



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

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

© Copyright by:

© Copyright by:

Wettbewerbskommission
CH-3003 Bern
(Herausgeber)

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

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

Vertrieb:
BBL/EDMZ
CH-3003 Bern

Vente:
OFCL/EDMZ
CH-3003 Berne

Vendita:
UFCL/EDMZ
CH-3003 Berna

www.admin.ch/edmz

www.admin.ch/edmz

www.admin.ch/edmz

Preis Einzelnummer:
CHF 25.--

Prix au numéro:
CHF 25.--

Prezzo per esemplare:
CHF 25.--

Preis Jahresabonnement:
CHF 80.--

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

Prezzo dell'abbonamento:
CHF 80.--

(Form: 701.000.00/4)

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

2000 / 4

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.

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

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

**B Verwaltungsverfahrenliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa****B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission
Secrétariat de la Commission de la concurrence
Segreteria della Commissione della concorrenza****1. Vorabklärungen
Enquêtes préalables
Inchieste preliminari**

- | | |
|---|-----|
| 1. Watt/Migros - EBL | 561 |
| 2. Schweizerischer Filmverleih- und Kinomarkt | 571 |

**B 2 Wettbewerbskommission
Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza****2. Untersuchungen
Enquêtes
Inchieste**

- | | |
|-----------------------------|-----|
| 1. Markt für Strassenbeläge | 588 |
|-----------------------------|-----|

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

- | | |
|---|-----|
| 1. Vivendi S.A., Canal+ S.A. und The Seagram Company Ltd. | 636 |
| 2. Alcatel/Thomson Multimedia | 639 |
| 3. Bâloise Holding AG/Solothurner Bank SoBa AG | 643 |
| 4. Airbus | 645 |
| 5. Berner Tagblatt Medien AG/Schaer Thun AG [II] | 646 |
| 6. Banner.ch | 650 |
| 7. BertelsmannSpringer GmbH/EMAP Deutschland Gruppe | 653 |
| 8. Vivendi Environnement/Novartis International AG | 657 |
| 9. Thurgauer Medien AG | 662 |
| 10. Imprimerie et Librairies Saint-Paul SA/Editions et Imprimerie
Le Pays SA | 671 |
| 11. TeleDanmark (sunrise/diAx) | 673 |
-

6. Empfehlungen Recommandations Raccomandazioni	
1. Bezug von medizinischen Produkten (inklusive Medikamente) im Ausland	678
7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi	
1. Projet de règlement d'exécution de la loi sur la santé	685
B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza	
1. Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc.	690
2. BKW FMB Energie AG	701
3. Telekurs Holding AG, Europay (Switzerland) SA, Payserv AG/Erdöl-Vereinigung	703
4. Felix Service SA/Minolta (Schweiz) AG	716
D Entwicklungen Développements Sviluppi	
D 2 Bibliografie Bibliographie Bibliografia	739
E Diverses Divers Diversi	
1. OCDE Rapport annuel	740
Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	761
Index (deutsch, français e italiano)	764

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. Watt/Migros - EBL
--------------	-------------------------------

Vorabklärung gemäss Art. 26 ff. KG

Enquête préalable selon l'art. 26 ss. LCart

Inchiesta preliminari giusta l'art. 26 ss. LCart

Schlussbericht vom 24. Juli 2000 in Sachen Vorabklärung wegen angeblich unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG

A. Sachverhalt

1. Am 14. Februar 2000 haben die Watt Suisse AG (nachfolgend: Watt) und der Migros-Genossenschafts-Bund (nachfolgend: MGB) je eine Anzeige gegen die Elektra Baselland Liestal (nachfolgend: EBL) erstattet. Beanstandet wird die Weigerung der EBL, ab November 1999 Strom der Watt über ihr Netz zwecks Versorgung eines Unternehmens der MGB-Gruppe durchzuleiten. Bei dem zu versorgenden Unternehmen handelt es sich um eine Betriebsstätte der Mifa AG (nachfolgend: Mifa) in Frenkendorf (BL).

2. Die EBL ist ein vertikal integriertes Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU) mit Sitz in Liestal (BL). Sie betreut ein Versorgungsgebiet, welches den mittleren und oberen Teil des Kantons Baselland einschliesslich der Gemeinde Frenkendorf umfasst. Die EBL ist eine Genossenschaft gemäss den Bestimmungen von Artikel 828 ff. OR.

3. Watt hat ihren Sitz in Emmen. Sie ist ein Unternehmen der Gruppe Watt AG, Glarus, der auch das EVU Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG (nachfolgend: EGL) gehört. Watt präsentiert sich als die Vertriebsgesellschaft der Watt-Gruppe für den Schweizer Markt ausserhalb der Netzgebiete der Watt-Gruppengesellschaften.

4. Der MGB mit Sitz in Zürich ist ein Genossenschaftsverband im Sinne von Artikel 921 ff. OR. Er besteht aus zehn regionalen Migros-Genossenschaften.
5. Die Mifa ist ein Industrieunternehmen der Migros-Gruppe mit Sitz in Frenkendorf. Sie produziert unter anderem Wasch- und Spülmittel sowie Margarine und Fette. Ihr Stromjahresverbrauch beläuft sich auf [...] ¹ GWh (1998).
6. Die Mifa befindet sich im Versorgungsgebiet der EBL, bei der sie ihren gesamten Stromverbrauch bezieht.
7. Mit Schreiben vom 26. Juli 1999 kündigte die Mifa ihre Lieferbeziehung mit EBL per Ende Oktober 1999. Im gleichen Schreiben teilte sie EBL mit, ihr neuer Stromlieferant sei Watt und dieses Unternehmen würde mit ihr und allfälligen beteiligten Parteien Verhandlungen über die Stromdurchleitung aufnehmen.
8. Die neue Lieferbeziehung beruht auf einem "Multisite-Energie-Liefervertrag", welcher am 21. Juni 1999 abgeschlossen wurde. Als Vertragsparteien stehen sich auf der einen Seite Watt als Stromlieferantin und auf der anderen Seite eine Reihe von Unternehmen der Migros-Gruppe (insg. 26 Betriebsstätten einschliesslich der Mifa) als Strombezieher gegenüber. Gemäss Vertrag tritt die Liefer- und Abnahmepflicht erst ab dem Zeitpunkt der Gewährung der Durchleitung und Beendigung der Lieferbeziehungen zu den bisherigen Lieferanten ein. Watt wurde mit der Verhandlung der Durchleitung beauftragt.
9. Ab August 1999 hat die EGL im Namen der Watt mit der EBL über die Frage der Durchleitung verhandelt. So haben sich die Parteien zweimal getroffen (1. September und 9. November 1999). Bislang konnte jedoch keine Einigung erzielt werden. Zuletzt standen zwei Vorschläge zur Diskussion: (1) die Gewährung der Durchleitung von Strom der Watt durch das Netz der EBL, (2) [...] ².
10. Diese Vorschläge wurden in einem Fax der EGL an die EBL vom 17. September 1999 festgehalten. In Bezug auf das Durchleitungsentgelt unterbreitete die EGL darin einen bezifferten Vorschlag anhand der Berechnungsgrundlage der Energie Baden-Württemberg (EnBW) für das Jahr 1999.

¹ Geschäftsgeheimnis (weniger als 10 GWh)

² Geschäftsgeheimnis

11. Gemäss einem Telefax der EGL vom 10. November 1999, welches das Ergebnis der Verhandlungen vom 9. November 1999 festhält, hat die EBL beide Angebote der EGL abgelehnt. In Bezug auf die erste Lösung wird festgehalten, dass die EBL sich geweigert hätte, vor der Marktöffnung durchzuleiten. In Bezug auf die zweite Variante wurde die EBL ausdrücklich aufgefordert, einen Gegenvorschlag zu unterbreiten. Die EBL hat soweit ersichtlich keinen schriftlichen Gegenvorschlag gemacht. Sie hat hingegen verschiedene Bedingungen für die Gewährung einer Durchleitung gestellt, welche von der Watt nicht angenommen wurden.

12. Die Verhandlungen wurden in der Folge abgebrochen und bisher nicht wieder aufgenommen.

13. Aufgrund der Anzeigen vom 14. Februar 2000 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission am 7. März 2000 eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG gegen die EBL. Im Rahmen dieser Vorabklärung wurden Auskünfte sowohl bei der EBL wie auch bei der Watt und dem MGB eingeholt.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1.a Unternehmen

15. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten. Die EBL ist als solches Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.1.b Marktbeherrschendes Unternehmen

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

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

I. Relevante Märkte

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

19. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden

(Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU).

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

21. Die Verweigerung der Durchleitung betrifft zwei getrennte, jedoch eng miteinander verbundene Märkte, nämlich den Stromdurchleitungs- und den (nachgelagerten) Strombelieferungsmarkt.

a. Stromdurchleitungsmarkt

aa) Sachlicher Markt

22. Die in der Durchleitung liegende Leistung bezweckt in ihrem wirtschaftlichen Ergebnis eine Ortsveränderung hinsichtlich der Verfügbarkeit von Energie und ähnelt insofern wirtschaftlich einem Transport der betreffenden Energiemenge vom Einspeisungs- zum Entnahmestort.

23. Als Anbieter von Durchleitungsleistungen kommen Unternehmen in Frage, die über Einrichtungen verfügen, welche die Fortleitung elektrischer Energie ermöglichen. Auf der Nachfrageseite stehen sowohl Stromanbieter wie auch -nachfrager.

bb) Räumlicher Markt

24. Der räumliche Markt ist aufgrund der geographischen Ausdehnung der Anlagen des Netzbetreibers zu bestimmen. Für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung ist von einem Markt auszugehen, der nicht grösser als das Absatzgebiet der EBL ist.

b. Strombelieferungsmarkt

aa) Sachlicher Markt

25. Auf dem Strombelieferungsmarkt stehen sich die Stromversorger und die -nachfrager gegenüber. Die Annahme eines separaten Strommarktes hängt von der Substituierbarkeit des Produktes Strom mit anderen Energieträgern ab. Angesichts der Verwendungszwecke des durchzuleitenden Stroms kann hier mit hinreichender Wahrscheinlichkeit von einem separaten Markt für Strom ausgegangen werden.

bb) Räumlicher Markt

26. Die Märkte sind in der Schweiz gegenwärtig noch regional und decken sich weitgehend mit den Absatzgebieten der Stromverteiler. Für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung ist daher von einem Markt auszugehen, der nicht grösser als das Absatzgebiet der EBL ist.

II. Marktstellung

27. Aufgrund ihrer Kontrolle über die für die Fortleitung elektrischer Energie notwendigen Infrastrukturen kann die EBL als ein in ihrem Absatzgebiet marktbeherrschendes Unternehmen betrachtet werden.

B.1.2 Vorbehaltene Vorschriften

28. 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).

29. In Bezug auf Artikel 3 Absatz 1 KG macht die EBL die in Paragraph 12 des kantonalen Energiegesetzes von Baselland (EnG, SGS 490) vorgesehene Konzessionspflicht sowie den Konzessionsvertrag vom 15. Juni 1989 zwischen ihr und der Gemeinde Frenkendorf geltend.

30. Paragraph 12 Absatz 1 EnG sieht eine Konzessionspflicht für die Erstellung oder den Betrieb von Leitungen für die Verteilung von Energie vor, welche öffentlichen Grund beanspruchen (Abs. 1). Welchen Inhalt die Konzessionsverträge aufzuweisen haben, wird in Paragraph 12 Absatz 2 EnG festgelegt. Es handelt sich dabei insbesondere um die Umschreibung der Versorgungspflicht und des Rechts des Konzessionärs zur Energieverteilung. Gemäss Paragraph 12 Absatz 3 EnG bedürfen die Konzessionsverträge der Genehmigung des Regierungsrates.

31. Der Konzessionsvertrag sieht unter anderem Folgendes vor:

"1. Gegenstand der Konzession

Die Gemeinde [Frenkendorf] erteilt der EBL eine Konzession zur Erstellung und zum Betrieb von Leitungsnetzen für die Verteilung elektrischer Energie im Gemeindebann.

2. Inhalt der Konzession

¹Mit der Konzession verleiht die Gemeinde der EBL das Recht, die Allmend für die Erstellung und den Betrieb von Leitungsnetzen zur Verteilung elektrischer Energie an die Verbraucher mitzubenenutzen. Bau- und Aufgrabebewilligungen bleiben vorbehalten.

²Die Gemeinde kann in Fällen überwiegenden öffentlichen Interesses Dritten die Benützung der Allmend zur Energieverteilung ebenfalls erlauben.

³Änderungen am Leitungsnetz infolge Bauarbeiten der öffentlichen Hand werden von der EBL auf eigene Kosten ausgeführt".

32. Den von der EBL geltend gemachten Bestimmungen ist nirgends zu entnehmen, dass ihr ein Rechtsmonopol für die Stromversorgung der in ihrem Absatzgebiet ansässigen Kunden verliehen wurde (zum Begriff des Rechtsmonopols, siehe H.-M. WELTERT, Die Organisations- und Handlungsformen in der schweizerischen Elektrizitätsversorgung,

Diss., Basel 1989, Zürich 1990, S. 169 ff.; CL. RUEY, Monopoles cantonaux et liberté économique, Diss., Lausanne 1988, S. 121 ff.).

33. Nirgends im Konzessionsvertrag ist die Rede von Exklusivrechten zur Versorgung der Endabnehmer. Der Vertrag weist alle Züge eines Sondernutzungs-Konzessionsvertrages auf. Er verleiht der EBL lediglich das Recht, auf dem Gemeindegebiet bestimmte Anlagen zu erstellen und zu betreiben. Die Frage, ob ein Konzessionsvertrag zwischen einer Gemeinde und einem EVU, welcher eine wettbewerbsbeschränkende Bestimmung enthält, die keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage im kantonalen Recht hat, überhaupt eine vorbehaltene Vorschrift gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG begründen kann (vgl. RPW 1998/2, S. 198), kann offen bleiben.

34. Dass die EBL kraft kantonalen Rechts (§ 12 Abs. 2 Bst. a EnG) möglicherweise eine Versorgungspflicht auf dem Gemeindegebiet hat, ist auch irrelevant. Aus einer Versorgungspflicht kann nämlich nicht auf eine Bezugspflicht beziehungsweise auf das Recht, Drittversorger auszuschliessen, geschlossen werden.

35. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen.

B.2 Unzulässigkeit der Verhaltensweisen

36. Es ist von einem kartellrechtlich unzulässigen Missbrauch gemäss Artikel 7 KG auszugehen, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen sich ohne objektive Rechtfertigungsgründe weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem nachgelagerten Markt als Wettbewerber tätig zu werden und auf diesem Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht (RPW 2000/1, S. 29). Dieser Tatbestand ist einer Geschäftsverweigerung gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG gleichzustellen.

37. Die EBL bestreitet, dass sie die Durchleitung - sei es mündlich oder schriftlich - je verweigert hätte. Sie erklärt, sie wäre grundsätzlich bereit gewesen, schon vor der Marktöffnung gemäss EMG die Durchleitung zu gewähren. Weiter macht sie geltend, die Parteien hätten sich lediglich über die Bedingungen der Durchleitung nicht einigen können und die Verhandlungen seien nicht von ihr, sondern von der Watt/MGB abgebrochen worden (Eingabe vom 5. April 2000, S. 1; Eingabe vom 29. Mai 2000, S. 2).

38. Der genaue Inhalt der zwischen den Parteien geführten Verhandlungen ist strittig. Fest steht nur, dass während des letzten Treffens vom 9. November 1999 die unterbreiteten Vorschläge der EGL von der EBL abgelehnt wurden. Die EGL hielt in einem anschliessenden Schreiben an die EBL (welches unbeantwortet blieb) fest, dass die EBL

sich grundsätzlich weigern würde, vor der Marktöffnung gemäss EMG die Durchleitung zu gewähren.

39. Dass die EBL möglicherweise eine ausdrückliche Verweigerung in Bezug auf das Prinzip der Durchleitung nicht bekundet hat, ist nicht entscheidend für die Anwendbarkeit von Artikel 7 KG. Die Verweigerung der Durchleitung kann nämlich nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend beziehungsweise durch konkludentes Handeln erfolgen (A. PALASTHY, Die Verweigerung der Durchleitung von Strom nach dem Kartellgesetz (KG), AJP 3/2000, S. 299).

40. Wird die Durchleitung vom Netzbetreiber an Bedingungen gebunden, die aus der Sicht des Durchleitungsbegehrenden unzumutbar sind, so ist auch von einer (stillschweigenden) Verweigerung auszugehen. Sind diese Bedingungen unangemessen beziehungsweise nicht objektiv gerechtfertigt, ist von einer unzulässigen Verhaltensweise auszugehen.

41. Eine solche Bedingung wurde in Bezug auf das Durchleitungsentgelt gestellt. So weist die EBL auf langfristige mit der X³ abgeschlossene Bezugsverträge hin, die (nicht näher bezifferte) Mehraufwendungen verursachen würden, welche ihrer Meinung nach im Falle der Gewährung der Durchleitung von der Watt zu tragen wären. Die Gewährung der Durchleitung wurde offenbar von der Übernahme dieser Kosten durch die Watt abhängig gemacht (Eingabe vom 5. April 2000, S. 2; Eingabe vom 29. Mai 2000, Beilagen 4 und 7).

42. Unklar ist, welche Aufwendungen die EBL genau anspricht. Ihre Erklärungen suggerieren, dass sie wegen des Wechsels der Mifa zu einem anderen Versorger auf bestimmten Strommengen "sitzen bleiben" würde. Man sieht jedoch nicht ein, weshalb die Watt die entsprechenden Kosten tragen sollte. Es gibt nämlich keinen Sachzusammenhang zwischen diesen Kosten und der Leistung, welche von der Watt ersucht wird und die der Netzbetreiber aufgrund von Artikel 7 KG hier möglicherweise erbringen muss. Der Netzbetreiber hat nämlich gemäss Artikel 7 KG lediglich Anspruch auf die Deckung der tatsächlichen Kosten, die im unmittelbaren Zusammenhang mit der Zurverfügung-Stellung der beanspruchten Infrastrukturen stehen, sowie auf einen angemessenen Gewinn.

43. Neben der Geschäftsverweigerung gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG kann die Verhaltensweise der EBL auch unter dem Gesichtspunkt von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG (Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedin-

³ Geschäftsgeheimnis

gungen) betrachtet werden. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Erfüllung des Tatbestands von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG nicht notwendigerweise voraussetzt, dass die fraglichen Geschäftsbedingungen vom Nachfrager angenommen werden; seitens eines marktbeherrschenden Unternehmens kann auch der Versuch, unangemessene Geschäftsbedingungen aufzuerlegen, unter Artikel 7 KG fallen (RPW 1999/3, S. 415; vgl. auch W. MÖSCHEL, Art. 86, Rz. 126, in IMMENGA/MESTMÄCKER (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, Band I, München 1997).

44. Die EBL hat im Rahmen der Vorabklärung noch nachfolgende Argumente geltend gemacht:

A. Die Parteien hätten keine technisch praktikable Lösung gefunden. Als ungelöste technische Fragen nennt sie beispielhaft: Lieferung der Energie an die Eigentumsgrenze EBL oder Mifa? Über welche Netze Dritter? Wie und wo gemessen? Welche Durchleitungsgebühren? Im gleichen Zusammenhang nennt sie auch die hier unten unter B und C und oben unter Randziffer 41 aufgeführten Argumente.

(Eingabe vom 29. Mai 2000, S. 1)

B. Die Durchleitung könnte nur auf der Basis der Reziprozität gewährt werden und diese wäre von der Watt-Gruppe bisher abgelehnt worden. Die EBL weist in diesem Zusammenhang auf ein Gesuch an die CKW für die Belieferung eines Energiecontracting-Kunden hin.

(Eingabe vom 5. April 2000, S. 2; Eingabe vom 10. Juli 2000, S. 1)

C. Die Watt-Gruppe hätte einem Gesuch der X⁴ um Reziprozität der Durchleitung nicht Folge geleistet.

(Eingabe vom 5. April 2000, S. 2)

D. Da das EMG erst in parlamentarischer Beratung ist, liegen auch noch keine gültigen Richtlinien zur Berechnung der Durchleitungsgebühren vor.

(Eingabe vom 5. April 2000, S. 2)

45. In Bezug auf das erste Argument der EBL (oben A): Die EBL macht im Wesentlichen geltend, sie hätte mit der EGL verhandelt, die Verhandlungen hätten jedoch zu keiner Einigung über mehrere Punkte geführt.

46. Ob und inwieweit über die genannten Punkte tatsächlich verhandelt wurde, steht nicht fest. Fest steht dagegen, dass die EBL für die Gewährung der Durchleitung Bedingungen gestellt hat, welche mit

⁴ Geschäftsgeheimnis

der sich für marktbeherrschende Netzbetreiber aus Artikel 7 KG ergebenden Pflichten unvereinbar sind. Unter diesen Umständen ist die fehlende Einigung über die genannten Punkte irrelevant.

47. In Bezug auf das zweite Argument der EBL (oben B): Die Watt bestreitet, dass die EBL an die EGL oder an ein anderes Unternehmen der Watt-Gruppe je ein konkretes Durchleitungsgesuch gerichtet hat. Sie anerkennt lediglich, dass sie von der EBL und der Y⁵ eine generelle Anfrage betreffend Öffnung sämtlicher Netze der Watt-Gruppe erhalten hat und dass sie eine solche Öffnung abgelehnt hat.

48. Ein Netzbetreiber in marktbeherrschender Stellung kann nicht einem anderen vertikal integrierten Netzbetreiber die Durchleitung ohne Verstoss gegen Artikel 7 KG verweigern, nur weil dieser seinerseits ein konkretes Durchleitungsgesuch von ihm abgelehnt hat. Der marktbeherrschende Netzbetreiber ist möglicherweise auch in diesem Fall verpflichtet, die Durchleitung zu gewähren. Ob er dann seinen eigenen Anspruch mittels eines kartellgesetzlichen Verfahrens erzwingen kann, ist eine andere Frage. Fest steht dagegen, dass die Ablehnung eines generellen, abstrakten (d.h. nicht bezogen auf einen bestimmten Stromkunden, sondern auf eine generelle Öffnung des Netzes) Gesuchs um Durchleitung keinen in Bezug auf Artikel 7 KG gültigen Rechtfertigungsgrund darstellt. Dass die EBL den Zugang zu ihrem eigenen Netz von einer generellen Öffnung der Netze der Watt abhängig macht, ist mit Artikel 7 KG unvereinbar, da zwischen dieser Leistung und der von der Watt nachgefragten Leistung kein Sachzusammenhang besteht.

