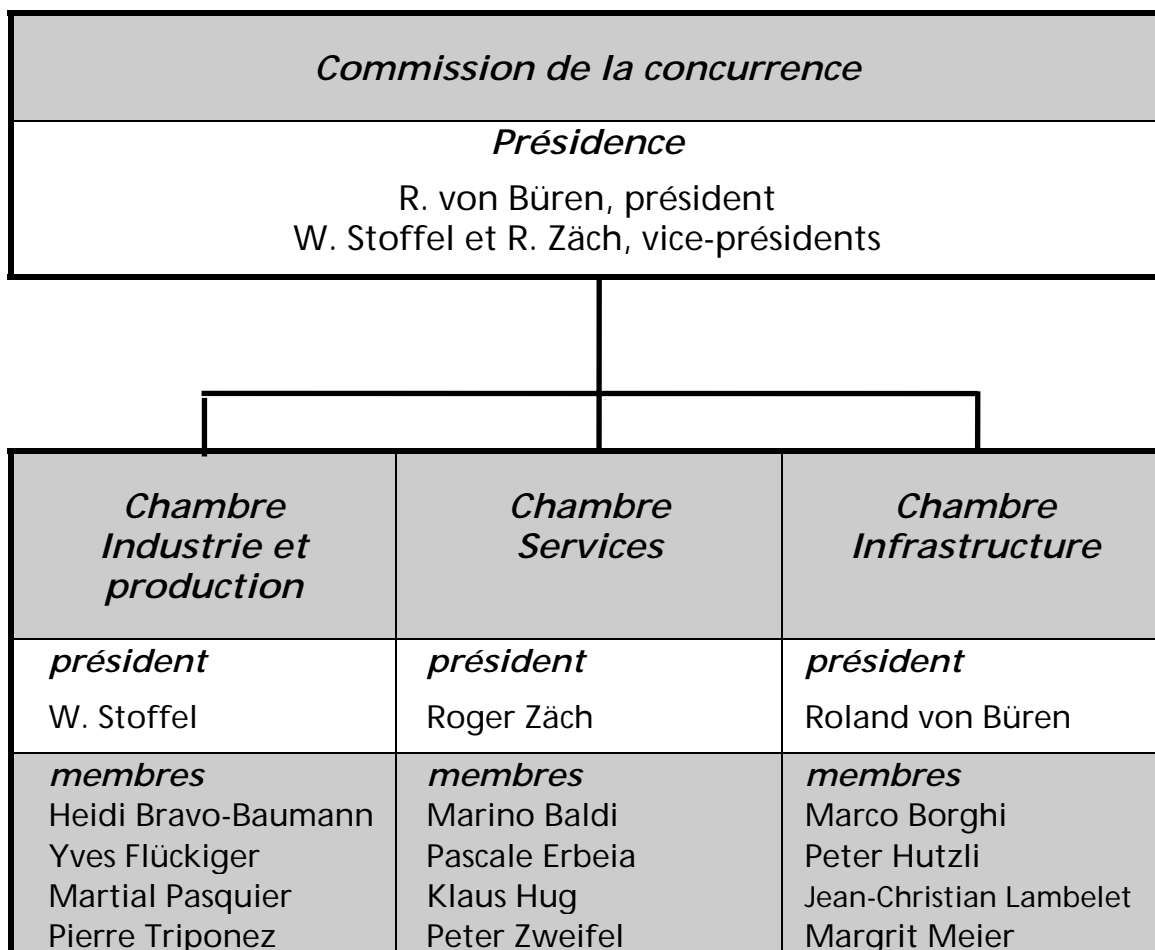
E 1 ***1. Organigramm der Wettbewerbskommission***

(Stand: 1.7.1998)