49. Ob der Antrag der EBL an die Watt tatsächlich gestellt wurde und hinreichend konkret war, kann daher hier offen bleiben.

50. In Bezug auf das dritte Argument der EBL (oben C): Das im vorliegenden Verfahren in Frage stehende Gesuch ist an die EBL und nicht an die X⁶ gerichtet. Es ist daher nicht einzusehen, wie eine allfällige Verweigerung gegenüber der X⁷ eine Verweigerung seitens der EBL zu rechtfertigen vermag. Dass die EBL den Zugang zu ihrem eigenen Netz von der Gewährung der Durchleitung an die X⁸ durch die Watt abhängig macht, ist mit Artikel 7 KG unvereinbar, da zwischen dieser Leistung und der von der Watt nachgefragten Leistung kein Sachzusammenhang besteht. Ob und gegebenenfalls warum die Watt-Gruppe der X⁹ die Durchleitung verweigert hat, kann daher offen bleiben.

⁵ Geschäftsgeheimnis

⁶ Geschäftsgeheimnis

⁷ Geschäftsgeheimnis

⁸ Geschäftsgeheimnis

⁹ Geschäftsgeheimnis

51. In Bezug auf das vierte Argument der EBL (oben D): Dass gegenwärtig keine allgemein gültigen Richtlinien zur Berechnung der Durchleitungsgebühren gemäss EMG vorliegen, ist an sich irrelevant. Die Durchleitungspflicht gemäss Artikel 7 KG besteht nämlich unabhängig vom EMG, sofern die Tatbestandselemente der kartellrechtlichen Bestimmung gegeben sind.

52. Das Vorliegen des EMG-Entwurfs vermag nicht die Anwendbarkeit des KG auszuschliessen. Vor seinem Inkrafttreten kann nämlich das EMG sowieso keine rechtliche Wirkungen zeitigen (vgl. P. MOOR, *Droit administratif*, 2. Aufl., Band I, S. 181). Ob die Anwendbarkeit des KG durch das Inkrafttreten des EMG in Frage gestellt wird, kann hier offen bleiben.

53. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die EBL das Vorliegen von Anhaltspunkten für unzulässige Verhaltensweisen gemäss Artikel 27 Absatz 1 KG in Verbindung mit Artikel 7 KG nicht entkräftet hat. Artikel 7 KG verpflichtet eine Netzbetreiberin in marktbeherrschender Stellung, über das Durchleitungsgesuch fair zu verhandeln beziehungsweise Angebote zu angemessenen Bedingungen zu unterbreiten. Die Akten lassen jedoch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vermuten, dass die EBL nicht die gebotene Verhandlungsbereitschaft gezeigt beziehungsweise die ersuchte Durchleitung an unangemessene mit Artikel 7 KG unvereinbare Bedingungen geknüpft hat. Die Vorabklärung hat auch gezeigt, dass die EBL auf ihre Position weiterhin beharrt, was eine Weiterführung der Verhandlungen seitens der Migros und der Watt unzumutbar macht. Schliesslich sind keine objektiven Rechtfertigungsgründe ("legitimate business reasons") für die beanstandete Verhaltensweise der EBL ersichtlich.

C. Schlussfolgerungen

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

1. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Artikel 7 KG vorliegt;
2. beschliesst die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Artikel 27 KG und holt hierzu das Einverständnis eines Mitglieds des Präsidiums ein.

B 1.1	2. Schweizerischer Filmverleih- und Kinomarkt
-------	--

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

Pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante et ententes illicites; art. 5 et 7 LCart

Pratiche illecite di imprese che dominano il mercato e accordi illeciti; art. 5 e 7 LCart

Schlussbericht vom 28. November 2000 in Sachen Vorabklärung wegen angeblich unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG und angeblich unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG

A. Sachverhalt und Verfahren

1. Dem Sekretariat der Wettbewerbskommission wurden von verschiedenen Kinobetreibergruppen aus Zürich und Bern Meldungen zur Kenntnis gebracht, wonach Kinofilmverleiher kommerziell erfolgreiche Filme exklusiv an bestimmte Kinos oder Kinoketten vermieten sollen.
 2. In ihren Eingaben machten die Kinobetreibergruppen insbesondere unzulässige Verhaltensweisen gemäss Artikel 7 Kartellgesetz (KG) der Kitag Kino-Theater AG Zürich (Kitag Zürich) und der Kitag Kino-Theater AG Bern (Kitag Bern) sowie der Kinofilmverleiher geltend. Danach sollen sich diese unzulässig verhalten, indem sie durch den Missbrauch ihrer möglichen marktbeherrschenden Stellung andere Kinobetreiber beim Verleih von Kinofilmen in diskriminierender Weise benachteiligen. Die Sachlage wird im Folgenden, insbesondere unter der Abgrenzung des relevanten Marktes, näher erläutert werden.
 3. Am 8. Dezember 1999 wurde vom Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG eröffnet. In diesem Zusammenhang wurden am 13. Januar 2000 der Kinofilmverleihverband Procinéma, die grössten Verleiher von Kinofilmen (United International Pictures [UIP], Warner Bros., 20th Century Fox Film Corporation, Columbus Film, Buena Vista International, Elite Film, Monopole Pathé Films [bis Anfang 2000 zusammen mit Universal Studio Company], Rialto Film, Frenetic Films und Filmcooperative Zürich) und einige Kinobetreiber (Quinnie Cinéma Films, Kitag Zürich und Kitag Bern, Cinemax AG und Formesco AG) befragt und zur Stellungnahme aufgefordert.
 4. Am 15. August 2000 wurde die Vorabklärung insofern ausgedehnt, als dass die oben genannten Filmverleiher und Kinobetreiber ebenfalls zur Problematik einer allfälligen Übereinstimmung der Verleihpreise befragt wurden.
-

5. Ziel dieser Vorabklärung ist es, festzustellen, ob zum einen Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen gemäss Artikel 7 KG und zum anderen Anhaltspunkte für etwaige Abreden zwischen Filmverleihern und Kinobetreibern über die Höhe der Verleihpreise von Kinofilmen gemäss Artikel 5 KG bestehen.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten. Sowohl Kinofilmverleiher als auch Kinobetreiber sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Vorbehaltene Vorschriften

7. Dem Kartellgesetz 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).

8. Das geltende Bundesgesetz über das Filmwesen vom 28. September 1962 (SR 443.1, FiG) enthält unter anderem wettbewerbsrechtliche Bestimmungen im Zusammenhang mit der Bewilligung für den Verleih und die Vorführung von Filmen. Die entsprechenden Ausführungsbestimmungen sind in der revidierten Filmverordnung vom 24. Juni 1992 (SR 443.11, FiV) geregelt.

9. Nach der Botschaft zum Kartellgesetz ist in diesem Zusammenhang zu prüfen, ob es "Absicht des Gesetzgebers war, das Wettbewerbsprinzip für den fraglichen Wirtschaftsbereich auszuschalten". Des Weiteren führt die Botschaft aus, dass das Kartellgesetz anwendbar sei, soweit "die staatliche Markt- oder Preisordnung eines wirtschaftlichen Teilbereichs für wettbewerbliches Verhalten und damit die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Kriterien Raum lässt" (vgl. Botschaft, BBl 1995 I 539 f.).

10. Die Besonderheit bei der Filmrechtsgesetzgebung besteht darin, dass diese zwar wettbewerbsrechtlich relevante Tatbestände enthält, diese aber für andere Zwecke als das Kartellgesetz benützt. Nicht die Gewährleistung des wirksamen Wettbewerbs steht nämlich im Vordergrund, sondern kulturpolitische Interessen wie die Angebotsvielfalt

und die Auswahlfreiheit (RIEDER, Wettbewerb und Kultur, Bern/Berlin/Frankfurt 1998, S. 210).

11. In Artikel 38 Absatz 3 FiV ist die Koordination zwischen Film- und Kartellgesetz insoweit geregelt, als dass die Befugnisse der Wettbewerbskommission vorbehalten werden. Demnach ist die Anwendung des Kartellgesetzes für den Filmmarkt nicht explizit ausgeschlossen. Die wettbewerbsrechtliche *lex specialis* im Filmrecht ist somit nicht umfassend und kann deshalb keine vollständige vom Wettbewerbsprinzip abweichende staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG begründen. Ob das Kartellgesetz für den vorliegenden Sachverhalt anwendbar bleibt beziehungsweise ob eine den Wettbewerb nicht zulassende öffentlich-rechtliche Vorschrift vorliegt, ist im Einzelnen zu prüfen.

12. Artikel 37 FiV zählt in einer nicht abschliessenden Liste unzulässige Vertragspraktiken auf, die den kultur- und staatspolitischen Interessen zuwiderlaufen und mit denen die Inhaber von Verleih- oder Vorführbewilligungen zu einem Verhalten gezwungen werden können, das ihre Programmfreiheit, ihre wirtschaftliche Selbstständigkeit oder die Angebotsvielfalt einschränkt. Die in dieser Vorabklärung zu prüfenden möglichen unzulässigen Verhaltensweisen werden aber nicht auf ihre kultur- und staatspolitischen Auswirkungen untersucht. Inwieweit ein allfälliges wettbewerbswidriges Verhalten der Parteien sich auf diese Bereiche auswirken könnte, müsste vorliegend offen gelassen werden und würde unter den Geltungsbereich des Filmgesetzes, insbesondere Artikel 37 FiV, fallen.

13. Zudem wurde im Rahmen der Befragung der Kinofilmverleiher von diesen darauf hingewiesen, dass die Konditionen des Verleihs mit den Kinobesitzern zum Teil recht kurzfristig ausgehandelt werden. Dies deutet auf einen von den gesetzlichen Filmvorschriften unabhängigen Verhaltensspielraum zwischen Verleiher und Kinobesitzer beim Abschluss eines Verleihvertrages hin. Mit Blick auf den Gegenstand des Filmgesetzes beschränkt sich dieser auch ausschliesslich auf den öffentlich-rechtlichen Bereich. So bestand kein Bedürfnis zur Regelung aller mit dem Filmwesen zusammenhängenden Fragen. Vorschriften über den Lizenz- oder Kinobesuchsvertrag, über Filmurheberrechte und Filmkritik sowie über den Verleihvertrag sind im Gesetz nicht enthalten (BIRCHMEIER, Kommentar zum Eidgenössischen Filmgesetz, Zürich 1964, S. 33).

14. Das Vorliegen einer spezialgesetzlichen, den Wettbewerb ausschliessenden Regelung wurde denn von den befragten Unternehmen auch nicht vorgebracht.

15. Aus vorgenannten Gründen kommt der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG nicht zum Tragen.

B.2 Marktbeherrschendes Unternehmen

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

17. Um festzustellen, ob sich auf der Stufe der Verleiher oder der Kinobetreiber tatsächlich Unternehmen befinden, die sich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten können, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.2.1 Relevanter Markt

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

a) Sachlich relevanter Markt

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

20. Betrachtet werden als Anbieter von Kinofilmen die Verleiher und als Nachfrager deren Marktgegenseite, die Kinobesitzer.

21. Die in der Schweiz tätigen Verleiher haben in der Regel die von ihnen verliehenen Filme nicht selbst produziert. Sie agieren zum einen unabhängig oder zum anderen als Tochterunternehmen der grossen amerikanischen Produktionsgesellschaften (20th Century Fox, Buena Vista International, UIP, Warner Bros. usw.), auch "Majors" genannt. Die Letztgenannten machen die Mehrheit der Kinofilmverleiher aus und sind im Wesentlichen unabhängig von den Mutterunternehmen tätig, werden aber in der Auswahl der Filme sowie hinsichtlich Startdaten, Werbung und Marketing zentral vom Mutterhaus aus gesteuert (vgl. auch Botschaft zum [neuen] Bundesgesetz über Filmproduktion und Filmkultur vom 18. September 2000, BBl 2000 5429 f.).

22. Auf Seiten der Kinobesitzer weist die Schweiz im Vergleich zu europäischen Ländern einen überdurchschnittlichen hohen Anteil an kleinen Kinos mit nur einem Saal auf (vgl. RÜTTER/VOUETS, Schweizer Filmbranche und Filmförderung: Volkswirtschaftliche Bedeutung und europäischer Vergleich, Zürich/Genf 2000, S. 69). Wegen der rasanten Entwicklung auf dem Kinofilmmarkt in den vergangenen Jahren haben sich die Kinobetreiber zum Teil zu lokalen oder überlokalen Kinoketten mit einer Konzentration in den grösseren Städten zusammengeschlossen. Entgegen dem europäischen Trend ist der Bau von Multiplexkinos innerhalb der Schweiz noch nicht weit vorangeschritten. So wurden erst zwei Grosskinos in Betrieb genommen (vgl.

KNEUBÜHLER, Marschhalt bei Multiplex-Kinos, HandelsZeitung vom 13. September 2000).

23. Verleiher und Kinobesitzer sind in der Regel durch einen mündlichen Kinofilmverleihvertrag miteinander verbunden. Beim Abschluss dieses Vertrages orientieren sich die Kinobesitzer an den Bedürfnissen des Publikums, der Kinobesucher. Im Kinofilmverleihvertrag verpflichtet sich der Verleiher zur Übergabe einer spielfähigen Kopie eines bestimmten Filmes und räumt dem Kinobetreiber das Recht zur Vorführung ein. Diese lizenzrechtliche Vorführbefugnis wird den Verleihern von in- oder ausländischen Produktionsgesellschaften übertragen. Im Gegenzug verpflichtet sich der Kinobesitzer, an den Verleiher einen Fixbetrag und/oder einen am Umsatz bemessenen Geldbetrag zu zahlen (GRONER, Wettbewerbsrechtliche Kontrahierungspflicht - am Beispiel des Filmverleihs, SZW/RSDA 4/2000, S. 160).

24. In einigen Fällen wird der Kinofilmverleihvertrag recht kurzfristig abgeschlossen. Mithin werden die einzelnen Konditionen zum Teil wöchentlich ausgehandelt. Der Grund hierfür ist die begrenzte Vorausehbarkeit des Erfolges eines Kinofilms. Da aber sowohl von Seiten der am Umsatz beteiligten Verleiher als auch von Seiten der Kinobesitzer Interesse an möglichst vielen Besuchern besteht, müssen diese bei sinkenden Besucherzahlen entsprechend schnell reagieren und umdisponieren. So wird zum Beispiel ein Film bei unerwartet niedrigen Zuschauerzahlen vorzeitig aus dem Programm genommen beziehungsweise in ein kleineres Kino verlegt und durch einen anderen Film ersetzt.

25. Laut Auskunft der befragten Unternehmen existieren momentan keine mit einem Kinofilm vergleichbaren Filmträger, die geeignet wären, auf Grossleinwänden projiziert zu werden. Eine digitalisierte Technologie, die als Trägerin für Kinofilme dienen soll, befindet sich in den USA im Entwicklungsstadium und stellt derzeit kein Substitut zur bisher genutzten Apparatur für die Vorführung von Kinofilmen dar. Insofern können einzig Kinofilme auf Grossleinwänden in der entsprechenden Qualität vorgeführt werden. Sie bilden aus Sicht der Nachfrager einen eigenen relevanten Markt.

26. Kinofilme lassen sich nach ihrem Genre in Mainstream- und Studiofilme unterscheiden. Dabei versteht man unter Mainstreamfilmen unter anderem Thriller, Komödien, Actionfilme und so weiter, die ein breites Publikum ansprechen. Studiofilme hingegen richten sich aufgrund ihrer speziellen Thematik meist nur an eine bestimmte Zielgruppe.

27. Den Kinobesitzern kommt es zunächst darauf an, mit der Vorführung eines Films einen möglichst hohen Kassenerfolg zu erzielen. Dazu sind Mainstreamfilme und in begrenzterem Mass auch Studiofilme geeignet. Die grosse Masse aller Kinofilme wird diesem Anspruch aber nicht gerecht. Aus Sicht der Kinobesitzer deckt die überwiegende Zahl

der Kinofilme (ca. 85%) maximal die Unkosten beziehungsweise ist verlustbringend. 10% der Kinofilme sind mässig erfolgreich und lediglich 5% aller Kinofilme bringen kommerziellen Erfolg. Insofern spricht man auch von einer Pyramidalstruktur der Kinofilme, wobei die letztgenannte Gruppe sich in Bezug auf die Zuschauerzahlen (Filme mit über 100'000 Zuschauern) von den anderen beiden Gruppen abhebt (vgl. FURLER, Showdown in der Zürcher Verleihlandschaft, Tages-Anzeiger vom 12. Juni 1998, S. 66; GRONER, Wettbewerbsrechtliche Kontrahierungspflicht - am Beispiel des Filmverleihs, in SZW/RSDA, 4/2000, S. 160). Diese Filme werden als "Spitzenfilme", "Blockbusters" oder "Kassenschlager" bezeichnet.

28. Aus Sicht der Kinobesitzer ist demzufolge in Bezug auf die Umsatzzahlen ein Spitzenfilm mit einem mittelmässigen beziehungsweise verlustbringenden Kinofilm nicht austauschbar, da die Vorführung von Spitzenfilmen die Existenz der Kinos sichert. Der Markt für Blockbusters ist von dem der übrigen Kinofilme abzugrenzen (ebenso Entscheid des OLG München, 7. Mai 1992, Wirtschaft und Wettbewerb - Entscheidungssammlung zum Kartellrecht [WuW/E] OLG 4990, Deutschland - danach wurde der Kinofilmmarkt nach der Abhängigkeit der Kinobetreiber von Spitzenfilmen beurteilt).

29. In Österreich wurde von Seiten des OGH eine engere Abgrenzung des Marktes, nämlich auf jeweils einen speziellen Film, vorgenommen (Entscheid des OGH vom 09.09.1997, Österreichische Juristen-Zeitung [ÖJZ], 1998, Heft 3, Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen [EvBl] Nr. 22, Österreich). In seiner Begründung geht der OGH von einer Monopolstellung der Filmverleiher aufgrund ihrer Exklusivimportrechte in Bezug auf einen Blockbuster aus. Den Kinobetreibern bliebe danach keine Alternative zum Bezug dieses Films. Diese enge Abgrenzung erfordert allerdings eine kritische Abwägung.

30. Jeder Film ist für sich genommen ein Einzelwerk. Für den Kinobesucher, der den Film nach subjektiven Kriterien auswählt, ist dieser Faktor von grosser Bedeutung. Vorliegend ist aber nicht auf die Sicht der Zuschauer, sondern auf die der Kinobesitzer abzustellen. Diese bewerten Filme in der Regel nach der Anzahl der zu erwartenden Zuschauer und dem daraus resultierenden hohen Ertrag. Mit Blick auf diese Eigenschaften sind Spitzenfilme auch untereinander austauschbar, da es nicht nur einen, sondern mehrere derartige Filme gibt. Die Abgrenzung auf jeweils einen einzelnen Spitzenfilm wäre demzufolge zu eng.

31. Dem könnte entgegengehalten werden, dass von Seiten der Verleiher in Absprache mit den Kinobesitzern jeweils eine zeitlich versetzte und somit konkurrenzlose Vorführung von verschiedenen Blockbusters angestrebt wird. Danach würde sich der sachlich relevante Markt hinsichtlich der Starttermine auf einzelne Spitzenfilme begrenzen. Allerdings kann Konkurrenz auch zwischen zeitlich versetzt startenden

Spitzenfilmen stattfinden, so dass diesbezüglich von einer Gleichwertigkeit der Blockbusters auszugehen ist.

32. Zusätzlich könnte noch eine Unterscheidung zwischen überdurchschnittlich erfolgreichen Filmen (z.B. der Film "Titanic") und Blockbustern vorgenommen werden, die nach oben genannten Kriterien ebenfalls nicht substituierbar wären. Da die Anzahl dieser "Superfilme" beim ohnehin schon geringen Anteil der Blockbusters von 5% auf dem Kinofilmmarkt verschwindend gering ist, würde dies zu einer nicht sinnvollen Reduzierung des relevanten Marktes führen.

33. Mithin ist der sachlich relevante Markt aus Sicht der Kinobesitzer auf Spitzenfilme abzugrenzen.

b) Räumlich relevanter Markt

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. Der Auslandsmarkt für den Verleih von Kinofilmen kann aufgrund des fehlenden Angebots der Verleiher ausgeschlossen werden. Zum einen resultiert dies aus den Bestimmungen des Filmgesetzes (Art. 10 ff. FilmG), wonach der Filmbezug über ausländische Anbieter nur mittels einer Verleihbewilligung möglich ist, die lediglich unter den Voraussetzungen von Artikel 31 Filmverordnung erteilt wird. Zum anderen handelt es sich bei den Verleihern von Spitzenfilmen im Wesentlichen um Tochterunternehmen der amerikanischen Majors, die den Verleih über ausländische Schwesterunternehmen nicht zulassen würden. Mithin ist der Markt für den Verleih von Spitzenfilmen in der Schweiz zu betrachten.

36. Aufgrund der Sprachenvielfalt sowie der daraus resultierenden verschiedenen Kopienachfrage von Seiten der Kinobetreiber treten innerhalb der Schweiz regionale Unterschiede hervor. Laut Auskunft der Unternehmen beliefern die Verleiher jede Region der Schweiz mit einer sprachlich angepassten Filmversion. Es ist üblich, die deutschsprachige Schweiz hauptsächlich mit Originalversionen mit deutsch/französischen Untertiteln und/oder deutsch synchronisierten Kopien zu versorgen. Die Kinobesitzer der französischsprachigen Schweiz erhalten hauptsächlich französisch synchronisierte Kopien und teilweise auch Originalversionen mit deutsch/französischer Untertitelung. Die italienischsprachige Schweiz hingegen wird im Wesentlichen mit italienisch synchronisierten Filmkopien versorgt. Insofern ist eine weitere Eingrenzung des räumlich relevanten Marktes auf die jeweilige Sprachregion vorzunehmen.

37. Zudem wäre eine zusätzliche Einengung des räumlich relevanten Marktes aufgrund der Ortsgebundenheit der Kinobesitzer auf die einzelnen Vorführorte vorstellbar. Diese Frage kann jedoch in Bezug auf die Feststellung von unzulässigen Verhaltensweisen beim Verleih von

Spitzenfilmen sowie in Bezug auf möglicherweise bestehende Preisabreden zwischen Verleiher und Kinobetreiber vorerst offen gelassen werden.

38. Im Rahmen dieser Vorabklärung wird der relevante Markt für Spitzenfilme in der Deutschschweiz betrachtet. Innerhalb dieser Region werden laut Auskunft der Verleiher die Städte Zürich und Bern als Schlüssel-Städte für den umsatzstärksten Verleih von Spitzenfilmen bezeichnet. Insofern beschränkt sich die Überprüfung der hier in Frage stehenden Wettbewerbsbeschränkungen vorerst auf diese Städte.

B.2.2 Marktstellung

39. Im Nachfolgenden wird analysiert, ob und in welchem Ausmass zum einen die Verleiher und zum anderen die Kinobetreiber in der Lage sind, die Verhaltensspielräume der jeweiligen Marktpartner zu begrenzen und den Wettbewerb zwischen ihnen zu erzwingen.

a) Marktstellung der Verleiher

40. Den Verleihern von Spitzenfilmen könnte phasenweise eine marktbeherrschende Stellung zukommen, wenn sie über ein Portefeuille an Blockbusters verfügen, das ihnen eine weitgehende unabhängige Verhaltensweise erlaubt. Laut Auskunft der Kinofilmverleiher besass allerdings in den letzten Jahren keines dieser Verleihunternehmen beim Verleih von Kinofilmen einen Marktanteil von über 30% in der Schweiz. Ebenso ist eine marktbeherrschende Stellung eines einzelnen Verleihers in Bezug auf Spitzenfilme aufgrund des ungewissen Potenzials von Kinofilmen und der ständig schwankenden Anzahl an Blockbusters auszuschliessen.

41. Gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG kann Marktbeherrschung auch von mehreren Unternehmen, die sich nach Artikel 7 KG unzulässig verhalten könnten, ausgeübt werden. Hinsichtlich einer derartigen etwaigen kollektiven Marktbeherrschung seitens der Verleiher bedarf es einer Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbedingungen und des Wettbewerbsgeschehens auf dem betroffenen Markt sowie auf den vor- und nachgelagerten Beschaffungs- und Absatzmärkten. Mithin müsste geprüft werden, ob von Seiten der Verleiher Anreize zu kollusivem Verhalten gegeben seien, und ob ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil beziehungsweise dauerhaft sein werde (vgl. Bell-SEG, RPW 1998/3, S. 400 f., Rz. 39; STG-C&L, RPW 1998/2, S. 243, Rz. 137 f.). Diese Frage kann jedoch offen gelassen werden, sofern nachfolgend keine unzulässigen Verhaltensweisen der Verleiher festzustellen sind.

b) Marktstellung der Kinobetreiber

42. Auf Seiten der Kinobetreiber könnte ebenso eine marktbeherrschende Stellung aufgrund des jeweiligen Marktgewichts derselben durch Nachfragemacht begründet werden. Ein solcher Kinobetreiber

wäre dann möglicherweise in der Lage, die Verleiher zur exklusiven Vermietung von Spitzenfilmen an ihn zu bewegen.

43. In ihren Eingaben (vgl. Rz. 2) machten die Kinobetreiber geltend, dass sowohl der Kitag Zürich als auch der Kitag Bern eine solche Nachfragemacht zukomme.

44. Die Nachfragemacht eines Unternehmens beurteilt sich nach den gleichen Kriterien wie die Frage der Angebotsmacht (Komm. KG-SCHMIDHAUSER, Art. 7, Rz. 26, vgl. auch Migros/Globus, RPW 1997/3, S. 380, Rz. 83 ff.). Unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse auf dem Markt für den Verleih von Spitzenfilmen müsste an dieser Stelle geprüft werden, ob die betroffenen Verleiher zumutbare Ausweichmöglichkeiten haben. Inwiefern die Kitag Bern sowie die Kitag Zürich entsprechende Nachfragemacht ausüben, kann hier aber ebenfalls offengelassen werden, soweit keine unzulässigen Verhaltensweisen festzustellen sind.

B.2.3 Unzulässige Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens

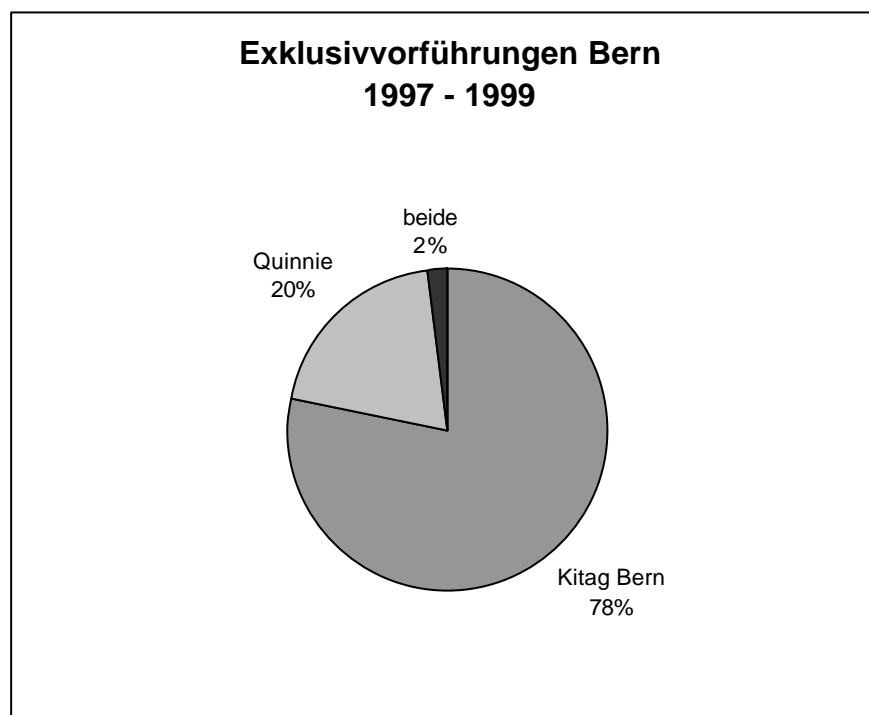
45. Gemäss Artikel 7 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.

46. Den Verleihern sowie der Kitag-Gruppe wurde von Seiten der Kinobetreiber vorgeworfen, ihre etwaige marktbeherrschende Stellung missbräuchlich auszunutzen. Indem speziell der Kitag Bern und der Kitag Zürich Spitzenfilme exklusiv vermietet werden, würden die anderen Kinobetreiber in ihrer Geschäftsausübung gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG diskriminiert werden. Allenfalls könnte mit diesem Verhalten auch der Tatbestand von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG erfüllt sein. Nach der Lehre der so genannten "legitimate business reasons" sind Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nur dann unzulässig, wenn sie den Wettbewerb beschränken, ohne dass sie sich durch sachliche Gründe rechtfertigen lassen (vgl. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 364).

47. Dies ist im Folgenden anhand von sachlichen Kriterien zu prüfen. Dazu ist zunächst der Anteil an Exklusivvorführungen der einzelnen Kinobetreiber in den jeweiligen Städten festzustellen. In diesem Zusammenhang wurden die Verleiher aufgefordert (vgl. Ziffer 3), jeweils die zehn erfolgreichsten Filme in den Jahren 1997 bis 1999 aufzulisten und das entsprechende Erstaufführungskino in den Städten Bern und Zürich anzugeben. Bei der Auswertung dieser Angaben wurden lediglich Filme mit gesamtschweizerischen Zuschauerzahlen von über 100'000 berücksichtigt, mithin 103 Blockbusters.

a) Bern

48. Für die Stadt Bern wurden folgende Daten ermittelt:



49. Die Resultate der Umfrage zeigen, dass im Zeitraum 1997 bis 1999 in Bern nur die zwei grossen Kinobetreiber, nämlich Kitag Bern und Quinnie Cinéma Films (Quinnie), in ihren Kinos Spitzenfilme vorführen. In Bern existieren zurzeit keine weiteren Kinos, die für die Aufführung von Spitzenfilmen geeignet sind.

50. In den drei Jahren konnte Quinnie 20% der Spitzenfilme exklusiv abspielen, Kitag Bern hingegen führte 78% der Blockbusters exklusiv vor. Bei 2% der Spitzenfilme hatten beide Kinobetreiber zugleich eine Filmkopie zur Erstaufführung. Bezogen auf das Jahr 1999 verschieben sich die Zahlen sogar zu Gunsten von Quinnie auf 24% der Exklusivvorführungen und bei Kitag entsprechend auf 73%. Losgelöst von den Strukturen im Berner Kinofilmmarkt scheint der Anteil der Exklusivvorführungen der Kitag Bern im Gegensatz zur Quinnie-Gruppe dennoch erheblich zu sein, so dass diese Angaben einer genaueren Analyse bedürfen.

51. Mit der Vorführung eines Kinofilms sind die am Umsatz beteiligten Verleiher daran interessiert, den Ertrag der Einnahmen an den Kinokassen zu maximieren. So entscheiden diese beim Abschluss eines Kinofilmverleihvertrages mit einem Kinobetreiber über die Vorfüh-

nung eines potenziellen Spitzenfilms, ob das entsprechende Kino den gewünschten Umsatz mit der Vorführung erbringen kann, mithin in der Lage ist, ein möglichst grosses Publikum anzuziehen. Bei dieser Beurteilung sind nach Auskunft der Verleiher bestimmte Kriterien massgebend.

52. Ein Hauptkriterium bei der Vergabe eines als Blockbuster eingeschätzten Kinofilms ist die grundsätzliche Ausrichtung des Kinos hinsichtlich der bisherigen Programmation. Im Gegensatz zu anderen europäischen Ländern ist der Schweizerische Kinofilmmarkt insoweit besonders, als dass viele Kinos seit längerer Zeit bestehen und nur wenige neue Kinos in den letzten Jahren in Betrieb genommen wurden (vgl. Rz. 22). So pflegt jedes Kino mit der Vorführung von bestimmten Kinofilmen ein spezielles Image, an das sich das Publikum mit der Zeit angepasst hat.

53. Nach eigenen Angaben führen die Kinos der Quinnie-Gruppe Studio- und gehobene Mainstreamfilme vor. Darunter verstehen sie unter anderem qualitativ hochstehende Filme, die in anspruchsvoller Form reale und fiktive menschliche und gesellschaftliche Themen und Konflikte widerspiegeln. Insofern richtet sich das Image der Quinnie-Kinos vor allem an kulturell wertvollen Filmen aus, an dem sich die Verleiher beim Verleih von Kinofilmen entsprechend orientieren. In der Gesamtbetrachtung machen diese Kinofilme allerdings nur einen kleinen Teil aller Blockbusters aus. Es erstaunt daher nicht weiter, dass hinsichtlich der speziellen Ausrichtung weniger Spitzenfilme in den Kinos von Quinnie vorgeführt werden, da Studio- oder gehobene Mainstreamfilme in der Regel nicht zu Blockbusters werden. Erst mit der Eröffnung des Kinos "Bubenberg" im Jahr 2000 verfügt Quinnie über ein Kino, das hauptsächlich Mainstreamfilme abspielen möchte.

54. Des Weiteren entscheiden die Verleiher bei der Vergabe von potenziellen Spitzenfilmen anhand spezifischer Eigenschaften der jeweiligen Kinos. So spielen die Lage des Kinos, die Anzahl der Sitzplätze, Leinwandgrösse sowie technische Ausstattung eine grosse Rolle. Hinzu kommt noch, dass die freien Kapazitäten der einzelnen Kinos für den Starttermin des Films berücksichtigt werden müssen.

55. Sowohl in der technischen Ausstattung als auch in der Leinwandgrösse weisen die Kinos beider Betreibergruppen keine massgeblichen Unterschiede auf. Ebenso befinden sich die Kinos beider Kinogruppen in zentraler Lage. Insofern ist die Anzahl der Sitzplätze für die Vergabe von potenziellen Spitzenfilmen seitens der Verleiher ein weiteres wesentliches Kriterium.

56. *Übersicht Kinos Kitag Bern*

Kinos	Sitz- plätze Saal 1	Sitz- plätze Saal 2	Sitz- plätze Saal 3	Lein- wände pro Kino	Lein- wände insge- samt
Capitol	463	117		2	12
Alhambra	400			1	
Jura	389	171	105	3	
Gotthard	370			1	
Rex	311			1	
Royal	301			1	
City	258	103	50	3	

57. *Übersicht Kinos Quinnie*

Kinos	Sitz- plätze Saal 1	Sitz- plätze Saal 2	Sitz- plätze Saal 3	Lein- wände pro Kino	Lein- wände insge- samt
Club	330	117		2	8
Splendid	233	112		2	
Movie	154	83	51	3	
Camera	152			1	

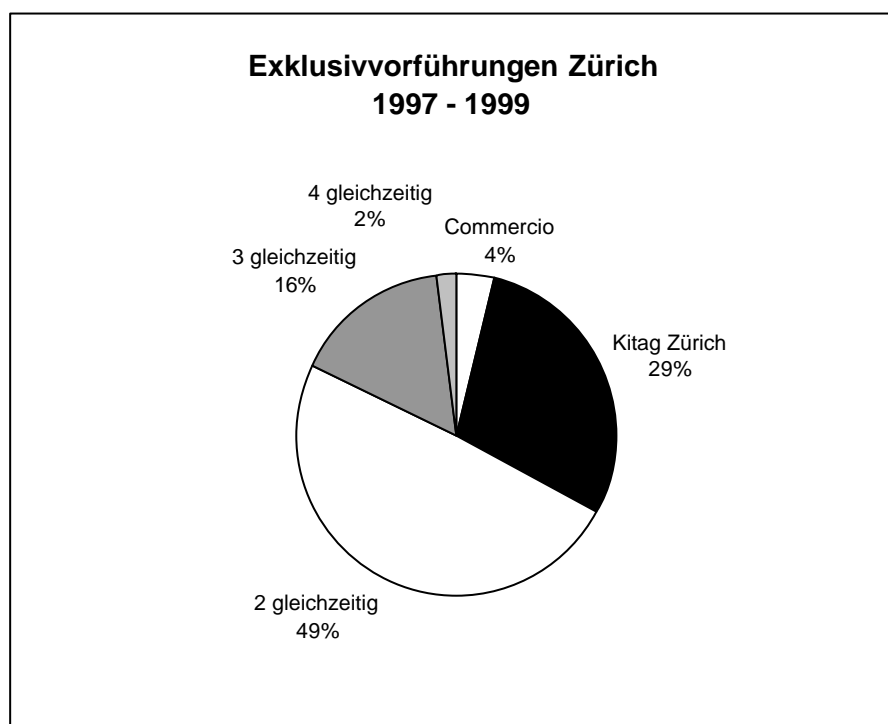
58. Die Kitag Bern verfügt mit zwölf Leinwänden im Gegensatz zu Quinnie mit acht Kinosälen über eine Position, die es ihr erlaubt, mehr Kinofilme vorzuführen zu können, was ihr auch grössere Verhandlungsspielräume beim Abschluss von Kinofilmverleihverträgen einräumen kann.

59. Gemessen an der Anzahl der Sitzplätze sind bei Kitag Bern im Gegensatz zu Quinnie wesentlich mehr Kinosäle darauf ausgerichtet, Spitzenfilme aufzuführen (Verhältnis 7:2 bei Kinosälen mit über 200 Sitzplätzen). So ist das "Movie 1" der Quinnie-Gruppe mit 154 Sitzplätzen zur Vorführung von Blockbusters weniger geeignet. Insofern erscheint die Verteilung der Spitzenfilme an Quinnie und Kitag Bern in den letzten Jahren nicht erstaunlich, wenn man die Zahl der für die Vorführung von Spitzenfilmen geeigneten Kinosäle mit der Anzahl der Exklusivvorführungen der einzelnen Kinobetreiber ins Verhältnis setzt. Der Anteil der bei den jeweiligen Kinobetreibern zur Vorführung gelangenden Kassenschlager entspricht in etwa dem Verhältnis der dafür geeigneten Leinwände.

60. Wie eingangs erwähnt, stehen unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nur dann in Frage, wenn sie sich nicht auf "legitimate business reasons" stützen. Positiv formuliert hat sich ein marktbeherrschendes Unternehmen am Sachlichkeitsgebot zu orientieren (GRONER, [a.a.O. Rz. 23], S. 165). Mit Blick auf die erfolgte Analyse für die Stadt Bern bestehen somit keine Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen.

b) Zürich

61. Für die Stadt Zürich sehen die Werte für die Exklusivvorführungen von Spitzenfilmen in den Jahren 1997 bis 1999 (vgl. Rz. 48) wie folgt aus:



62. Der Zürcher Kinofilmmarkt ist im Gegensatz zu Bern insofern vielfältiger gestaltet, als dass fünf Kinobetreibergruppen Spitzenfilme vorführen. Dies sind Kitag Zürich, Formesco AG, Cinemax AG, Liag-Capitol AG und Commercio Movie AG.

63. Dieser Faktor wirkt sich auch entsprechend auf die Exklusivvorführungen von Spitzenfilmen aus. So wurde im Zeitraum 1997 bis 1999 die überwiegende Mehrheit aller Spitzenfilme nicht exklusiv vorgeführt. Mithin wurden 68% der Filmkopien von Blockbusters an verschiedene Kinobetreibergruppen gleichzeitig zur Erstaufführung vergeben. Schon unter diesem Gesichtspunkt erscheint die Situation in Zürich nicht problematisch.

64. In Bezug auf Image und spezifische Eigenschaften weisen die Kinos der einzelnen Betreiber übereinstimmende Merkmale mit denen

in Bern auf. So sind in Zürich das Image und die Anzahl der Sitzplätze ebenso massgebliche Kriterien für die Auswahl der Kinos zum Abspielen von Spitzenfilmen. Der 4%-Anteil an Exklusivvorführungen der Commercio Movie AG resultiert ausschliesslich aus der Vorführung von Studiofilmen, wofür die Kinos dieser Betreibergruppe beim Publikum bekannt sind. Kitag Zürich verfügt gemessen an den Sitzplätzen über die grössten und auch anzahlmässig über die am meisten für die Aufführung von Spitzenfilmen geeigneten Kinos. Anhand dieser Kriterien ist der 28%-Anteil an Exklusivvorführungen in Zürich seitens der Kitag Bern in der Gesamtbetrachtung auch nicht erheblich.

65. Unter diesen Gesichtspunkten gibt die Situation in Zürich ebenfalls keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

c) Ergebnis

66. Mit Blick auf die vorliegenden Zahlen zur Exklusivvorführung von Spitzenfilmen in Bern und Zürich können seitens durch die Kitag in Bern und in Zürich sowie seitens der Verleiher in den letzten Jahren keine Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen festgestellt werden. Insofern erübrigt sich eine nähere Betrachtung der Marktstellung einzelner Unternehmen.

67. Allerdings wird das Sekretariat der Wettbewerbskommission den Schweizer Kinofilmmarkt, insbesondere den Verleih von Spitzenfilmen, weiter beobachten. Sofern eine Kinogruppe beziehungsweise ein Kinobetreiber in nächster Zeit praktisch keine Spitzenfilme mehr erhält, obwohl deren Kinos aufgrund der bisherigen Spielpraxis sowie der spezifischen Eigenschaften (vgl. Rz. 50) für die Vorführung von Spitzenfilmen geeignet sind, könnten Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Artikel 7 KG vorliegen. Diese bedürften dann einer weiteren Prüfung.

B.3 Wettbewerbsabrede

68. Im Rahmen einer ersten Befragung der Unternehmen wurde das Sekretariat der Wettbewerbskommission auf eine Rahmenvereinbarung zwischen dem Schweizerischen Kino Verband (SKV) und dem Schweizerischen Filmverleiher-Verband (SFV) vom 1. Januar 1998 aufmerksam gemacht. Diese trat am 1. Januar 1991 in Kraft. Gemäss Artikel 12 der Rahmenvereinbarung ersetzte diese die "Filmmarktordnung" vom 31. Mai 1939/2. Februar 1965 zwischen dem Schweizerischen Lichtspieltheaterverband, deutsche und italienische Schweiz und dem SFV sowie die "Convention" zwischen der Association Cinématographique Suisse Romande und dem SFV vom 15. Januar 1948/13. Mai 1964. Die Vereinbarung vom 1. Januar 1998 wurde vom SFV per 31. Dezember 1998 gekündigt.

69. Die getroffenen Regelungen in dieser Vereinbarung sowie die Ausführungsbestimmungen gingen den Statuten der beiden Verbände vor und waren für die Mitglieder verbindlich. So wurden unter ande-

rem in Artikel 6 der Vereinbarung die Preise für die Miete und Nutzung eines Films in zwei Varianten festgesetzt. Variante 1 sah Preisstaffeln von 30% bis 60% der Nettoeinnahmen und, sofern vereinbart, eine Minimalgarantie von CHF 150.-- vor. In Variante 2 wurden Staffeln und/oder Prozentsätze von 30% bis 50% der Nettoeinnahmen, sofern vereinbart eine Minimalgarantie von CHF 150.-- beziehungsweise Fixpreise von mindestens CHF 150.--, festgelegt. Die Mitglieder beider Verbände wählten jeweils für die Dauer eines Jahres eine Variante aus und rechneten dementsprechend sämtliche Filme in diesem Zeitraum ab.

70. Verletzungen der Rahmenvereinbarung sowie der Ausführungsbestimmungen wurden mit Verweis oder Konventionalstrafen bis CHF 50'000.-- beziehungsweise im Rückfall bis CHF 100'000.-- sanktioniert.

71. Es galt zu überprüfen, ob diese mittlerweile gekündigte Vereinbarung immer noch eingehalten wird und ob unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 5 KG in Frage stehen. In einer zweiten Befragungsrunde wurden daher Kinos und Verleiher stichprobenweise für einige Filme beziehungsweise Blockbusters nach den Verleihkonditionen befragt.

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

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

74. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG 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.