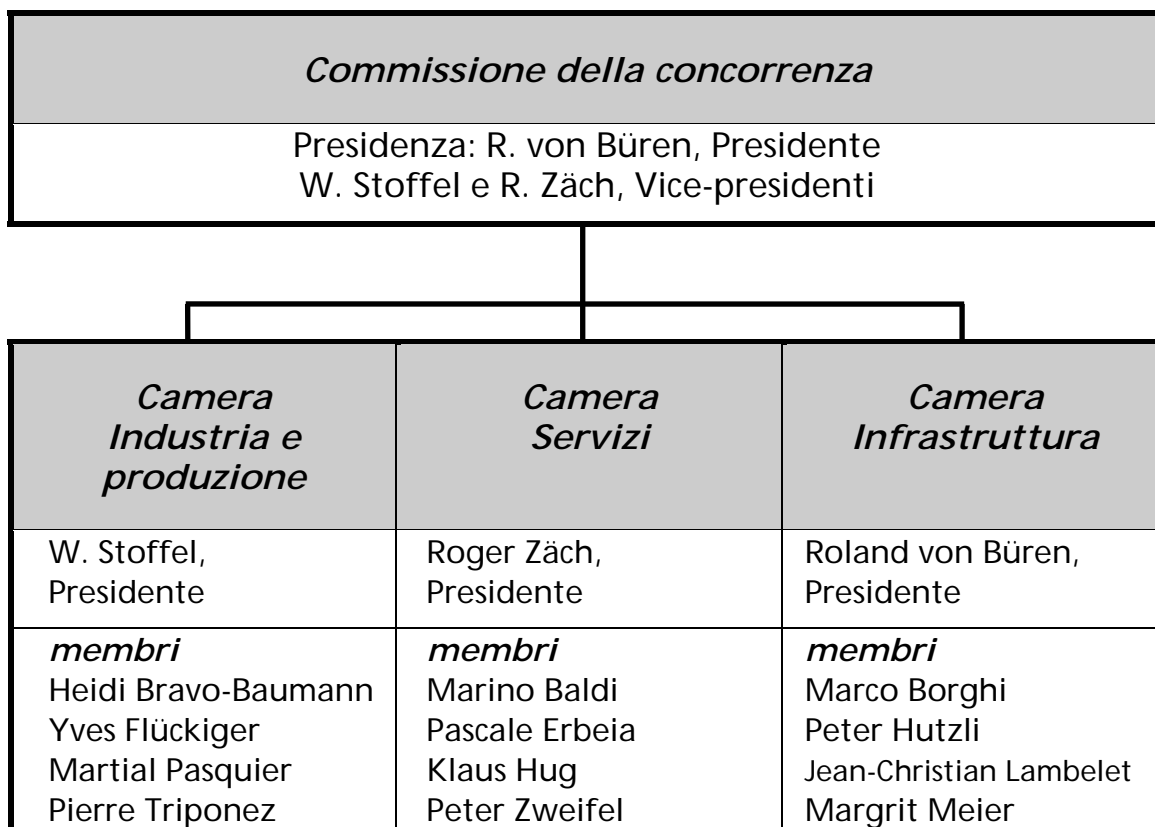
E 1 2. *Organigramme de la Commission de la concurrence*

(Etat: 1er juillet 1998)



E 1 3. *Organigramma della Commissione della concorrenza*

(Stato: primo luglio.1998)



Abkürzungsverzeichnis**Registre des abréviations****Indice delle abbreviazioni****A**

AF	Arrêté fédéral
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl.Bull.	Amtliches Bulletin
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA	Bundesamt
BB	Bundesbeschluss
BBI	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGBM	BG über den Binnenmarkt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BoeB	BG über das öffentliche Beschaffungswesen
BR	Bundesrat
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV	Bundesverfassung
BZP	BG über den Bundeszivilprozess

C

CC	Code civil
CE	Communauté Européenne
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
CHF	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
CO	Code des obligations
Cost.	Costituzione federale
CPC	Code (cantonal) de procédure civile
CPS	Code pénal suisse
cst.	Constitution fédérale