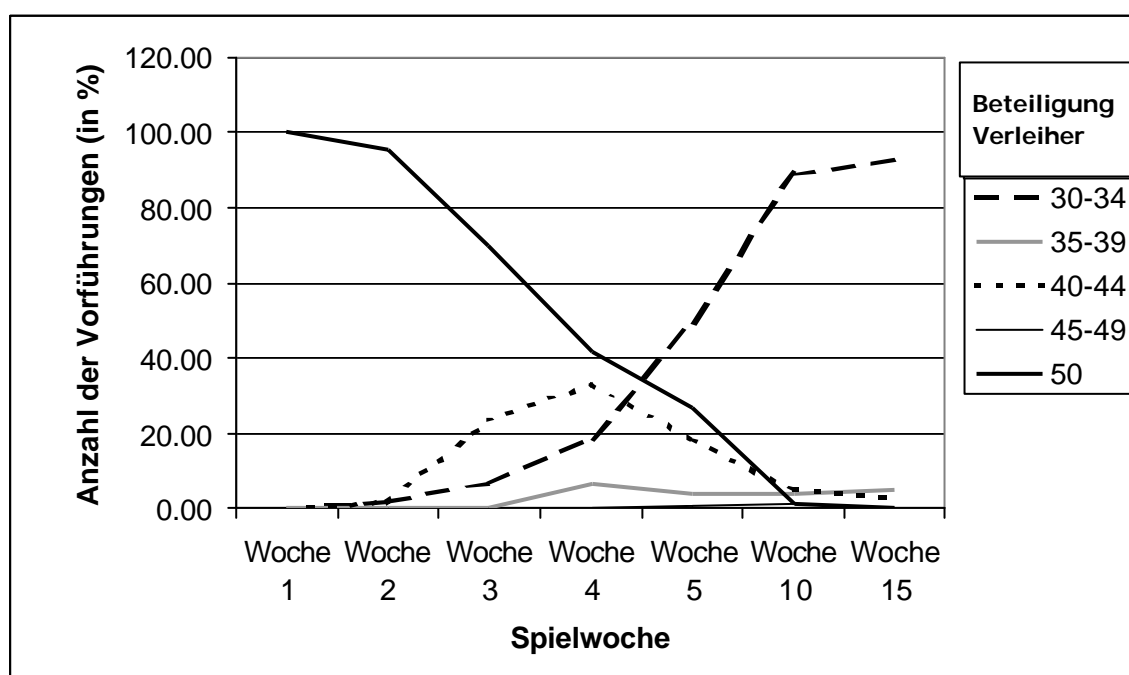
75. Die in der damaligen Rahmenvereinbarung festgesetzten Verleihpreise stellen Vereinbarungen von Unternehmen verschiedener Marktstufen, mithin vertikale Abreden, dar. Die Mitglieder der Verbände wurden dazu angehalten, die in der Rahmenvereinbarung statuierten Preise respektive Prozentsätze einzuhalten, was zu horizontalen Wirkungen der Abrede auf der Stufe Kinofilmverleiher/Kinobetreiber führen kann (vgl. dazu auch Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisge-

bundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz, RPW 1999/3, S. 454, Rz. 55 ff.).

76. Es könnte als erstes gefragt werden, warum sich die Entschädigung, welche die Verleiher von den Kinobetreibern erhalten, in Prozenten der Nettoeinnahmen aus den Kinoeintritten erfolgen und beispielsweise nicht aus einem fixen Betrag bestehen. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht, insbesondere auch bezüglich der Risikoverteilung, ist dies nachvollziehbar, da der Erfolg eines Films beim Publikum nur beschränkt voraussehbar ist. Derartige Abgeltungsmodelle sind auch aus anderen Ländern bekannt.

77. Die erwähnte Rahmenvereinbarung wurde auf Ende 1998 gekündigt. Allgemein lässt sich feststellen, dass die Kinofilmverleihbranche unter anderem mit dem Bau von neuen Multiplexkinos und der Revision des Filmgesetzes stark in Bewegung geraten ist.

78. Die Befragungen des Sekretariats haben Folgendes ergeben: In der ersten Spielwoche eines Filmes erhalten die Verleiher in den allermeisten Fällen 50% der Nettoeinnahmen, die der Film im Kino einspielt (in Ausnahmefällen liegen die Anteile über 50%, oder es werden auch Fixpreise bezahlt). In den folgenden Spielwochen sinkt dieser Anteil gegen 40% und später gegen 30%. Ab welcher Spielwoche der Anteil sinkt und später noch weiter sinkt, ist allerdings sehr unterschiedlich und wird in der Regel von Woche zu Woche neu verhandelt. Ebenso ist unterschiedlich, auf wie viel Prozent der Anteil sinkt: Der Anteil kann auf 45%, 37%, 33% und so weiter absinken. Der Anteil ist abhängig von den Einspielergebnissen beziehungsweise vom Zuschaufaufkommen der Vorwochen und wird in der Regel von Woche zu Woche neu ausgehandelt.



79. Für die Erstellung der oben stehenden Graphik wurden acht schweizerische Kinofilmverleiher (Warner Bros., UIP, rialto film, MPF, Frenetic Films, Columbus Film, Buena Vista und 20th CF) betreffend ihrer Partizipation an den Nettoeinnahmen an 35 zufällig ausgewählten Blockbustern befragt. Aus der Graphik wird ersichtlich, dass die Beteiligung der Verleiher an den Nettoeinnahmen eines Filmes mit zunehmender Spieldauer zurückgeht. Beträgt sie in der ersten Woche 50%, so überwiegt ab der fünften Woche eine Partizipation zwischen 30% und 34%.

80. Im Folgenden werden noch weitere, aus der Graphik nicht ersichtliche Tatsachen aufgeführt: Die meisten Filme bleiben mindestens fünf Wochen im Programm. Danach hängt der Entscheid über die weitere Vorführung sowie die Höhe der Beteiligung der Verleiher stark vom Erfolg des entsprechenden Filmes ab (so betrug z.B. die Beteiligung des Kinofilmverleihers [...] an den Nettoerträgen von [...] bis und mit zur zehnten Woche 50%. Beim Film [...] hingegen beteiligte sich der Kinofilmverleiher [...] ab der dritten Woche nur noch zu 30%, nach der fünften Woche verschwand der Film ganz aus dem Programm). Zudem wird das Sitzplatzangebot für einen Film der Nachfrage angepasst. So kann es vorkommen, dass ein Film mit zunehmender Spieldauer innerhalb des gleichen Kinohauses in immer kleineren Sälen gespielt wird. Daneben kommt es in seltenen Fällen vor, dass die Verleiher ihren Anteil an den Nettoeinnahmen aufgrund von über der Erwartung liegenden Einspielergebnissen wieder erhöhen.

81. Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass von wenigen anderen Fällen abgesehen der Verleiher je nach Spieldauer 50% bis 30% der Nettoeinnahmen erhält. Ab welcher Spielwoche der Prozentsatz sinkt und die genaue Höhe dieses Prozentsatzes sind Gegenstand von wöchentlich neu stattfindenden Verhandlungen zwischen den einzelnen Verleihern und Kinobetreibern. Es gilt auch zu berücksichtigen, dass die Branche mit dem Bau von neuen Multiplexkinos und der Revision des Filmgesetzes stark in Bewegung geraten ist. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission verzichtet daher im gegebenen Zeitpunkt auf weitere Vorkehren, wird aber die weitere Entwicklung beobachten.

C. Schlussfolgerungen

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

1. stellt fest, dass

a) derzeit keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in Bezug auf die exklusive Vermietung von Spitzenfilmen gemäss Artikel 7 KG bestehen.

b) derzeit keine Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 5 KG zwischen Filmverleihern und Kinobetreibern

über die Höhe der Verleihpreise von Kinofilmen gemäss Artikel 5 KG bestehen.

2. stellt die Vorabklärung ohne Folgen ein.
3. wird den Schweizer Kinofilmmarkt im Sinne der Erwägungen weiter beobachten.
4. teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.

B 2 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

B 2 2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste

B 2.2 1. Markt für Strassenbeläge

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon l'art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 4. Dezember 2000 gemäss Artikel 27 KG betreffend Markt für Strassenbeläge wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG

Abkürzungen der Unternehmen

ABW	ABW Wädenswil, Wädenswil
AG Cellere	Aktiengesellschaft Cellere AG, St. Gallen
AMB	AMB Asphaltmischwerke Bodensee GmbH & Co. KG, Singen, Deutschland
BAB	BAB Belag AG Birmensdorf, Birmensdorf
Badertscher AG	Badertscher AG, Kreuzlingen
BAS	BAS Belag AG Schaffhausen, Schaffhausen
Batigroup	Batigroup Holding AG, Basel
BAV	Belag AG Volketswil, Volketswil
BAW	Weiacher-Belag AG, Weiach
BBR	BBR Belag und Beton AG, Rothenburg
Belag Böttstein	Belags AG Böttstein, Böttstein

BHT	BHT Baustoff Holding Thur AG, Frauenfeld
BHZ	BHZ Baustoff Holding Zürich AG, Zürich
BHZ-V	BHZ Baustoff Verwaltungs AG, Zürich
Biturit	Biturit AG, Mülligen
Büttner	Büttner & Co., Winterthur
Cellere Aarau	Cellere AG Aarau, Aarau
Cellere Frauenfeld	Cellere AG Frauenfeld, Frauenfeld
Cellere Zürich	Cellere AG Zürich, Zürich
Centraphalt	Centraphalt, Asphaltmischwerke, Küssnacht
Egolf Holding	Philipp Egolf Holding AG, Weinfelden
Egolf Uster	Egolf AG Uster, Riedikon
Egolf Weinfelden	Egolf AG, Weinfelden
FBB	FBB Frischbeton + Baustoff AG Hinwil, Bauma
FBB Holding	FBB Holding AG, Hinwil
Granella	Granella Holding AG, Würenlingen
H+J	Hilti + Jehle GmbH, Feldkirch, Österreich
Hüppi Holding	Hüppi AG Holding, Cham
Hüppi Kreuzlingen	Hüppi AG Kreuzlingen, Kreuzlingen
Hüppi Zürich	Hüppi AG Zürich, Zürich
Käppeli	Käppeli's Söhne AG, Wohlen
Keller-Frei	Keller-Frei AG, Zürich
Kiesel Girsberger	Kiesel Girsberger-Bau AG, Winterthur
Kibag	Kibag Holding AG, Zürich
Meier	Meier Gebrüder AG, Tiefbau-Unternehmung, Brugg
Mifag	Mifag Mischgutwerk Frauenfeld AG, Frauenfeld
MIGU	MIGU Asphalt-Baugesellschaft M.B.H., Lustenau, Österreich
SCEH	Swiss Capital Equity Holdings AG, Zürich
Siderit	Siderit Beteiligungs AG, Dättwil
SMI	Schweizerische Mischgut-Industrie, Fachverband für bit. Mischgut, c/o. Belag und Beton AG Rothenburg

Storz	J. Friedrich Storz Strassen- und Tiefbau GmbH & Co., Tuttlingen, Deutschland
Tobega	Tobega AG, Winterthur
Trachsel	F. Trachsel AG, Frauenfeld
Turbag	Turbag AG, Bürglen
Vago	Vago AG, Müllheim-Wigoltingen
Walo Holding	Walo Bertschinger Holding AG, Zürich
Walo St. Gallen	Walo Bertschinger AG St. Gallen, St. Gallen
Walo Zürich	Walo Bertschinger AG, Zürich
Weibel	Weibel AG Wettingen, Wettingen
Wellauer	H. Wellauer AG, Frauenfeld
Wibag	Wibag Schwarzbelags AG, Aadorf

A. Sachverhalt

1. Der Einfachheit halber werden für die Unternehmensbezeichnungen nachfolgend die auf den Seiten 4 und 5 aufgeführten Abkürzungen verwendet.

A.1 Anlass und Verfahren

2. Mit Schreiben vom 3. November 1998 hat der gemeinsame Rechtsvertreter von Kiesel Girsberger und Büttner beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) Anzeige im Sinne von Artikel 26 Absatz 1 Kartellgesetz (KG) wegen angeblich kartellistischer Abreden auf dem Markt für Strassenbeläge in der Nordostschweiz erstattet und folgende Anträge gestellt:

"1. Es sei in Bezug auf die Verhältnisse auf dem Strassenbelagsmarkt in der Nordostschweiz (Kantone Zürich, Thurgau und Schaffhausen) eine Untersuchung zu eröffnen;

2. eventualiter, es sei in Bezug auf die Verhältnisse auf dem Strassenbelagsmarkt in der Nordostschweiz zunächst eine Vorabklärung durchzuführen".

3. Sowohl die Kiesel Girsberger wie auch die Büttner sind Strassenbauunternehmungen mit Sitz in Winterthur, welche vorwiegend in den Kantonen Zürich, Thurgau und Schaffhausen tätig sind. Für die Ausübung ihrer Tätigkeit sind Strassenbauer auf den Bezug von Strassenbelägen bei Belagsmischwerken angewiesen.

4. Die Kiesel Girsberger und die Büttner machen geltend, dass sie beim Bezug von Strassenbelägen durch unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen in der Nordostschweiz, inklusive grenznahe Ausland, behindert würden.

5. Aufgrund der eingereichten Anzeige führte das Sekretariat vom 21. Dezember 1998 bis zum 20. Juli 1999 eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG durch. Diese ergab Anhaltspunkte dafür, dass die nachfolgend genannten Unternehmen Preis-, Mengen- und Gebietsabreden auf dem Markt für Strassenbeläge treffen, diesen Markt vom grenznahen Ausland abschotten und durch diskriminierende Preisgestaltung die Wettbewerbsverhältnisse auf dem nachgelagerten Markt für Strassenbau verzerren.

6. Deshalb eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums am 20. Juli 1999 eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG in Sachen Wettbewerbsabreden auf dem Markt für Strassenbeläge. Diese wurde am 3. August 1999 durch amtliche Publikation im Bundesblatt bekanntgegeben. Adressaten der Untersuchung gemäss Eröffnungsschreiben waren:

- Badertscher AG
- BHT
- BHZ
- Biturit
- PBB
- Siderit

7. Im Laufe der Untersuchung ergaben sich Anhaltspunkte dafür, dass die Unternehmen, welche an der Siderit, der BHZ, der BHT und der Biturit direkt oder indirekt beteiligt sind, an den oben erwähnten Verhaltensweisen mitgewirkt haben könnten. Deshalb hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums die Untersuchung am 9. Mai 2000 auf folgende Unternehmen ausgedehnt:

Tabelle 1: Kontrollierende Unternehmen der Siderit, der BHZ, der BHT und der Biturit

	Name	Beteiligung an der	kontrolliert Unternehmen
a)	AG Cellere	Siderit	b) und c)
b)	Cellere Zürich	BHZ	d)
c)	Cellere Frauenfeld	BHT	
d)	Cellere Aarau	Biturit	
e)	Hüppi Holding	Siderit, BHZ, Biturit	f)
f)	Hüppi Kreuzlingen	BHT	
g)	Keller-Frei	BHZ	
h)	Vago	Siderit, BHZ, BHT	

i)	Kibag		h)
j)	Walo Zürich	Siderit, BHZ, Biturit	
k)	Walo St. Gallen	BHT	
l)	Walo Holding		j) und k)
m)	Granella	Siderit, Biturit	n)
n)	Weibel	Biturit	
o)	Egolf Holding	Siderit	p)
p)	Egolf Weinfelden	BHT	
q)	Trachsel	BHT	
r)	Wellauer	BHT	
s)	Meier	Biturit	

8. In der Publikation betreffend die Ausdehnung vom 30. Mai 2000 wurde darauf hingewiesen, dass die Untersuchung auch auf allfällige weitere Unternehmen, welche mittelbare oder unmittelbare Anteilseigner der Siderit, der BHZ, der BHT und der Biturit sind, ausgedehnt wird. Dementsprechend wurde am 21. September 2000 folgenden Unternehmen mitgeteilt, dass sie ebenfalls Partei der Untersuchung sind:

- Egolf Uster (aufgrund ihrer Beteiligung an der BHZ; kontrolliert durch die Egolf Holding)
- Hüppi Zürich (aufgrund der rückwirkend auf den 1. Januar 1999 erfolgten Übernahme von der Hüppi Kreuzlingen inkl. Beteiligung an der BHT; kontrolliert durch die Hüppi Holding)

9. Zur Klärung des relevanten Sachverhalts wurden den Adressaten der Untersuchung, unbeteiligten Belagsmischwerken, Strassenbauunternehmen und Amtsstellen Fragebogen zugestellt. Ebenfalls befragt wurde der Fachverband SMI.

10. Die Adressaten der Untersuchung werden - mit Ausnahme der FBB, der Badertscher AG und der Kibag - vom selben Rechtsanwalt vertreten. Diesem wurden am 29. Mai 2000 auf dessen Gesuch hin das Aktenverzeichnis sowie eine Kopie der um Geschäfts- und Amtsgeheimnisse bereinigten Akten zugestellt.

11. Auf Gesuch hin wurden den Anzeigerstattem Kopien der um Geschäfts- und Amtsgeheimnisse bereinigten Akten am 28. Juni 2000, der FBB am 29. Juni 2000 zugestellt.

12. Bei diversen Aktenstücken der Siderit, der BHZ, der BHT, der Biturit und der FBB mussten umfangreichere Abklärungen betreffend darin enthaltener Geschäftsgeheimnisse getroffen und Zusammenfassungen der letzteren erstellt werden. Diese sowie die zusätzlichen neuen Akten wurden der FBB, dem Rechtsvertreter der Anzeigerstat-

ter sowie dem in Randziffer 10 genannten Rechtsvertreter in bereinigter Form am 26. September 2000 übermittelt.

13. Die Badertscher AG erhielt am 7. Juni 2000 das Aktenverzeichnis mit dem Hinweis, dass die Akten auf Gesuch hin eingesehen werden können. Von diesem Recht machte sie nicht Gebrauch.

14. Der Antrag des Sekretariats, inklusive aktuelles Aktenverzeichnis sowie Mitgliederverzeichnis der Wettbewerbskommission (Weko), wurde den Parteien am 18. Oktober 2000 zur Stellungnahme zugestellt. Gleichzeitig erhielten auch die Mitglieder der Weko den Antrag und das Aktenverzeichnis (Akten 248 ff.).

15. Mit Stellungnahme vom 20. November 2000 anerkennt der in Randziffer 10 erwähnte Rechtsvertreter die Dispositivpunkte Ziffer 1 bis 3. In diesem Zusammenhang stellt er den Antrag, den Parteien eine Frist von 30 Tagen - beginnend ab Datum der Zustellung der Verfügung - einzuräumen, um die Alleinvertriebsvereinbarung aufzuheben. Des Weiteren beantragt er, anstelle der von ihm vertretenen Egolf Holding die ebenfalls von ihm vertretene SCEH als Partei zu qualifizieren. Ebenfalls beanstandet er die Höhe und Verteilung der Kosten.

16. Die FBB, deren Verhalten im Antrag des Sekretariats nicht als kartellrechtswidrig qualifiziert wurde (vgl. Rz. 95), hat sich in ihrer Stellungnahme vom 10. November 2000 sowohl zum Sachverhalt und den Erwägungen, wie auch zu ihrer Kostenpflicht geäußert. Insbesondere macht sie geltend, dass sie eine vierte Preisliste für Kleinstbezüger verwende, welche sich von derjenigen für Kleinbezüger unterscheidet.

17. Die Badertscher AG verzichtete auf eine schriftliche Stellungnahme, befand den Inhalt und die Schlussfolgerungen des Antrages jedoch telefonisch für richtig und stellte den Antrag, von der Kostenpflicht befreit zu werden.

18. Die Kibag machte weder von ihrem Recht auf Akteneinsicht Gebrauch, noch reichte sie eine Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats ein.

19. Mit Schreiben vom 20. November 2000 erklärte der Rechtsvertreter der Anzeigerstatter, dass seine Mandanten keine Bemerkungen zum Antrag des Sekretariats hätten.

20. Soweit erforderlich, wird in den entsprechenden Abschnitten im Sachverhalt und den Erwägungen auf die Stellungnahmen eingegangen. Beweisanträge wurden in keiner Stellungnahme gestellt.

21. Die Stellungnahmen wurden der Wettbewerbskommission am 28. November 2000 zugestellt. Am 4. Dezember 2000 hat die Weko in vorliegender Sache entschieden.

A.2 Die beteiligten Unternehmen

A.2.1 Die beteiligten Schweizer Anbieter von Strassenbelägen

22. Die **BHZ** bezweckt die Beteiligung an Unternehmen, welche vorwiegend Mischgut und andere Baustoffe für Strassen-, Hoch- und Tiefbau herstellen und veräußern sowie entsprechende Anlagen betreiben. Folgende Belagswerke sind ganz oder teilweise Tochterunternehmen der BHZ:

- BAV; Kapitalmehrheit durch die BHZ
- BAW; Kapitalmehrheit durch die BHZ
- BAB; Kapitalmehrheit durch die BHZ
- ABW; Kapitalmehrheit durch die BHZ
- Tobega; Beteiligung der BHZ: zirka 1/3
- Wibag; Beteiligung der BHZ: zirka 1/4; Kapitalmehrheit zusammen mit der BHT
- BAS; Kapitalmehrheit durch die BHZ (seit 19. Juni 1996 rückwirkend auf 1. Januar 1996)

Von der Wibag werden Baustellen in den Kantonen Zürich und Thurgau beliefert; die BAS ist praktisch nur im Kanton Schaffhausen tätig. Das Liefergebiet der anderen Werke beschränkt sich im Wesentlichen auf den Kanton Zürich.

23. Die Leitung und Verwaltung dieser Unternehmen erfolgt durch die BHZ-V, welche von der BHZ kontrolliert wird.

24. Die BHZ selbst wird durch folgende Strassenbaufirmen kontrolliert:

- Cellere Zürich [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]
- Egolf Uster (wurde rückwirkend auf den 1. März 2000 durch die SCEH übernommen); [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]
- Hüppi Holding [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]
- Keller-Frei [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]
- Vago [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]
- Walo Zürich [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]

25. Die **BHT** bezweckt die Beteiligung an Unternehmen, welche vorwiegend Mischgut und andere Baustoffe für Strassen-, Hoch- und Tiefbau herstellen und veräußern sowie entsprechende Anlagen betreiben. Folgende Mischwerke sind ganz oder teilweise Tochterunternehmen der BHT:

- Mifag; Kapitalmehrheit durch die BHT
 - Turbag; je ein Werk in Bürglen und Weinfeld; Kapitalmehrheit der BHT
 - Wibag; Beteiligung der BHT: zirka 1/3; Kapitalmehrheit zusammen mit der BHZ
-

Von der Wibag werden sowohl Baustellen in den Kantonen Zürich und Thurgau beliefert; die Mifag und Turbag sind praktisch nur im Kanton Thurgau tätig.

26. Folgende Strassenbauunternehmen kontrollieren die BHT:

- Cellere Frauenfeld [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]
- Egolf Weinfeld (wurde rückwirkend auf den 1. März 2000 durch die SCEH übernommen) [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]
- Hüppi Kreuzlingen (wurde rückwirkend auf den 1. Januar 1999 von der Hüppi Zürich übernommen) [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]
- Trachsel [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]
- Vago [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]
- Walo St. Gallen [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]
- Wellauer [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]

27. Die **Biturit** betreibt Belagsmischwerke in Mülligen und in Siggenthal-Station. 1998 wurde die Produktion in Siggenthal-Station mangels Nachfrage eingestellt. Bis dahin wurde von beiden Werken, abgesehen von wenigen Baustellen im Kanton Zürich, nur an Kunden im Kanton Aargau geliefert.

28. Die Biturit wird von folgenden Aktionären kontrolliert:

- Cellere Aarau [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]
- Granella [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]
- Hüppi Holding [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]
- Meier [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]
- Walo Zürich [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]
- Weibel [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]
- sowie drei natürliche Personen mit Anteilen von unter 5%

29. Die "**Siderit** ist ein Gemeinschaftsunternehmen von Schweizer Strassenbauunternehmen mit Beteiligungen an Mischwerkanlagen, welche zur Erbringung ihrer Leistungen Asphalt benötigen". Die Siderit verfügt über keine eigenen Belagsmischwerke, ist aber Vertragspartnerin der in Kapitel A.3.1 (Rz. 42 ff.) beschriebenen Alleinvertriebsvereinbarungen.

30. Die Siderit wird von folgenden Strassenbauunternehmen kontrolliert:

- AG Cellere [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]
 - Egolf Holding (befindet sich in Nachlassliquidation; deren Beteiligung an die Siderit wurde per 10. März 2000 von der SCEH übernommen) [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]
 - Granella [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]
 - Hüppi Holding [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]
 - Vago [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]
 - Walo Zürich [Beteiligung: Geschäftsgeheimnis]
-

31. Die **Badertscher AG** ist ein Strassenbauunternehmen, welches hauptsächlich in den Kantonen Thurgau und Zürich tätig ist. Im Rahmen der unter A.3.1 beschriebenen Alleinvertriebsvereinbarungen ist die Badertscher AG insbesondere für die Disposition von Strassenbelägen aus Deutschland in den Kanton Thurgau zuständig. Sie unterhält keine eigenen Belagsmischwerke.

32. Von der **FBB** werden in Hinwil und in Kloten Belagsmischwerke betrieben, von welchen aus Strassenbeläge vor allem in den Kanton Zürich geliefert werden.

33. Die FBB wird von der FBB Holding kontrolliert. Neben der FBB Holding sind gegenwärtig zehn weitere Unternehmen, darunter drei Strassenbauunternehmen, mit Anteilen zwischen 0,1% und zirka 5% an der FBB beteiligt. Die FBB wird somit - im Gegensatz zu den anderen genannten Belagsmischwerken - nicht von Strassenbauern kontrolliert.

A.2.2 Die beteiligten deutschen Anbieter von Strassenbelägen

34. Die **AMB** betreibt folgende Mischwerke zur Herstellung und zum Verkauf von Strassenbelägen:

- Mischwerk Singen
- Mischwerk Waldshut
- Mischwerk Steisslingen (1996 von der F. Kirchhoff GmbH, Sigma- ringen, übernommen)

35. Von diesen Mischwerken aus werden Baustellen in den Kantonen Schaffhausen, Thurgau, Zürich und Aargau beliefert.

36. Die **Storz** betreibt ein Mischwerk in Welschingen und liefert in dieselben Kantone wie die AMB.

A.2.3 Die Aktionäre der beteiligten Schweizer Belagsanbieter

37. Bei den Unternehmen, welche die Siderit, die BHZ, die BHT und die Biturit kontrollieren (vgl. Tab. 1, Rz. 8 sowie Kap. A.2.1, Rz. 22 ff.), handelt es sich ausschliesslich um Bauunternehmen beziehungsweise deren Muttergesellschaften. Diese sind für die Ausübung ihrer Tätigkeiten auf den Bezug von Strassenbelägen angewiesen.

38. Die Aktionäre der Siderit - Hüppi Holding, AG Cellere, Walo Holding, Egolf Holding, Granella und Vago - verfügen zusammen direkt oder über ihre 100%igen Tochtergesellschaften jeweils über die Kapitalmehrheit bei der BHZ, der BHT und der Biturit.

39. Die Hüppi Kreuzlingen, welche an der BHT beteiligt ist, wurde rückwirkend auf 1. Januar 1999 von der Hüppi Zürich übernommen. Als Folge dieser Übernahme ist die Hüppi Zürich als Rechtsnachfolgerin

von der Hüppi Kreuzlingen und somit als Partei der Untersuchung anzusehen. Die Hüppi Zürich wird von der Hüppi Holding kontrolliert.

40. Die Egolf Holding befindet sich in Nachlassliquidation. Die SCEH hat per 1. März 2000 deren Beteiligung an der Siderit sowie der Egolf Uster und der Egolf Weinfeldten inklusive deren Beteiligungen an der BHZ beziehungsweise der BHT übernommen (vgl. Rz. 86).

A.3 Gegenstand der Untersuchung

41. Einleitend sei festgestellt, dass die Preise der AMB und der Storz (Deutschland) sowie der H+J und der MIGU (Österreich) deutlich unter denjenigen der Schweizer Belagswerke liegen. In ihrer Stellungnahme vom 10. November 2000 stimmt die FBB dieser Feststellung zu und begründet die höheren Preise in der Schweiz insbesondere mit höheren Produktions- und Transportkosten.

A.3.1 Alleinvertriebsvereinbarungen

42. Die **Siderit** und die **AMB** haben am 24. Juni 1996 eine schriftliche Vereinbarung abgeschlossen, welche am 1. Juli 1996 in Kraft trat.

43. Diese Vereinbarung enthält zusammenfassend folgende Bestimmungen:

- Die AMB gewährt der Siderit den Alleinvertrieb für die Kantone Aargau, Zürich, Schaffhausen und Thurgau und verpflichtet sich zur Enthaltung jeglicher Verkaufsaktivitäten in diesem Gebiet.
 - Im Gegenzug verpflichtet sich die Siderit, jährlich eine Mindestmenge von [20'000-30'000] Tonnen aus der Produktion der AMB in der Schweiz abzusetzen. Bei Objekten mit einem Bedarf an Strassenbelag von mehr als [5'000-10'000] Tonnen liefert die AMB anteilig [0-5'000] Tonnen bis maximal [30'000-40'000] Tonnen.
 - Der Bezug von Strassenbelag aus Deutschland erfolgt ausschliesslich über die Werke der AMB.
 - Des Weiteren verpflichtet sich die Siderit, dass jene Mischwerke, auf welche sie einen bestimmenden Einfluss ausüben kann - dies sind die BHZ, die BHT und die Biturit -, keinen Strassenbelag in das Absatzgebiet der AMB auf deutscher Seite zu liefern.
 - Die Preise sollen so abgestimmt werden, dass die Siderit im Wettbewerb auf dem Schweizer Markt erfolgreich bestehen kann. Sorten, Qualitätsmerkmale und Preise werden in einer Preisliste festgelegt, welche integraler Bestandteil der Vereinbarung ist.
 - Falls die vereinbarten Mindestmengen überschritten werden, gewährt die AMB der Siderit einen Preisnachlass in der Höhe von DM [0.-- bis 10.--] pro Tonne als Gutschrift; falls die garantierte Mindestabnahmemenge nicht erreicht wird, vergütet die Siderit der AMB DM [15.-- bis 25.--] je Tonne.
-

- Die Vereinbarung verlängert sich jeweils am Ende des Jahres automatisch um weitere 12 Monate, sofern sie nicht unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten auf Jahresende gekündigt wurde.

44. Die Gesamtkoordination dieser Vereinbarung, insbesondere der Ein- und Verkauf des Mischgutes beziehungsweise die Kontrolle der Bezugsmengen, erfolgt nicht durch die Siderit selbst, sondern wird von der BHZ-V wahrgenommen. Die BHZ-V erhält für ihre Tätigkeiten CHF 4.-- pro gelieferte Tonne Mischgut, die Siderit als Vertragspartnerin eine Vergütung von CHF 1.-- pro Tonne.

45. Die vereinbarten Mengen werden über folgende Mischwerke bei der AMB bezogen und in der Schweiz vertrieben:

- BHZ (Kantone ZH und SH): [40-60%] ([10'000-15'000] t/Jahr)
- BHT (Kanton TG): [30-40%] ([5'000-10'000] t/Jahr)
- Biturit (Kanton AG): [10-20%] ([0-5'000] t/Jahr)

46. Die Preise ab der AMB für Aktionäre der BHZ, der BHT, der Biturit und der Siderit liegen gemäss "Konzept Mischgutverkäufe" jeweils zirka CHF 5.-- pro Tonne unter demjenigen von Drittkunden¹. Die über ½ bis 1½ Jahren gestaffelte Erhöhung der Preise für Drittkunden wird folgendermassen begründet:

- allgemeine Anpassung der Exportpreise
- Lieferung gemäss Schweizer Normen (vgl. Rz. 112)
- Garantie von fünf Jahren gemäss Anforderungen der öffentlichen Bauherrschaften in der Schweiz
- Teuerung

47. Offertanfragen von Aktionären werden jeweils direkt durch die BHZ (Kantone Zürich und Schaffhausen), die BHT (Kanton Thurgau) beziehungsweise die Biturit (Kanton Aargau) behandelt; Offertanfragen Dritter bei der AMB werden an die BHZ-V verwiesen.

48. Die **Badertscher AG**, welche einen Handel mit Mischgut von der AMB für Strassenbauer in die Kantone Zürich und Thurgau betreibt, unterzeichnete am 29. Mai 1997 einen Vertrag mit der Siderit, der BHZ, der BHT und der Biturit. Dessen Bestimmungen werden nachfolgend zusammenfassend wiedergegeben:

- Die Siderit legt zusammen mit der Badertscher AG die Verkaufspreise für das ab deutschen Mischgutwerken in die Kantone Thurgau und Zürich importierte Mischgut franko Baustelle fest.

¹ Gemäss Auskunft des Rechtsvertreters der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen sei diese Bestimmung nicht in die Tat umgesetzt worden (Akte 222). Allerdings ist dies nicht relevant für die nachfolgenden Erwägungen.

- Die Badertscher AG besorgt im Auftrag der BHT die Disposition für das von deutschen Werken gelieferte Mischgut in den Kanton Thurgau. Die Akquisition von Aufträgen ist in Absprache mit der Siderit möglich. Sämtliche Lieferungen in die Schweiz an Abnehmer, die nicht Aktionäre der BHZ, der BAS, der BHT und der Biturit sind, erfolgen über die Badertscher AG.
 - Gemäss Vereinbarung vom 29. Mai 1997 stellt die Badertscher AG die Transporte für das disponierte Mischgut ab deutschen Anlagen der Siderit in Rechnung. Die Verrechnung der Mischgutlieferungen an die Kunden erfolgt durch die Siderit. Diese Regelung wurde am 20. Juni 1996 wie folgt revidiert: Die Abrechnung erfolgt nicht mehr über die Siderit, sondern durch die Badertscher AG selbst, wobei ein Aufschlag von DM 8.-- bis DM 10.-- auf den Listenpreisen berechnet wird. Dieser Aufschlag wird direkt an die Siderit beziehungsweise die BHZ-V vergütet.
 - Die Badertscher AG verpflichtet sich, kein Mischgut von Konkurrenzanlagen im In- oder Ausland zu vermitteln, einzuführen oder zu verarbeiten.
49. Durch eine vertragliche Vereinbarung vom 14. Juli/4. August 1997 ist die Storz in vollem Umfang der Alleinvertriebsvereinbarung zwischen der Siderit und der AMB beigetreten.
50. Die zwischen der Siderit und der AMB festgelegte Mindestmenge wird damit wie folgt aufgeteilt: [60-80]% [15'000-20'000 Tonnen] liefert die AMB ab den Mischwerken Singen, Steisslingen und Waldshut, die Storz liefert [20-40]% [5'000-10'000 Tonnen] ab dem Mischwerk Welschingen.
51. Mit Vertrag vom 25. August 1997 zwischen der Siderit und der AMB wurde die vertragliche Mindestmenge auf [20'000-35'000] Tonnen erhöht. Die Mehrmenge von [0-5'000 Tonnen] wird durch die Storz geliefert. Die Preise ab der AMB und der Storz wurden verschiedentlich gemeinsam angepasst.
52. Gemäss Angaben der Untersuchungsadressaten wurden die Alleinvertriebsvereinbarungen der Siderit mit der AMB und der Storz durch die "ursprünglichen vier Aktionäre der Siderit" initiiert. Dies sind:
- Hüppi Holding
 - AG Cellere
 - Granella
 - Walo Zürich
53. Die Vago, welche an der BHZ und der BHT beteiligt ist, und die Egolf Holding sind im Herbst 1996 - also nach Abschluss der Vereinbarung mit der AMB, aber vor Einbezug der Storz und der Badertscher
-

AG - Aktionäre der Siderit geworden. Die Egolf Holding befindet sich derzeit allerdings in Nachlassliquidation.

54. Die Vereinbarungen sind im Wesentlichen durch die oben genannten Aktionäre der Siderit zusammen mit den Verwaltungsräten der BHZ, der BHT und der Biturit ausgehandelt worden. Letztere vertreten die Unternehmen, welche die BHZ, die BHT und die Biturit kontrollieren (vgl. Kap. A.2.1, Rz. 22 ff.).

55. Die oben erwähnten Vereinbarungen haben nach wie vor Gültigkeit und werden befolgt.

A.3.2 Preisgestaltung der BHZ und der FBB

56. Während die BHZ Unterzeichnerin der oben dargestellten Alleinvertriebsvereinbarungen ist, trifft dies für die FBB nicht zu. Die Vorabklärung ergab allerdings Anhaltspunkte dafür, dass diese beiden vorwiegend im Kanton Zürich tätigen Unternehmen ihre Preise implizit oder explizit aufeinander abstimmen.

57. Sowohl die BHZ wie auch die FBB kennen, unabhängig von allfälligen Rabatten und Sonderkonditionen, verschiedene Preiskategorien:

- 1) Preise für Aktionäre
- 2) Preise für nicht-assoziierte Strassenbauunternehmen beziehungsweise Grossbezüger (BHZ: Preisliste blau; FBB: Preisliste gelb)
- 3) Preise für Kleinbezüger (BHZ: Preisliste grün; FBB: Preisliste blau)

Gemäss ihrer Stellungnahme vom 10. November 2000 gibt die FBB zusätzlich eine vierte Preisliste (grün) für Kleinstbezüger heraus, nach welcher sie unter anderem die Bezüge der Amtsstellen zum Eigeneinbau abrechnet.

58. Zur Analyse der Preisunterschiede beziehungsweise -ähnlichkeiten zwischen den beiden Unternehmen wurden die Preise jener Belagssorten verwendet, welche in qualitativer Hinsicht gemäss den Schweizer Normen SN 640 431a und SN 640 452c standardisiert sind und von praktisch jedem Mischwerk angeboten werden. Als Basis für die Berechnung der prozentualen Unterschiede dienen die Preise der BHZ.

59. Für die **Aktionäre** beider Unternehmen existieren keine speziellen Preislisten: Diejenigen der BHZ erhalten auf die Preise der Preisliste blau einen Grundrabatt von 5% plus eine Preisminderung von CHF 8.-- pro Tonne. Die FBB gewährt ihren Aktionären, welche im Strassenbau tätig sind, einen Grundrabatt von CHF 8.-- bis CHF 15.-- pro Tonne auf die Preisliste gelb. Die in der Stellungnahme der FBB enthaltene Aussage, die Rabatte für Aktionäre betrügen lediglich CHF 4.-- bis CHF 5.-- pro Tonne, steht in klarem Widerspruch zur Eingabe vom 8. September 2000, in welcher die FBB selbst betont, dass ihre im Strassenbau täti-

gen Aktionäre einen Grundrabatt zwischen CHF 8.-- und CHF 15.-- pro Tonne erhalten würden. Die Preise der FBB für Aktionäre liegen durchschnittlich rund 3% unter denjenigen der BHZ. Der Durchschnittspreis pro Tonne beträgt bei der BHZ CHF 99.-- und bei der FBB CHF 97.--².

60. Der Unterschied bei den Preisen für nicht-assoziierte **Strassenbauunternehmen** bewegt sich in derselben Grössenordnung wie derjenige für Aktionäre: Beziehen Strassenbauunternehmen den Belag bei der FBB, sparen sie dadurch im Vergleich zur BHZ rund 5%; der Durchschnittspreis pro Tonne beträgt bei der BHZ CHF 113.--, bei der FBB CHF 108.--.

61. In der Kategorie der **Kleinbezüger** liegen die Preise der FBB rund 18% unter denjenigen der BHZ. Diese Differenz ist, wie bei den Preisen für Aktionäre und unabhängige Strassenbauunternehmen, sowohl über die betrachteten Belagssorten wie auch über die bezeichnete Periode hinweg relativ stabil. Die Bezüge der Amtsstellen werden bei beiden Unternehmen gemäss den grünen Preislisten abgerechnet, die sich entsprechen. Dies bestätigen die Angaben des Tiefbauamtes der Stadt Zürich, wonach die FBB und die BHZ für den Belagsbezug zum Eigeneinbau "stets beinahe identische Preislisten vorzeigen" würden.

62. Zusätzlich zu den Unterschieden beziehungsweise Ähnlichkeiten in den Preislisten sind allfällige Rabatte und Sonderkonditionen zu berücksichtigen. Die Gewährung von Preisnachlässen ist bei beiden Unternehmen von mannigfaltigen, zum Teil subjektiven Faktoren abhängig; hinzu kommt, dass sich die beiden Rabattsysteme relativ stark unterscheiden. Ein aussagekräftiger quantitativer Vergleich ist aus diesen Gründen kaum möglich. Gemacht werden können jedoch Aussagen über die Wirkungsrichtung der Rabatte auf die Preisunterschiede gemäss Preislisten.

63. Die Aktionäre der **BHZ** erhalten Preisnachlässe, wenn sie Belag von der BAS Schaffhausen kaufen (ca. CHF 10.--/t); begründet wird dies mit tieferen Inputpreisen der BAS. Zudem werden ihnen generelle Rückvergütungen von durchschnittlich [Geschäftsgeheimnis CHF [...]/t] gutgeschrieben. Diese hängen nach Angaben der Partei vom Jahresergebnis der Mischwerke ab, sind jedoch nicht mit Dividendenzahlungen zu verwechseln. Sonderkonditionen in der Höhe von durchschnittlich CHF 20.-- pro Tonne würden einzelfallweise auf Gesuch hin allen Strassenbauunternehmen gewährt, faktisch profitierten davon in den Jahren 1995-1997 jedoch vorwiegend die Aktionäre der BHZ. Unabhängige

² Die Preisdifferenzen zwischen der BHZ und der FBB wurden nicht aufgrund der durchschnittlichen Preise pro Tonne berechnet, da sie aufgrund der unterschiedlichen Preise für die verschiedenen Belagssorten grössere Ungenauigkeiten mit sich gebracht hätten. Stattdessen wurden die Preisdifferenzen für jede Belagssorte gesondert und daraus der Durchschnitt berechnet. Dies gilt auch für die nachfolgenden Ausführungen.

Strassenbauer erhalten Mengenrabatte zwischen CHF 1.-- bis maximal CHF 8.-- pro Tonne auf die Preisliste blau.

64. Die FBB kennt Objektrabatte für Aktionäre sowie als Pendant dazu Mengenrabatte für nicht-assoziierte Strassenbauunternehmen. Diese bewegen sich ungefähr in derselben Höhe bei zirka CHF 12.-- pro Tonne. Die - zu den eben erwähnten Umsatzrabatten nicht kumulativen - Sonderkonditionen werden beiden Kundengruppen für Bezüge über 5'000 Tonnen und in Abhängigkeit der Auslastung, des Bitumen- und Energiepreises und so weiter gewährt. Die Sonderkonditionen betragen ab Werk Hinwil rund CHF 14.-- pro Tonne, ab Kloten durchschnittlich CHF 27.-- pro Tonne. Die Aktionäre der FBB erhalten keine Rückvergütungen.

65. Zusammenfassend ergeben sich folgende Preisdifferenzen, wobei die exakte Höhe des Unterschiedes aus den in Randziffer 62 genannten Gründen offen bleiben muss:

- **Aktionäre:** Die FBB ist gemäss Preisliste rund 3% billiger als die BHZ. Da sich die BHZ bei den Rabatten insbesondere gegenüber ihren Aktionären grosszügig zeigt und diese zusätzlich von Rückvergütungen profitieren, kommen ihre Anteilseigner letztlich günstiger zu Belag, als jene der FBB.
- **Strassenbauunternehmen:** Nicht-assoziierte Strassenbauer kaufen bei der FBB im Durchschnitt 5% billiger ein als bei der BHZ. Diese Differenz erhöht sich unter Miteinbezug der Rabatte ein wenig.
- **Klein- und Kleinstbezüger:** Rabatte spielen in Folge der geringen Absatzmenge je Einzeltransaktion sowie der untergeordneten Bedeutung dieser Abnehmergruppe insgesamt kaum eine Rolle. Die dargestellten Preisdifferenzen beziehungsweise -ähnlichkeiten entsprechen damit ungefähr den tatsächlichen Unterschieden: Für Kleinbezüger ist die FBB rund 18% billiger als die BHZ; Amtstellen bezahlen bei beiden Unternehmen gleich viel.