D

DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG	Direction Générale (UE)

E

EU	Europäische Union
----	-------------------

F

FF	Feuille fédérale
FMG	Fernmeldegesetz

G

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU	Gemeinschaftsunternehmen

H

HGer	Handelsgericht
HMG	Heilmittelgesetz

I

IPRG	BG über das internationale Privatrecht
IVöB	Interkant. Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux

K

KG	Kartellgesetz
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KSG	Konkordat über die Schiedgerichtsbarkeit
KVG	BG über die Krankenversicherung

L

LAA	LF sur l'assurance-accidents
LAMal	LF sur l'assurance-maladie
LCA	LF sur le contrat d'assurance
LCart	LF sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	LF contre la concurrence déloyale
LCsl	LF contro la concorrenza sleale
LDA	LF sur le droit d'auteur
LDIP	LF sur le droit international privé
LETC	LF sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale / Legge federale
LL	LF sul lavoro

LMG	BG über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände	RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)
LMI	LF sur le marché intérieur	RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)
LMP	LF sur les marchés publics	RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)
LOTC	LF sugli ostacoli tecnici al commercio	RR	Regierungsrat
LPM	LF sur la protection des marques	RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)
LRFp	LF sur la responsabilité du fait des produits	RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
LSPr	LF sulla sorveglianza dei prezzi	RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)
M		RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)
N			
O		S	
O	Ordonnance	SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique	SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs
OCSE	Organizzazione per la coopera- zione e lo sviluppo economico	SHAB	Schweizerisches Handels- amtsblatt
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SJ	La semaine judiciaire
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OGer	Obergericht	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OJ	LF sur l'organisation judiciaire	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OMC	Organisation mondiale du commerce	StR	Ständerat
OMP	O sur les marchés publics	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OR	Obligationenrecht	T	
OTVA	O concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TA	Tribunal administratif
P		TApp	Tribunale d'Appello
PA	LF sur la procédure administrative	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
PCF	LF sur la procédure civile fédérale	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	THG	BG über technische Handelshemmnisse
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	U	
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UE	Union Européenne
PüG	Preisüberwachungsgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Q		URG	BG über das Urheberrecht
R		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	V	
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammen- schlüssen
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria		

VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
<i>W</i>		ZPO	Zivilprozessordnung
WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb	<i>X</i>	
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)	<i>Y</i>	
		<i>Z</i>	

Index**A**

abgestimmtes Verhalten 244
 Abrede 192f, 196, 243f, 351ff, 359f
 accordi 357ff
 accordo diretto o indiretto sui prezzi 357
 accords 185f, 203, 205, 208, 331, 354ff
 aktuelle Konkurrenz 217, 294, 301
 aktuelle Wettbewerber 219, 239, 242f
 aktuelle und potentielle Konkurrenten 231
 Angebotssubstituierbarkeit 219f
 associations économiques et professionnelles 354
 associazioni economiche o le organizzazioni del ramo
 357
 Aufgreifkriterien 217
 Auflagen 216, 243, 273f, 281, 310, 313f, 317f
 Aussenseiter 196
 austauschbar 219, 221ff, 230, 282, 305

B

barrières à l'entrée 188f
 barrières légales 188
 Beseitigung wirksamen Wettbewerbs 192, 295, 312
 betroffener Markt 254, 269
 Branchenorganisationen 351

C

clauses de réciprocité 331, 339f
 communication 355f
 concurrence actuelle 189
 convention tarifaire 207

D

d'efficacité économique 354, 356
 Diskriminierungen 200

E

efficienza economica 357, 358f
 enge Abgrenzung 288, 291
 erhebliche Wettbewerbsbeschränkung 196