66. Während die BHZ ihren Belag hauptsächlich an die eigenen Aktionäre verkauft, - der Anteil der Aktionäre am Gesamtumsatz beträgt im Durchschnitt über 80% - erwirtschaftet die FBB ihren Umsatz vor allem mit unabhängigen Strassenbauunternehmen: Diese beziehen im Durchschnitt rund 75% des von der FBB hergestellten Strassenbelags. Der an Klein- beziehungsweise Kleinstbezüger gelieferte Belag spielt bei beiden Unternehmen mengenmässig eine untergeordnete Rolle.

A.3.3 Preisdifferenzierung nach Kundengruppen

67. Die Anbieter von Strassenbelägen differenzieren ihre Preise in der Regel nach folgenden Kundengruppen:

- 1) Aktionäre

- 2) unabhängige Strassenbauunternehmen beziehungsweise Grossbezüger
- 3) Kleinbezüger³

68. Für die Analyse der Preisunterschiede wurden wiederum die Preise jener Belagssorten verwendet, welche normiert sind und von praktisch jedem Mischwerk angeboten werden (vgl. Rz. 58).

69. Die durchschnittliche Preisdifferenz zwischen Aktionären und unabhängigen Strassenbauunternehmen gemäss Preislisten⁴ beträgt über die Jahre 1995 bis 1998 und die betrachteten Belagssorten hinweg bei der

- BHT 5%
- FBB 12%
- BHZ 14%
- Biturit 24%

70. Die Preisunterschiede der BHT, der BHZ und der FBB variieren weder über die Jahre noch über die verschiedenen Belagssorten hinweg. Die grössten Abweichungen in beiderlei Hinsicht sind bei der Biturit feststellbar - von 1997 auf 1998 hat sich die Differenz zwischen den Preisen für Aktionäre und unabhängige Strassenbauer von 23% auf 30% erhöht.

71. Bezieht man die Rabatte in die Betrachtung mit ein, so ergibt sich folgendes Bild:

- Die Aktionäre der **BHZ** erhalten wesentlich höhere Rabatte als nicht-assoziierte Strassenbauer: Sie können mit Rückvergütungen von zirka [Geschäftsgeheimnis CHF [...]/t], Preisnachlässen für den Bezug bei der BAS von CHF 10.-- pro Tonne plus Sonderkonditionen von durchschnittlich CHF 20.-- pro Tonne rechnen. Letztere würden zwar auch nicht-assoziierten Unternehmen gewährt; faktisch profitieren davon jedoch in der grossen Mehrheit die Anteilseigner.
- Für Mischgut, welches im Oberthurgau eingebaut wurde, gewährte die **BHT** generell allen Bezüger einen Rabatt von CHF 8.-- pro Tonne. Nicht-assoziierten Strassenbauern werden in Abhängigkeit der Bezugsmenge Nachlässe von CHF 5.-- pro Tonne gewährt, die Rabatte für Aktionäre liegen zwischen CHF 12.-- und CHF 15.-- je

³ Da lediglich die FBB eine Kategorie "Kleinstbezüger" kennt und diese absatzmässig kaum ins Gewicht fällt, wird diese Kundengruppe nachfolgend - mit Ausnahme von **Randziffer 73** - nicht mehr gesondert betrachtet.

⁴ Die BHZ und die FBB kennen keine speziellen Aktionärspreislisten, sondern gewähren den ihnen assoziierten Strassenbauunternehmen die in **Randziffer 60** aufgeführten Grundrabatte und Preisminderungen.

Tonne. Für die Jahre 1995/96 beziffert die BHT den gesamten Preisvorteil der Aktionäre auf CHF 15.-- pro Tonne, für die Jahre 1997/98 auf CHF 10.-- pro Tonne.

- Die **Biturit** kennt Transportrückvergütungen zwischen CHF 1.-- bis CHF 5.-- pro Tonne, welche sie sowohl ihren Aktionären wie auch unabhängigen Strassenbauern gewährt. Die Aktionäre können zusätzlich fallweise von Spezialrabatten in der Höhe von durchschnittlich CHF 9.-- pro Tonne profitieren. Die Rückvergütungen an die assoziierten Strassenbauunternehmen liegen im Durchschnitt bei [Geschäftsgeheimnis CHF [...]t]. Die Biturit macht in diesem Zusammenhang geltend, dass ein Preisvorteil der Aktionäre gegenüber dritten Strassenbauunternehmen nicht beziffert werden könne, da letztere kaum Belag von ihr beziehen würden.
- Demgegenüber zeigt sich die Situation bei den Rabatten der **FBB** sehr viel ausgeglichener: Die Sonderkonditionen (ca. CHF 14.--/t ab Kloten und ca. CHF 27.--/t ab Hinwil) werden beiden Kundengruppen gewährt; die Aktionäre erhalten Objektrabatte zwischen CHF 10.-- und CHF 12.-- pro Tonne, die unabhängigen Strassenbauunternehmen profitieren von Mengenrabatten von bis zu CHF 12.-- pro Tonne.

72. Den geringsten durchschnittlichen Preisunterschied zwischen **Aktionären und Kleinbezügern** weist die FBB auf:

- FBB 18%
- Biturit 31%
- BHZ 39%
- BHT 42%

73. In ihrer Stellungnahme weist die FBB darauf hin, dass die Differenz "zwischen Sonderkonditionen und **Kleinstbezügern**" 40% und mehr betragen könne. Da ein Grossbezüger pro Tag bis zu 1'200 Tonnen beziehe, ein Kleinstbezüger jedoch lediglich ungefähr 2 bis 5 Tonnen, mache ein Preisvergleich jedoch keinen Sinn.

74. An dieser Stelle sei noch kurz auf die Situation zweier Mischwerke hingewiesen, namentlich auf die BAS sowie die Wibag:

- Die BHZ wurde am 19. Juni 1996 rückwirkend auf 1. Juni 1996 Mehrheitsaktionärin der BAS Schaffhausen (vgl. Rz. 22). Bis Ende 1996 kannte die BAS eigene Preislisten, welche nicht nach verschiedenen Kundenkategorien differenziert waren. Ihre Preise lagen im Durchschnitt 13% (Aktionäre), 24% (Strassenbauunternehmen) und 38% (Kleinbezüger) unter denjenigen der BHZ. Im Jahr 1997 übernahm die BAS die Preislisten der BHZ, was für die entsprechenden Kundengruppen Preiserhöhungen von durchschnittlich 17% beziehungsweise 33% beziehungsweise 63% bedeutete.

- An der Wibag sind sowohl die BHZ wie auch die BHT beteiligt (vgl. Rz. 22, 25). Die beiden letztgenannten Unternehmen verfügen über separate Preislisten, die durchschnittlichen Preisunterschiede betragen je nach Kundenkategorie 11% (Aktionäre), 18% (Strassenbauer) und 9% (Kleinbezüger). Für von der WIBAG produzierten Strassenbelag waren damit bis 1. Januar 2000 entsprechend unterschiedliche Preise zu bezahlen, je nachdem, ob der Belag über die BHZ oder die BHT bezogen wurde. Seit 1. Januar 2000 würden auch für Bezüger in Zürich die Thurgauer Preise gelten.

75. Aus den obigen Darstellungen wird ersichtlich, dass Dritte beziehungsweise nicht-assoziierte Strassenbauunternehmen gemäss Preislisten deutlich höhere Preise für Strassenbeläge bezahlen als die Aktionäre der beklagten Belagsmischwerke. Für Strassenbauunternehmen verstärken sich diese Preisunterschiede unter Berücksichtigung der Rabatte zusätzlich.

76. Unabhängige Strassenbauunternehmen machen in diesem Zusammenhang geltend, dass ihre Konkurrenzfähigkeit gegenüber den assoziierten Strassenbauunternehmen mittels dieser Preispolitik stark geschwächt würde.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

78. Als Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 KG gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten (vgl. RPW 1999/2, S. 226, Rz. 28). Die in Randziffer 6, 7 und 8 aufgeführten Unternehmen sind als solche zu qualifizieren.

B.1.2 Wettbewerbsabrede

79. 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).

80. Eine Wettbewerbsabrede zeichnet sich demnach dadurch aus, dass zwei oder mehrere Unternehmen eine horizontale oder vertikale Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (vgl. VON BÜREN, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 1998, S. 245, Rz. 989 ff.).

B.1.2.1 Alleinvertriebsvereinbarung

81. Aus der Sachverhaltsdarstellung geht hervor, dass die Siderit, die BHZ, die BHT, die Biturit, die Badertscher AG, die AMB und die Storz gemeinsam Vereinbarungen über den exklusiven Bezug und Vertrieb von Strassenbelägen aus Deutschland getroffen haben (vgl. Kap. A.3.1).

82. Kern dieser Vereinbarungen sind:

1. Vertrag vom 24. Juni 1996 zwischen der Siderit und der AMB: Regelung des Alleinvertriebs von Mischgut ab der AMB in die Schweiz über die Siderit (vgl. Rz. 42 ff.)
2. Vertrag vom 29. Mai 1997 zwischen der Siderit, der BHZ, der BHT, der Biturit und der Badertscher AG: Regelung betreffend den Verkauf von deutschem Mischgut, das durch die Siderit von deutschen Produktionsanlagen importiert und durch die Badertscher AG vertrieben wird (vgl. Rz. 48)
3. Vertrag vom 14. Juli/4. August 1997 zwischen der AMB und der Storz: Einbezug der Storz in das Vertragsverhältnis vom 24. Juni 1996 zwischen der AMB und der Siderit (vgl. Rz. 49 ff.)

83. Diese drei Vereinbarungen legen zusammen den exklusiven Vertrieb von Mischgut ab den Anlagen der AMB und der Storz über die Siderit und die Badertscher AG in die Schweiz fest. Aufgrund der offensichtlichen Interdependenz zwischen den drei Verträgen können diese nicht isoliert voneinander betrachtet werden. Deshalb werden sie nachfolgend als Einheit unter dem Begriff **Alleinvertriebsvereinbarung (AVV)** zusammengefasst.

84. Zusätzlich wurden von den Parteien Vereinbarungen getroffen, welche im Wesentlichen Verlängerungen der Hauptverträge sowie Preis- und Bezugsmengenanpassungen zum Gegenstand haben:

- a) Aktennotiz vom 26. Juni 1996 über die Besprechung vom 20. Juni 1996 im Hause der Firma Vago
 - b) Vereinbarung zwischen der Siderit und der AMB vom 19./26. Juni 1997
 - c) Vereinbarung zwischen der Siderit und der AMB vom 25. August/4. September 1997
 - d) Vereinbarung zwischen der Siderit, der AMB und der Storz vom 15. Juni/3. Juli 1998
 - e) Vereinbarung zwischen der Siderit und der AMB vom 22. Juni/6. Juli 1999
-

85. Hierzu ist anzumerken, dass die erwähnten Zusatzvereinbarungen jeweils immer unter Bezugnahme auf die in Randziffer 82 bezeichneten Hauptverträge abgeschlossen worden sind und deshalb ebenfalls vom Begriff der Alleinvertriebsvereinbarung erfasst werden.

86. Obgleich die Strassenbauunternehmungen Hüppi Holding, AG Cellere, Vago, Granella, Egolf Holding und Walo Holding die Alleinvertriebsvereinbarung nicht unterzeichnet haben, ist davon auszugehen, dass diese trotzdem an der AVV beteiligt sind:

- Parteiaussagen zufolge haben die ursprünglichen Aktionäre der Siderit den Vertrag vom 24. Juni 1996 zwischen der Siderit und der AMB initiiert. Dabei handelt es sich namentlich um die Hüppi Holding, die AG Cellere, die Granella und die Walo Holding, welche auch zum heutigen Zeitpunkt noch Aktionäre der Siderit sind.
- Die Vago und die Egolf Holding sind im Herbst 1996, das heisst vor Einbezug der Badertscher und der Storz, zusätzlich zu den oben genannten Unternehmen Aktionäre der Siderit geworden.
- Gemäss Parteiaussage besteht der Zweck der Siderit einzig darin, Vertragspartnerin der AVV zu sein.
- Die Aktionäre der Siderit, bei welchen es sich vollumfänglich um Strassenbauunternehmen handelt, kontrollieren gemeinsam (direkt oder indirekt über ihre Tochtergesellschaften) die BHZ, die BHT und die Biturit (vgl. Rz. 38). Dementsprechend haben sie ein Interesse daran, die eigenen Belagsmischwerke vor der deutschen Konkurrenz mittels AVV zu schützen. Zusätzlich können sie mit Hilfe der AVV verhindern, dass ihre Konkurrenten auf dem nachgelagerten Markt für Strassenbau günstigen Belag der AMB und der Storz beziehen. Mit anderen Worten lenkt die AVV die Nachfrage auf die Mischwerke der an der AVV beteiligten Strassenbauunternehmen.
- In seiner Stellungnahme vom 20. November 2000 stellt der Rechtsvertreter der Egolf Holding und der SCEH den Antrag, letztere anstelle der ersteren ins Recht zu fassen. Diesem Antrag kann nicht entsprochen werden, weil die Egolf Holding nach wie vor Rechtspersönlichkeit inne hat und die SCEH von der Egolf Holding per 10. März 2000 lediglich deren Beteiligung an der Siderit erworben hat. Im Übrigen gibt es keine Indizien dafür, dass die SCEH an der Abrede beteiligt ist oder war.

87. Aufgrund des Dargelegten ergibt sich, dass folgende Schweizer Unternehmen an der AVV beteiligt sind:

- Siderit
 - BHZ
 - BHT
 - Biturit
-

- Badertscher
- Hüppi Holding
- AG Cellere
- Vago
- Granella
- Walo Holding
- Egolf Holding

88. Die AVV bezweckt und bewirkt, dass der Bezug von Strassenbelägen ab Mischgutanlagen der AMB und der Storz nur noch beschränkt und zu gemeinsam zwischen den an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen abgestimmten Preisen, Mengen und Gebieten möglich ist. Der Wettbewerb zwischen den Anbietern von Strassenbelägen wird somit horizontal beschränkt.

89. Bei der AVV handelt es sich daher um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG.

B.1.2.2 Preisgestaltung der BHZ und der FBB

90. Stillschweigend aufeinander abgestimmtes Verhalten kann ebenfalls eine Abrede nach Artikel 4 Absatz 1 KG darstellen (vgl. Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, SCHMIDHAUSER zu Art. 4 KG, Rz. 44).

91. Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass sich die Preisdifferenzen zwischen der BHZ und der FBB in relativ engen Bandbreiten bewegen (vgl. Kap. A.3.2):

- Bei **Aktionären und Strassenbauunternehmen** betragen die Preisunterschiede zwischen den beiden Unternehmen 3% beziehungsweise 5%. Unter Berücksichtigung der Rabatte erhöht sich der Unterschied bei den unabhängigen Strassenbauern leicht, bei den Aktionären ist von einem Vorzeichenwechsel auszugehen.
- Bei den Kleinbezüglern beträgt die Preisdifferenz zwar 18%, für Amtsstellen gelten bei beiden Unternehmen jedoch dieselben Preise. Rabatte spielen in dieser Kundenkategorie eine untergeordnete Rolle.

92. Die Jahreststeuerung lag 1999 bei 3,2% für die HMT und die HMF beziehungsweise bei 3,6% für die AB. Von 1995 bis 1998 haben beide Unternehmen ihre Preise um rund 1,9% erhöht, die Teuerung über diese Zeitspanne betrug jedoch lediglich 0,8% beziehungsweise 0,4%.

93. Im Zusammenhang mit der Tatsache, dass das Preisniveau beider Unternehmen deutlich über demjenigen im grenznahen deutschen oder österreichischen Raum liegt (vgl. Rz. 41), bestehen somit Indizien für eine stillschweigend aufeinander abgestimmte Verhaltensweise betreffend die Festlegung der Verkaufskonditionen.

94. Allerdings bestreiten sowohl die FBB wie auch die BHZ, ihre Preise gemeinsam vereinbart zu haben. Die FBB macht in diesem Zusammen-

hang geltend, dass Abreden zwischen ihr und der BHZ keinen Sinn machen würden, da ihre Kunden vor allem unabhängige Strassenbauunternehmen seien, während die BHZ hauptsächlich an deren Aktionäre liefere (vgl. Rz. 66). Die BHZ begründet möglicherweise ähnliche Preise mit identischen Kosten.

95. Ob die beschriebenen Indizien hinreichend sind, um eine Abrede zwischen der BHZ und der FBB gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG zu statuieren, kann im vorliegenden Fall jedoch aus folgenden Gründen offen gelassen werden:

- Die FBB und die BHZ treten auf demselben räumlichen Markt als Anbieter von Strassenbelägen auf (vgl. Kap. B.2.1.b, Rz. 117 ff.). Ein allfälliges abgestimmtes Verhalten zwischen der FBB und der BHZ kann daher nicht isoliert von der unter Kapitel B.1.2.1 (Rz. 83) genannten AVV betrachtet werden.
- Die Überprüfung der Frage, ob die AVV eine unzulässige Wettbewerbsabrede darstellt, erfordert den Einbezug der Rolle der FBB als aktuelle Konkurrentin der an der AVV beteiligten Unternehmen. Das Verhalten der FBB ist demzufolge integraler Bestandteil der Erwägungen betreffend die Wettbewerbsverhältnisse im Vertrieb von Strassenbelägen (vgl. Kap. B.2.3.a, Rz. 163 ff).

B.1.2.3 Preisdifferenzierung nach Kundengruppen

96. Aus der eingereichten Klage sowie dem Sachverhalt (vgl. Kap. A.3.3, Rz. 67 ff.) wird ersichtlich, dass die BHZ, die BHT, die Biturit und die FBB ihre Preise nach den drei Kundengruppen Aktionäre, unabhängige Strassenbauunternehmen sowie Kleinbezüger differenzieren⁵.

97. Aus wettbewerblicher Sicht wäre eine solche Preispolitik dann problematisch, wenn sie dazu führte, dass an sich effizientere Strassenbauunternehmen über die diskriminierend ausgestalteten Inputpreise vom Markt verdrängt würden und die ineffizienteren Strassenbauer im Markt verblieben beziehungsweise wenn ein ungenügender Wettbewerbsdruck auf dem nachgelagerten Markt die Folge wäre. Damit ist insbesondere dann zu rechnen, wenn:

- a) allein oder kollektiv marktbeherrschende Unternehmen solche Preisdiskriminierungen praktizieren, oder
- b) die Preisdiskriminierungen horizontal koordiniert werden.

⁵ Die FBB kennt noch eine vierte Kundenkategorie, diejenige der Kleinstbezüger, welche jedoch von untergeordneter Bedeutung ist (vgl. Rz. 57).

98. Ob es sich bei der Preisdifferenzierung nach Kundengruppen um eine Abrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG handelt, kann im vorliegenden Fall jedoch offen gelassen werden: Wie Kapitel B.3 (Rz. 194 ff.) zeigen wird, hängt die Wettbewerbswirkung dieser allfälligen Abrede in zentraler Weise von der Alleinvertriebsvereinbarung zwischen Schweizer Belagsanbietern und deutschen Mischwerken ab und kann nur im Zusammenhang mit der AVV beurteilt werden.

B.1.3 Vorbehaltene Vorschriften

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

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

B.2 Unzulässigkeit der Alleinvertriebsvereinbarung

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

102. Um festzustellen, ob die Alleinvertriebsvereinbarung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, ist vorab der sachlich und räumlich relevante Markt abzugrenzen.

B.2.1 Relevanter Markt

B.2.1.a Sachlich relevanter Markt

103. Nach Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) umfasst der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Diese Bestimmung ist bei Verfahren nach Artikel 5 und 7 KG analog anzuwenden (vgl. RPW 1999/2, S. 229, Rz. 45 ff.).

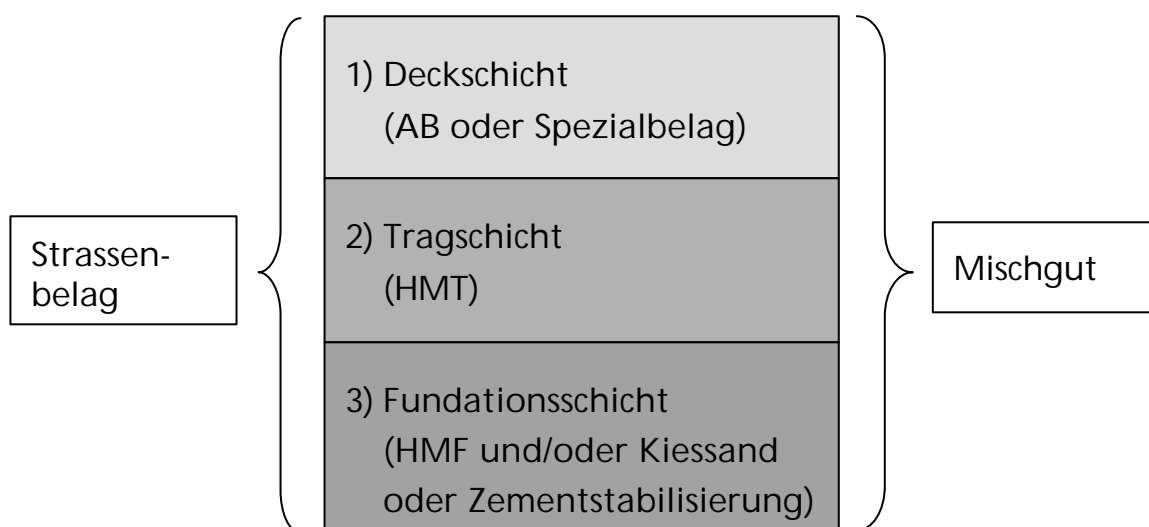
104. Im Strassenbau wird der weitaus grösste Teil der Aufträge extern vergeben, lediglich kleinere Flickarbeiten werden von den Tiefbauämtern direkt ausgeführt⁶. Bei der Vergabe von Strassenbaupro-

⁶ Die private Nachfrage beschränkt sich auf Kleinstmengen.

jekten entscheiden die betroffenen Amtsstellen aufgrund des Preis-Leistungsverhältnisses der Gesamtofferte darüber, welche Strassenbauunternehmung den Zuschlag erhält. Dies bedeutet, dass die Wahl des Belagsmischwerkes in den unmittelbaren Entscheidungsbereich der letztgenannten fällt.

105. Anbieter von Mischgut sind damit die Mischwerke, direkte Abnehmer die Strassenbauunternehmen. Endabnehmer sind zum überwiegenden Teil die Tiefbauämter der Gemeinden, Kantone und des Bundes.

106. Üblicherweise werden im Oberbau von Asphaltstrassen drei aufeinander aufbauende Mischgutschichten unterschieden, welche unter dem Begriff "Strassenbelag" zusammengefasst werden.



107. Die **Deckschicht** wird in der Regel entweder aus Asphaltbeton (AB) oder Spezialbelägen hergestellt. Zu letzteren zählen beispielsweise Dünnschichtbeläge, Splitmastix-Asphalt, Drainasphalt oder Hot Rolled Asphalt. Spezialbeläge werden insbesondere beim Unterhalt bereits bestehender Strassen eingesetzt beziehungsweise dann, wenn spezielle Anforderungen (Schwerstverkehr, Lärmschutz etc.) zu erfüllen sind. Für die **Tragschicht** werden so genannte Heissmischtrag-schichten (HMT) verwendet. Die **Fundationsschicht** besteht alternativ aus einer Heissmischfundation (HMF), aus Kiessand oder aus einer Zementstabilisierung.

108. Mischgutsorten werden zudem nach dem oberen Sollwert der Mineralstoffkörnung unterschieden (z.B. AB 16, HMT 32, HMF 22). Bei den Deck- und Tragschichten werden im Weiteren verschiedene Mischguttypen entsprechend der möglichen Beanspruchung durch Verkehr und Klima definiert: L für leichte, N für normale und S für starke Beanspruchung.

109. Hinter diesen Bezeichnungen steht die Schweizer Norm "Asphaltbetonbeläge" (Nr. 640 431a) der Vereinigung Schweizerischer

Strassenfachleute (VSS). Diese enthält, unter Bezugnahme auf eine Reihe weiterer Normen, Empfehlungen und Vorschriften über die Konzeption, den Eignungsnachweis, das Festlegen der Sollwerte, die Aufbereitung und den Einbau von Asphaltbeton für Tragschichten und Deckschichten, sowie Anforderungen an das Mischgut und die eingebauten Schichten. Die Zusammensetzung, Herstellung und der Einbau von Heissmischgut für Foundationsschichten, HMF, wird ebenfalls durch eine Norm (SN 640 452c) derselben Vereinigung geregelt.

110. Den Preislisten der angeschriebenen Mischwerke sowie den Antworten der befragten Tiefbauämter ist zu entnehmen, dass die Einhaltung der VSS-Normen in der Schweiz branchenüblich ist. Von den Normen nicht erfasst werden einzig gewisse Spezialbeläge - gemäss Angabe des Parteivertreters beträgt der Anteil dieser Belagssorten an der Gesamtproduktion jedoch lediglich 1,2% bis maximal 14%.

111. Die deutschen DIN-Normen unterscheiden sich wie folgt von schweizerischen VSS-Normen: Das Mischgut kann gemäss DIN-Normen mit höherer Temperatur gemischt werden und hat in der Regel weniger Hohlraumgehalt.

112. Anfänglich habe es aufgrund dieser Unterschiede des Öfteren Qualitätsprobleme mit deutschem Strassenbelag gegeben. Infolgedessen seien die Rezepturen in Zusammenarbeit mit der AMB und der Storz an die Schweizer VSS-Normen angepasst worden. Die Einhaltung der Normen werde von den Labors der Mischwerke kontrolliert; daher seien - gemäss Angaben der Badertscher AG - auch keine wesentlichen Probleme mit der Mischgutqualität mehr festgestellt worden. Die FBB gibt ebenfalls an, dass das Mischgut ab deutschen Anlagen demjenigen ab Schweizer Werken gleichwertig sei. Deutsches und Schweizer Mischgut ist daher als substituierbar anzusehen. Empirisch wird dies dadurch bestätigt, dass seit mehreren Jahren deutscher Belag in der Schweiz eingebaut wird.

113. Ob die verschiedenen Belagsschichten, -sorten und -typen substituierbar sind, spielt vorliegend keine Rolle, da von einem Gesamtmarkt Strassenbelag ausgegangen werden kann:

- Auf Anbieterseite können die Mischwerke als so genannte Vollsortimenter bezeichnet werden, da sie alle gebräuchlichen Mischgutschichten, -typen und -sorten herstellen⁷. Letztere bestehen grundsätzlich aus denselben Materialien, namentlich aus Mineralstoffen, bituminösen Bindemitteln und Zusätzen. Da die Unterschiede bei den Belagstypen und -sorten insbesondere auf unter-

⁷ Vereinzelt nicht angeboten werden Farbbeläge sowie Gussasphalt. Für erstere scheint ein zu geringer Bedarf zu bestehen; die Aufbereitung des letzteren störe den Produktionsablauf.

schiedliche Mischverhältnisse zurückzuführen sind, ist zudem von einer relativ hohen Angebotsumstellungsflexibilität auszugehen.

- Nachfrageseitig bestätigt sich dies dadurch, dass das Mischgut je Baustelle üblicherweise auch von einem einzigen Belagsmischwerk bezogen wird.

114. Sowohl die befragten Strassenbauunternehmen wie auch die Mischwerke geben in der grossen Mehrheit an, dass von einem Gesamtmarkt Strassenbelag auszugehen sei.

115. In einer einzigen Eingabe wird geltend gemacht, dass zusätzlich Betonbeläge zum sachlichen Markt zu zählen seien. Dies ist aus folgenden Gründen jedoch zu verneinen: Bituminöse Beläge sind im Bau und Unterhalt wesentlich günstiger als Betonbeläge, und ihr Einbau ist mit einem deutlich geringeren Zeitaufwand verbunden, was wiederum Vorteile betreffend Verkehrssicherheit und Bewältigung des Verkehrsaufkommens mit sich bringt. Im Strassenbau werden deshalb praktisch ausschliesslich bituminöse Beläge verwendet, so dass Betonbeläge keine Substitute für erstere darstellen.

116. Im Wettbewerb zueinander stehen somit die Belagsmischwerke als Vollsortimenter. Der sachlich relevante Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a VKU ist der **Markt für Strassenbeläge**, worunter Deck-, Trag- und Fundationsschicht sowie sämtliche Belagsarten und -typen zu subsumieren sind.

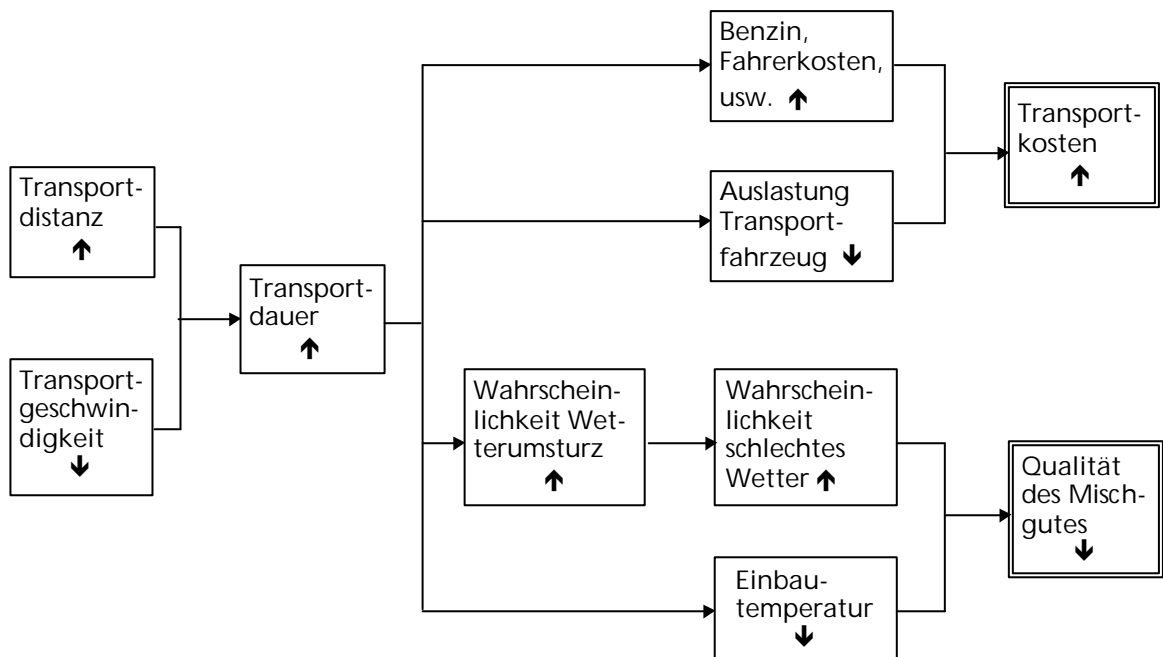
B.2.1.b Räumlich relevanter Markt

117. Nach Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b umfasst der räumliche Markt das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet. Diese Bestimmung ist bei Verfahren nach Artikel 5 und 7 KG analog anzuwenden (vgl. RPW 1999/2, S. 230).

118. Die Nachfrage nach Strassenbelag ist lokal an die geographische Lage der Baustelle gebunden. Für die räumliche Abgrenzung des relevanten Marktes ist somit zu fragen, aus welchem Gebiet für eine bestimmte Baustelle Belag bezogen werden kann.

119. Das mögliche Bezugsgebiet von Strassenbelag wird dabei insbesondere von zwei Faktoren begrenzt: Es sind dies einerseits die Transportkosten sowie andererseits die Qualität des einzubauenden Mischgutes. Beide Faktoren werden in entscheidender Weise durch die Transportdauer beeinflusst. Abbildung 1 zeigt einen Überblick über die Begrenzungsfaktoren des Bezugsgebietes; die Pfeile geben die Richtung der Zusammenhänge wieder:

Abb. 1: Begrenzungsfaktoren des Bezugsgebietes von Strassenbelag



120. Die Abhängigkeit der Belagsqualität von der Transportdauer in Fahrminuten stellt eine absolute, das heisst von den Wettbewerbsverhältnissen unabhängige Beschränkung des potenziellen Bezugsgebietes dar: Je länger das Transportfahrzeug unterwegs ist, desto mehr kühlt das Mischgut ab und unterschreitet allenfalls die notwendige Einbautemperatur⁸. Dies wird von praktisch allen Befragten bestätigt.

121. In diesem Zusammenhang spielen auch die Witterungsverhältnisse zum Zeitpunkt des Belageinbaus eine Rolle. Vor allem zu tiefe Temperaturen sowie starke Niederschläge können die Qualität des Strassenbelags gefährden. Die Wahrscheinlichkeit eines Wetterumsturzes und damit die Gefahr ungünstiger Witterungsbedingungen nimmt mit zunehmendem Anlieferungsweg zu. Entsprechend steigt das Risiko, die erwünschte Qualität nicht zu erzielen⁹.

122. Die Existenz anderer beschränkender Faktoren absoluter Natur wurde von den Befragten in der grossen Mehrzahl verneint. Insbesondere das von den Beklagten vorgebrachte Argument, es würden kantonal unterschiedliche Anforderungen an das Mischgut gestellt, wodurch sich die Kantonsgrenzen limitierend auswirken würden, konnte nicht bestätigt werden. Sowohl von Seiten der Mischwerke wie auch

⁸ Im Rahmen der VSS-Norm werden die minimal einzuhaltenden Einbautemperaturen in Abhängigkeit von der Schichtdicke festgelegt.

⁹ Die VSS-Norm bestimmt, dass der Strassenbelag bei bestimmten Witterungsverhältnissen in der Regel nicht eingebaut werden darf.

von Seiten der angeschriebenen Tiefbauämter wurde dies implizit oder explizit und teilweise mit Verweis auf die VSS-Normen verneint.

123. Ebenfalls keine zentrale Rolle spielen die Landesgrenzen: Sämtliche grenznahen Mischwerke geben an, von ausländischen Unternehmen konkurrenziert zu werden. In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass viele ausländische Werke direkt an der Grenze beziehungsweise sehr nahe an dieser liegen. Stellte die Landesgrenze ein grosses Hindernis dar, würden diese Unternehmen mit der Wahl der Grenzlage ihr eigenes Liefergebiet unnötigerweise einschränken.

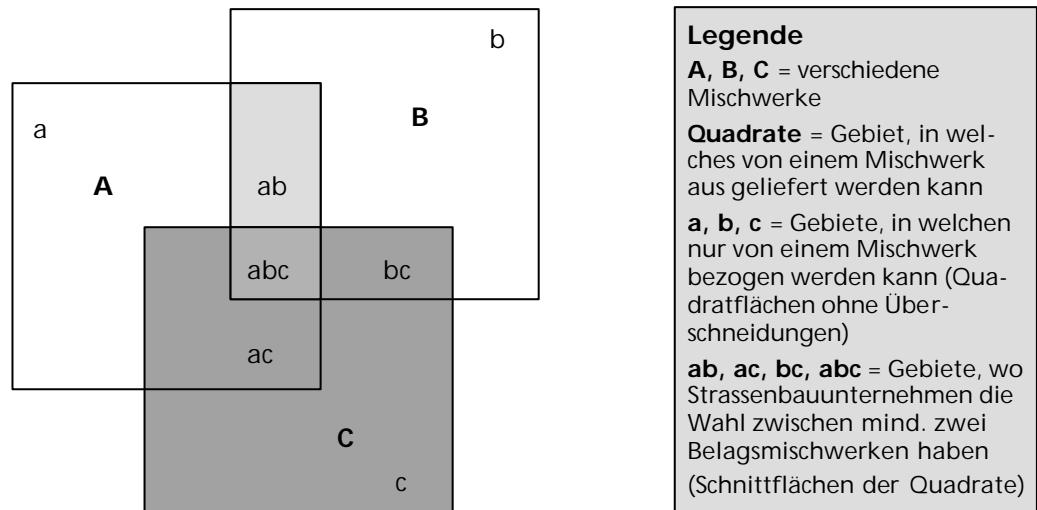
124. Aus den obigen Ausführungen wird klar, dass es sich aus Sicht der Nachfrage nach Strassenbelägen für eine bestimmte Baustelle um **regionale räumliche Märkte** handelt. Als Richtwert kann davon ausgegangen werden, dass ein Strassenbauunternehmen problemlos von Belagsmischwerken im Umkreis von rund **60 Fahrminuten** Belag beziehen kann. In Kilometer umgerechnet ergibt dies in Abhängigkeit der verfügbaren Strassen einen möglichen Bezugsradius von ungefähr 50-80 km.

125. Die Strassenbauarbeiten verteilen sich über die gesamte Schweiz und variieren in zeitlicher Hinsicht. Als Folge ergibt sich ein unüberblickbares und sich kontinuierlich änderndes Geflecht aus räumlich relevanten Märkten.

126. Aufgrund dieser Vielzahl räumlich relevanter Märkte ist zu fragen, welches geographische Gebiet betrachtet werden muss, um die wettbewerblichen Auswirkungen der zu beurteilenden Alleinvertriebsvereinbarung richtig erfassen zu können.

127. Werden anstelle der Bezugsgebiete der Baustellen die Liefergebiete als Radien um die Standorte der Belagsanlagen definiert, so konkurrenzieren sich letztere unmittelbar in der Schnittfläche ihrer Liefergebiete: Die dort tätigen Strassenbauunternehmen haben die Wahl zwischen verschiedenen Mischwerken. Können die Anbieter ihre Preise nicht geographisch differenzieren, überträgt sich der Wettbewerbs- beziehungsweise Preisdruck in den Schnittflächen auf diejenigen Teilgebiete, in welchen nur von einem Mischwerk bezogen werden kann:

Abb. 2: Liefergebiete der Mischwerke



128. Zur Beurteilung der AVV ist sodann zu fragen, in welches Gebiet der Schweiz die daran beteiligten deutschen Mischwerke in technischer Hinsicht liefern können. Nimmt man den obigen Richtwert von 60 Fahrminuten als Radius um die Werke der AMB und der Storz, so erhält man das von der Alleinvertriebsvereinbarung unmittelbar betroffene Gebiet, welches nachfolgend als Wirkungsgebiet 1 (W1) bezeichnet wird. Sämtliche Nachfrager in W1 können den Belag sowohl in der Schweiz wie auch von der AMB und der Storz beziehen.

129. Auf Schweizer Seite sind die Mischwerke der BHZ, der BHT, und der Biturit (sowie die Badertscher als Belagsimporteure) an der AVV beteiligt. Nimmt man den obigen Richtwert von 60 Fahrminuten als Radius um jedes dieser Mischwerke, erhält man die jeweiligen Liefergebiete. Letztere überlappen sich, so dass ein gemeinsames Absatzgebiet auf Basis der äusseren Grenzen der einzelnen Liefergebiete definiert werden kann. Es umfasst ganz oder teilweise alle deutschschweizer Kantone mit Ausnahme von Graubünden und wird nachfolgend als Wirkungsgebiet 2 (W2) bezeichnet. Abbildung 3 gibt W1 und W2:

Abb. 3: Wirkungsgebiet 1 und 2

130. Da die Grenzen von W1 und W2 ausschliesslich in Abhängigkeit der technischen Begrenzungsfaktoren festgelegt wurden, sind in einem zweiten Schritt die Transportkosten zu berücksichtigen (vgl. Abb. 1). Diese limitieren das Bezugs- beziehungsweise Liefergebiet zusätzlich - im Gegensatz zu den technischen Faktoren ist diese Beschränkung jedoch nicht absoluter Natur: Belag kann innerhalb von W2 grundsätzlich überall hin transportiert werden, die Gesamtkosten des Belags steigen aber mit zunehmendem Transportweg. Mit anderen Worten beeinflussen die Transportkosten die Preisspielräume der Mischwerke in Abhängigkeit ihrer relativen Distanz zur fraglichen Baustelle: Muss der Belag von Werk A zum Beispiel über 5 km und von Werk B über 20 km transportiert werden, verfügt A bei einem Kilometerpreis von CHF 0.90 pro Tonne für den Belag ab Werk gegenüber B einen transportkostenbedingten Preisspielraum von CHF 13.50 pro Tonne¹⁰.

¹⁰ Vgl. dazu etwa den klassischen Aufsatz von HOTELLING: HOTELLING, Harold (1929), "Stability in Competition", *Economic Journal*, XXXIX, March 1929, S. 41 ff.

131. Da die Transportkosten mit den Standorten der Anbieter und deren Preispolitik verknüpft sind, ist es zweckmässiger, die von den Transportkosten ausgehenden Wirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse nicht bereits bei der Marktabgrenzung, sondern erst im Kapitel über die aktuelle Konkurrenz (B.2.3.a, Rz. 139 ff.) einfließen zu lassen.

132. Mit anderen Worten wird der nachfolgenden Beurteilung der AVV das durch technische Faktoren begrenzte **Wirkungsgebiet 2 (W2)** zugrunde gelegt.

B.2.2 Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch die AVV

133. Gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bei Abreden vermutet, welche die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen, oder die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern zum Gegenstand haben, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen.

134. Aus den Überlegungen zum sachlich und räumlich relevanten Markt sowie den Sachverhaltsdarstellungen ergibt sich, dass die an der AVV beteiligten Belagsanbieter tatsächlich oder der Möglichkeit in Konkurrenz zueinander stehen.

135. Die an der AVV beteiligten Unternehmen stimmen die Konditionen für den Bezug von Strassenbelägen ab der AMB und der Storz hinsichtlich der Preise, Mengen und Gebiete aufeinander ab (vgl. Kap. A.3.1, B.1.2.1).

136. Demzufolge ist die unter Abschnitt B.1.2 beschriebene Alleinvertriebsvereinbarung als Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstaben a, b und c KG zu qualifizieren und die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zu vermuten.

B.2.3 AVV: Keine Widerlegung der Vermutung

137. Die Vermutung kann durch den Nachweis umgestossen werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer Innen- oder Aussenwettbewerb besteht (vgl. RPW 1999/3, S. 455, Rz. 61). Ist dies nicht der Fall, ist zu prüfen, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit den Argumenten der potenziellen Konkurrenz beziehungsweise der Marktgegenseite widerlegt werden kann.

B.2.3.a Aktueller Wettbewerb

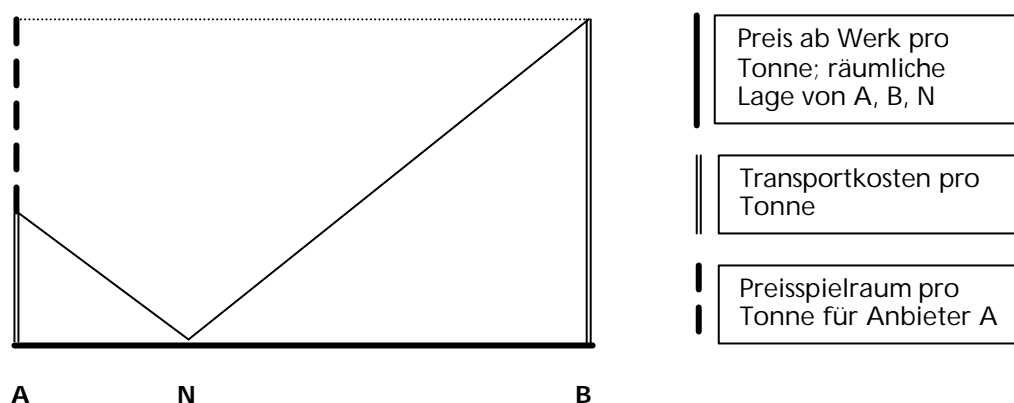
138. Aufgrund der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung stehen die im Wirkungsgebiet 1 tätigen Schweizer Anbieter von Strassenbelägen der Möglichkeit nach mit den deutschen Werken der AMB und der Storz in Konkurrenz. Ein in W1 allenfalls herrschender Wettbewerbsdruck kann sich auf W2 übertragen (wie auch von W2 auf

W1), sofern die Unternehmen ihre Preise nicht räumlich differenzieren (vgl. Rz. 127).

139. Neben den absoluten Differenzen der Preise ab Werk spielen, wie bereits in Abschnitt B.2.1.b angesprochen, die durch den Transport des Mischguts anfallenden Kosten eine wesentliche Rolle für den Wettbewerb.