F

Festsetzung von Preisen 192, 198
 funktionale Substituierbarkeit 287

funktionellen Austauschbarkeit 284

G

Gemeinschaftsunternehmen 252f

I

indirekte Preisabrede 351

K

kollektiven Marktbeherrschung 231, 233, 236f, 240,
 242, 243, 245f, 309f, 312ff
 Kollusion 243ff
 Konkurrenzverbot 254
 Kreuzpreiselastizität 287

L

libre accès au marché 330, 334, 337

M

marché de référence 186
 marché géographique 186f
 marchés publics 329ff
 Marktabgrenzung 219, 221, 223f, 227, 239, 256ff,
 275, 276, 278, 283f, 289ff, 296, 305
 Marktanteile 217, 227ff, 233ff, 237, 239ff, 250ff,
 259, 262ff, 266, 271, 283f 292ff, 301, 310, 313
 Marktanteilsaddition 218, 271
 Marktanteilsberechnung 227, 304
 marktbeherrschende Stellung 218, 221, 224f, 231,
 233, 236f, 242f, 345f, 249, 251, 254, 262, 265,
 268, 277, 289, 293, 295, 305, 309f, 313f, 317
 Marktbeherrschung 231, 236, 242f, 309f, 345
 Marktgegenseite 191, 193f, 218f, 222, 224, 229, 231,
 232f, 236f, 242f, 246, 250, 254ff, 264ff, 270, 272,
 282f, 285f, 290, 307, 309, 312
 Marktöffnung 262, 320,f
 Marktschranken 261, 263
 Marktstrukturen 243, 266, 271
 Marktzutritt 223, 232, 240, 261, 267f, 271, 277, 299,
 301, 303f, 31
 Marktzutrittsschranken 196, 236, 259, 266, 271, 290,
 305, 306f
 Meldepflicht 217, 249, 254, 269, 279f
 mesures provisionnelles 206ff

Missbrauch einer marktbeherrschender

Stellungen 322

missbräuchliches Verhalten 261

Monopolrente 321

Monopolstellung 250, 261

N

non-discrimination 330, 333, 337, 343

Ö

Öffnung der Märkte 278

offreurs 330ff, 336, 338ff, 343

P

Parallelverhalten 243f

position dominante 198, 274

potentielle Konkurrenz 195, 197f, 232, 236, 240,
267, 276, 289, 295, 309

Preiswettbewerb 327

principe de la proportionnalité 347, 350

Produktdifferenzierung 244f

R

Räumlich relevanter Markt 194, 224, 250, 257, 265,
270, 288

räumliche Marktabgrenzung 296

règlement tarifaire 204ff

relevanter Markt 193, 219, 224, 250, 258, 265, 267f,
273, 282, 285f, 288f, 296f, 310

S

Sachlich relevanter Markt 193, 265, 270

Sanierungsfusion 270

Sanktionierung 192, 251

Sanktionsandrohung 190

Schwellenwerte 249, 281

staatliche Markt- oder Preisordnung 191

Statuten 190, 192, 253, 301f

substituierbar 193, 218, 250, 254, 256, 265, 270,
282, 288

Substitutionsmöglichkeit 256

Substitutionsprodukt 285, 287f

suppression d'une concurrence efficace 205

T

tarif minimum 204

Tarife 190, 192f, 196, 198

tarifs recommandés 185

U

unabhängig 231, 236, 240, 242, 258, 267, 277, 290,
295, 309

unerheblich 196, 201, 289

Unternehmen 191f, 194f, 197f, 200f, 215f, 218, 222,
225ff, 229, 242, 248, 253f, 268, 270, 279, 285,
291, 316, 359, 361

unverhältnismässiger Eingriff 327

V

valeurs seuils 330, 332ff, 342

Verhältnismässigkeitsprinzips 273

Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung
256ff, 261, 278

Vertikalabreden 360

Verweigerung von Geschäftsbeziehungen 345

W

Werbebeschränkungen 326, 348

Wettbewerbsabreden 192, 198, 351, 359, 361

wirtschaftliche Effizienz 351, 353, 359, 360f

Wirtschaftsverbände 351