140. Obwohl aus technischen Gründen ein Bezugs- beziehungsweise Lieferradius von rund einer Stunde Fahrzeit angenommen werden kann (vgl. Kap. B.2.1.b, Rz. 124), wird ein Strassenbauer, der die Wahl zwischen verschiedenen Anbietern hat, bei gleichen Preisen ab Werk den Belag von demjenigen Unternehmen kaufen, welches am wenigsten weit von der Baustelle entfernt ist, da er so seine Gesamtkosten minimiert. Dies heisst aber auch, dass dem geographisch näher gelegenen Anbieter ein zu den Transportkosten inverser Preissetzungsspielraum erwächst. Die nachfolgende Graphik illustriert dies, wobei A und B für zwei Belagswerke und N für einen Nachfrager nach Strassenbelag stehen:

Abb. 4: Relativer Preissetzungsspielraum infolge der distanzabhängigen Transportkosten



141. Generelle Aussagen zur Höhe der Transportkosten sind schwierig, da sie sowohl eine Distanz- wie auch eine Zeitkomponente enthalten. Von den befragten Unternehmen werden sie auf ungefähr CHF 0.35 bis CHF 1.50 pro Tonne und Kilometer geschätzt.

142. Eine Analyse der Transportkosten folgender Unternehmen ergibt folgende durchschnittlichen Beträge pro Tonne und Kilometer:

- Badertscher AG: zirka CHF 0.40
- BBR: zirka CHF 0.50
- FBB: zirka CHF 0.54

143. Bei einem durchschnittlichen Betrag von CHF 0.50 pro Tonne und Kilometer werden absolute Preisvorteile in der Höhe von zum Beispiel CHF 10.-- ab Werk bei einem zusätzlichen Transportweg von 20 Kilometer wettgemacht. Entsprechend reduziert sich der von einem Mischwerk ausgehende Wettbewerbsdruck mit zunehmender Transportdistanz beziehungsweise erhöht sich ein allfälliger Preissetzungsspielraum ceteris paribus stets proportional zu den Transportkosten (vgl. Rz. 130)¹¹.

144. Die Transportkosten spielen demzufolge eine wichtige Rolle bei der nachfolgenden Überprüfung, ob die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann. Hierzu wird zwischen dem Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen (Innenwettbewerb) sowie dem ausgehenden Wettbewerbsdruck von dritten Anbietern von Strassenbelag (Aussenwettbewerb) unterschieden.

1) Innenwettbewerb

145. Zur Beurteilung des Innenwettbewerbs wird vorab der Wettbewerb unter den beteiligten Unternehmen vor Abschluss der Alleinvertriebsvereinbarung dargelegt. Diese Situation ex ante kann als empirische Referenz zur Beurteilung der Abredewirkungen herangezogen werden.

Wettbewerbsverhältnisse vor Abschluss der AVV

146. Die AMB und die Storz begannen gemäss Angaben der Parteien ungefähr Mitte der 90er Jahre aktiv in die Schweiz zu liefern; die Badertscher AG vertreibt seit 1993 Mischgut der AMB und seit 1997 zusätzlich von der Storz an Strassenbauunternehmen in der Schweiz. Des Weiteren bezieht die Badertscher AG in kleinen Mengen Mischgut von der MIGU.

147. Die Preise der AMB und der Storz lagen bis Ende Juni 1996, also vor Abschluss der AVV, rund 50% unter denjenigen der Schweizer Anbieter.

148. Aufgrund dieser Preisunterschiede waren die AMB und die Storz trotz der Transportkosten in der Lage, Baustellen im Gebiet von W1 zu günstigeren Preisen als Schweizer Werke zu beliefern. Der sich daraus ergebende Wettbewerbsdruck schwächte sich allerdings mit

¹¹ Vgl. HOTELLING, Harold (1929), "Stability in Competition", *Economic Journal*, XXXIX, March 1929, S.41 ff.

zunehmender Lieferdistanz und entsprechend steigenden Transportkosten ab, so dass Werke in den Kantonen Baselland, Basel-Stadt sowie in Teilen der Kantone Aargau und Solothurn (d.h. am Rande von W1) einem geringeren Konkurrenzdruck ausgesetzt waren als Werke in den Kantonen Thurgau, Schaffhausen und Zürich, das heisst im Zentrum von W1.

149. Im Zusammenhang mit der die Anteilseigner stark bevorteilenden Preispolitik der beklagten Schweizer Mischwerke (vgl. Kap. A.3.3, Rz. 67 ff.) war der Bezug aus Deutschland insbesondere für nicht-assoziierte Strassenbauer interessant beziehungsweise stellte eine Möglichkeit dar, im Wettbewerb mit den Eigentümern der beklagten Mischwerke zu bestehen. Da der Kostenanteil für Mischgut im Strassenbau auf 15% bis 60% geschätzt wird¹², hat sich der Wettbewerb zwischen deutschen und Schweizer Werken somit auf die Strassenbauunternehmen beziehungsweise den nachgelagerten Markt für Strassenbau generell übertragen.

Wettbewerbsverhältnisse nach Abschluss der AVV

150. Als Folge der vertraglichen Vereinbarung zwischen der Siderit und der AMB vom 26. Juni 1996 ist es seit dem 1. Juli 1996 nur noch möglich, über die Siderit Strassenbelag der AMB in die Schweiz zu beziehen. Die entsprechenden Bezugskonditionen werden zwischen der Siderit und der AMB vereinbart (vgl. Kap. A.3.1, B.1.2.1).

151. Somit stand es Strassenbauunternehmen zunächst noch frei, bei der Storz Strassenbelag - welcher insbesondere über die Badertscher AG geliefert wurde - zu beziehen. Diese Möglichkeit wurde allerdings durch den Einbezug der Storz in die Alleinvertriebsvereinbarung vom 14. Juli/4. August 1997 sowie den Vertrag vom 29. Mai 1997 zwischen der Siderit, der BHZ, der BHT, der Biturit und der Badertscher AG verwehrt: Seither ist nur noch ein Bezug zu vorab zwischen der Siderit, der AMB und der Storz vereinbarten Konditionen möglich.

152. Die Preise werden gemäss AVV so abgestimmt, dass die Siderit beziehungsweise die Anlagen der BHZ, der BHT und der Biturit im Wettbewerb auf dem Schweizer Markt erfolgreich bestehen können. Dabei wird eine gewisse Preisdifferenz zwischen den beteiligten deutschen und Schweizer Werken trotz der AVV aufrechterhalten, da ansonsten infolge der höheren Transportkosten kein genügend grosses Interesse am Bezug ab der AMB und der Storz bestehen würde. Dies hätte zur Folge, dass die festgelegte Mindestabnahmemenge nicht eingehalten würde und die Siderit pro fehlende Tonne DM [15.-- bis

¹² Bei einer Restaurierung einer Autobahn kann der entsprechende Anteil gemäss Aussagen der beklagten Unternehmen bis zu 80% betragen (Akte 222).

25.--] an die AMB vergüten müsste. Umgekehrt besteht an günstigeren Preisen und somit einem Mehrbezug aus Deutschland kein Interesse, da dadurch das Verkaufspotenzial der in die AVV eingebundenen Schweizer Werke der BHZ, der BHT und der Biturit beschnitten würde.

153. Dementsprechend wurden im Zuge der AVV die Preise der AMB und der Storz von 1996 bis 1998 um rund 40% erhöht. Die Preise der beteiligten Schweizer Anbieter stiegen im selben Zeitraum um weniger als 5%, die Teuerung lag bei ungefähr 3%.

154. Der ursprünglich von der AMB und der Storz ausgehende Wettbewerbsdruck auf die Werke der BHZ, der BHT und der Biturit ist somit aufgrund der AVV nicht mehr vorhanden. Dies ermöglicht es den an der AVV beteiligten Schweizer Mischwerken, ein überhöhtes Preisniveau und somit ineffiziente Strukturen aufrecht zu erhalten. Dies bestätigt sich insbesondere dadurch, dass die überwiegende Mehrheit der angefragten Unternehmen die Überkapazitäten auf dem Markt für Strassenbelag als mittel bis hoch einstuft. Ein Zukauf von Kapazitäten zu erhöhten Preisen, wie dies über die AVV erfolgt, kann daher lediglich dazu dienen, dem von der AMB und der Storz ausgehenden Preiswettbewerb Einhalt zu gebieten.

155. Wirksamer Wettbewerb unter den an der Alleinvertriebsvereinbarung beteiligten Schweizer Anbieter ist ebenfalls nicht auszuma-

- Die Aktionäre der BHZ, der BHT und der Biturit sind weitgehend identisch (vgl. Rz. 38, 86). Von einem Anreiz zur Intensivierung des Wettbewerbs unter diesen Unternehmen ist somit nicht auszugehen. Dagegen spricht insbesondere auch, dass die Werke dieser Unternehmen praktisch ausschliesslich im eigenen Kanton liegende Baustellen mit Strassenbelag beliefern.
- Selbst wenn die Preise für Belagsmischgut der BHZ, der BHT und der Biturit das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs wären, lägen diese immer noch deutlich über den in Deutschland aktuellen Referenzpreisen der AMB und der Storz (vgl. Rz. 41). Dies bedeutet, dass die beteiligten Schweizer Anbieter nicht in der Lage wären, den von der AMB und der Storz ausgegangenen Wettbewerbsdruck zu kompensieren.

156. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann folglich mit dem Argument des Innenwettbewerbs nicht widerlegt werden.

2) Aussenwettbewerb

157. Neben den an der AVV beteiligten Unternehmen sind in W2 andere, an der AVV nicht beteiligte Mischwerke angesiedelt. In der nachfolgenden Tabelle werden die in den Wirkungsgebieten W1 und

W2 tätigen Schweizer Anbieter von Strassenbelägen sowie deren Kapazitäten dargestellt:

Tabelle 2: Strassenbelagsanbieter und deren Kapazitäten in W1 und W2

	Schweizer Mischwerke	Anzahl Werke in W1	Kapazität (t/h) in W1	Anzahl Werke in W2	Kapazität (t/h) in W2	Gesamtkapazität (t/h) W1+W2
1	BHZ	7	1380	1	100	1480
2	BHT	3	430			430
3	Biturit	2	400			400
4	FBB	1	300	1	600	900
5	Belags AG Böttstein	1	70			70
6	Argobit	1	240			240
7	BBR	2	280	1	210	490
8	Batigroup	4	255	2	145	400
9	BLB Boningen	1	220			220
10	Centraphalt			2	180	180
11	Bamag			1	110	110
12	BRZ			2	304	304
13	Rinau	1	175			175
14	Morant			1	100	100
15	Weber			1	70	70
16	Käppeli	1	175	1	300	475
17	Leuthard	1	100			100
18	Ziegler	1	250			250
19	Macadam	2	260			260
20	Glanzmann	1	50			50
21	Wirz	1	120			120
22	ARGE Niederbipp	1	160			160
23	König Franz			1	55	55
24	Marti AG	1	155			155
25	Hösli			1	280	280
26	ABZ ARGE			1	120	120
27	Walo Bertschinger			1	65	65
28	Vogt	1	80			80

29	Eiken	1	50			50
30	MOAG	1	300	3	510	810
SUMME			5450		3149	
Anteil Beklagte inkl. FBB			2210 (41%) 2510 (46%)		100 (3%) 700 (22%)	

158. Da die Belagsumsätze nicht für alle Unternehmen bekannt sind, diese aber stark mit den Kapazitäten korrelieren, werden letztere zur Beschreibung der relativen Grösse der Konkurrenten verwendet.

159. Insgesamt kennzeichnet sich der Markt für Strassenbeläge durch eine Vielzahl von Mischwerken. In diesem scheinen die Anteile der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf den ersten Blick relativ gering zu sein: In W1 beträgt der Anteil 41% (inkl. FBB 46%); in W2 3% (inkl. FBB 22%).

160. Diese Angaben sind allerdings aus folgenden Gründen zu relativieren:

- Die Analyse der Lage der einzelnen Anbieter zeigt, dass fast alle in den Kantonen Zürich, Thurgau und Schaffhausen tätigen Anbieter an der AVV beteiligt sind. Gerade die Nachfrager von Mischgut in diesen Kantonen konnten vor Abschluss der AVV aufgrund ihrer geographischen Lage am meisten vom Wettbewerb durch die AMB und die Storz profitieren.
- Zusätzlich ist die Biturit aus dem Kanton Aargau an der AVV beteiligt. Deren Werke befinden sowohl in der Nähe zur deutschen Grenze als auch zum Kanton Zürich beziehungsweise den Werken der BHZ.

161. Daraus ergibt sich, dass die an der AVV beteiligten Schweizer Werke ein Gebiet abdecken, welches sich über die Kantone Zürich, Thurgau, Schaffhausen und den nordöstlichen Teil des Kantons Aargau erstreckt. Dieses entspricht gleichzeitig dem Gebiet, in welchem der von der AMB und der Storz ausgehende Konkurrenzdruck am grössten war (vgl. Rz. 148).

162. Abgesehen von der FBB sind in diesem Gebiet keine anderen wichtigen Konkurrenten auszumachen, weil diese entweder praktisch ausschliesslich für den Eigengebrauch produzieren oder dann sehr geringe Produktionskapazitäten aufweisen. Die Rolle der FBB als Wettbewerberin wird nachfolgend eingehend behandelt.

163. Im Kanton Zürich ist die **FBB** die von der Grösse her wichtigste Konkurrentin der BHZ. Wie bereits in den Abschnitten A.3.2 und B.1.2.2 (Rz. 91 ff.) dargestellt, gibt es allerdings verschiedene Hinweise, dass sich die BHZ und die FBB in ihrem Wettbewerbsverhalten aufeinander abstimmen: Die Preisunterschiede zwischen der FBB und der BHZ bewegen sich in relativ engen Bandbreiten; die Preislisten für Amtsstellen sind sogar identisch.

164. Weitere Indizien für ein Parallelverhalten der FBB und der BHZ sind:

- Von Seiten der Kläger wurde der Wettbewerbskommission zur Kenntnis gebracht, dass die FBB bis 1995 nur sehr geringe Nachlässe auf die Listenpreise gewährte. Dies habe die Kläger veranlasst, vermehrt aus dem grenznahen Ausland zu beziehen. Infolge der ausbleibenden Bezüge sei es der Kiesel Girsberger - nicht aber der Büttner - daraufhin möglich gewesen, deutlich bessere Lieferkonditionen mit der FBB zu vereinbaren. Ab Januar 1997 - also mit Einführung der Alleinvertriebsvereinbarung - seien diese Nachlässe aber wiederum substantiell gekürzt worden.

Demgegenüber behauptet die FBB in ihrer Stellungnahme, dass die Kiesel Girsberger von 1995 bis 2000 immer dieselben Rückvergütungen pro Tonne auf die gelbe Preisliste erhält und von 1994 bis 1998 relativ konstante Mengen Strassenbelag von der FBB bezogen habe. Ein Beleg für diese Aussage, zum Beispiel in Form von Rechnungen oder ähnlichem, liegt der Stellungnahme allerdings nicht bei.

- Ein Vergleich von Offerten der BHZ und der FBB für die Jahresbezüge des Tiefbauamtes der Stadt Zürich zeigt, dass sich diese mit 1% nur marginal unterscheiden. In dieses Bild passe der Umstand, dass die BHZ und die FBB schon seit mehreren Jahren dem Tiefbauamt der Stadt Zürich gegenüber beinahe identische Preislisten vorzeigen würden (vgl. Rz. 61).

165. Es deutet somit vieles darauf hin, dass sich die FBB und die BHZ kollusiv verhalten, trotz der Bestreitung durch die Parteien. Die Weko lässt diese Frage offen, da deren Beantwortung für die Beurteilung des Aussenwettbewerbs vorliegend nicht ausschlaggebend ist.

166. Falls davon ausgegangen wird, dass die Preise der FBB das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind - und zum Beispiel wie die FBB in ihrer Stellungnahme ausführt, auf höhere Produktions- und Transportkosten zurückzuführen sind -, so ändert dies nichts daran, dass sie viel höher als diejenigen der deutschen Anbieter sind. Das bedeutet, dass die FBB auch in diesem Fall nicht in der Lage ist, den fehlenden Wettbewerbsdruck der AMB und der Storz zu kompensieren. Vielmehr wird die FBB selbst de facto durch die Alleinvertriebsvereinbarung geschützt. Das Verhalten der FBB führt deshalb nicht zu wirksamem Aussenwettbewerb.

167. Sämtliche **anderen Schweizer Konkurrenten** sind entweder am westlichen Rand von W1 (Kantone Baselland und Basel-Stadt und süd-westlicher Teil des Kantons Aargau) beziehungsweise ausserhalb von W1 aber noch innerhalb von W2 angesiedelt. Sie befinden sich somit ausserhalb des Gebietes, welches neben der FBB praktisch flä-

chendeckend durch die Werke der BHZ, der BHT und der Biturit abgedeckt wird.

168. Obwohl diese nicht an der AVV beteiligten Mischwerke in technischer Hinsicht Strassenbelag in die Tätigkeitsgebiete der BHZ, der BHT und der Biturit liefern könnten, sind sie ebenfalls nicht in der Lage, den eliminierten Wettbewerbsruck der AMB und der Storz zu kompensieren:

- Eine Analyse ihrer Preise ab Werk zeigt, dass diese im Durchschnitt rund 7% tiefer sind als diejenigen der BHZ, der BHT, der Biturit und der FBB. Dabei ist auffallend, dass die Preise mit zunehmender Entfernung tendenziell tiefer sind als in unmittelbarer Nähe zu den an der AVV beteiligten Mischwerken.
- Aufgrund der in Randziffer 139 ff. dargestellten Transportkosten werden allfällige Preisvorteile ab Werk mit zunehmender Transportdistanz wieder wettgemacht. Somit sind diese Anbieter nicht in der Lage, zu günstigeren Preisen in das Gebiet zu liefern, welches vor Abschluss der AVV durch die AMB und die Storz konkurrenziert wurde.

Dies kann durch folgendes Beispiel illustriert werden: Ein Vergleich von Offerten der BHZ, der FBB und der Centrphalt für die Bezüge des Tiefbauamtes der Stadt Zürich für das Jahr 1999 zeigt, dass die Centrphalt um mehr als ein Drittel günstigere Preise ab Werk offeriert hat als die FBB und die BHZ. Aufgrund der weiteren Entfernung fallen bei der Centrphalt allerdings die Transportkosten ungleich schwerer ins Gewicht, so dass die Gesamtkosten der Centrphalt über denjenigen der BHZ und der FBB liegen. Die FBB bezweifelt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats, dass die Centrphalt zu den von ihr offerierten Preisen liefern könne. Nach Auffassung der Weko bestehen allerdings keine Zweifel an der Seriosität des Angebots der Centrphalt. Des Weiteren macht die FBB in der erwähnten Stellungnahme geltend, dass sie den Altbelag zu einem bescheidenen Transportkostenanteil zurücknehme. Für die dadurch eingesparten Entsorgungskosten müssten von ihren offerierten Preisen mindestens CHF 25.-- pro Tonne in Abzug gebracht werden. Der Vergleich aller Offerten zeigt allerdings, dass die Transporte für Altbelag auf die Deponie des Lieferwerks jeweils nur einen geringen Teil der gesamten Kosten verursachen. Zudem lassen sich die Unterschiede wiederum auf die verschiedenen Transportwege zurückführen. Die Argumentation der FBB ist deshalb nicht stichhaltig.

169. Aufgrund der anfallenden Transportkosten werden allfällige Preisvorteile anderer Konkurrenten ab Werk bereits nach einer geringen zusätzlichen Transportdistanz wieder wettgemacht. Folglich sind andere Schweizer Mischwerke nicht in der Lage, die an der AVV betei-

lichten Unternehmen einem wirksamen Wettbewerbsdruck auszusetzen.

170. Es stellt sich somit die Frage nach der Rolle weiterer Konkurrenten aus dem Ausland. Von den angefragten Unternehmen werden folgende Anbieter genannt:

- Deutschland: Schuck und Whylen
- Österreich: AMV, MIGU sowie H+J
- Frankreich: Rhemaro

171. Diese Werke befinden sich ausnahmslos am Rand des Gebiets W2. Aufgrund der Transportkosten können die genannten Werke aus Deutschland und Frankreich somit nur in die Kantone Baselland und Basel-Stadt sowie in Teile der Kantone Aargau und Solothurn zu konkurrenzfähigen Gesamtpreisen liefern. Entsprechend wird lediglich in den Kantonen St. Gallen und im nord-östlichen Teil des Kantons Thurgau Belagsmischgut aus Österreich bezogen.

172. Aufgrund des Dargelegten ergibt sich, dass kein wirksamer Aussenwettbewerb vorhanden ist.

Zwischenergebnis

173. Weil weder wirksamer Innen- noch wirksamer Aussenwettbewerb vorliegt, wird die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt.

B.2.3.b Potenzieller Wettbewerb

174. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs würde allenfalls widerlegt, wenn gezeigt werden könnte, dass die Abredepartner einer potenziellen Konkurrenz gegenüberstehen, welche sie trotz Abrede zu effizientem Verhalten zwingt. Konkret wäre dies dann der Fall, wenn die an der AVV beteiligten Unternehmen bei einem mangelhaften Preis-Leistungsverhältnis jederzeit mit Marktzutritten rechnen müssten. Die Disziplinierungswirkung beziehungsweise Wirksamkeit der potenziellen Konkurrenz hängt insbesondere ab von¹³:

1. der Wahrscheinlichkeit von Marktzutritten
2. der Zeitspanne bis zum Wirksamwerden der Marktzutritte
3. dem voraussichtlichen Ausmass der Marktzutritte.

¹³ Vgl. GILBERT, Richard J. (1989): Mobility Barriers and the Value of Incumbency, in: Handbook of Industrial Organization, Vol. I, edited by R. SCHMALENSEE and R.D. WILLIG, Elsevier Science Publishers

175. Es liegt auf der Hand, dass die zeitliche Dimension und das Ausmass der Marktzutritte nicht hinterfragt werden müssen, wenn die Analyse ergibt, dass die Eintretenswahrscheinlichkeit gering ist. Aus diesem Grund wird letztere zuerst überprüft: Ob potenzielle Konkurrenten einen Markteintritt in Erwägung ziehen, hängt dabei in entscheidender Weise von den damit verbundenen Gewinnaussichten und somit von den erwarteten Erträgen und Kosten ab. Die Erträge werden von verschiedenen Faktoren beeinflusst, hier zu nennen sind insbesondere die geplante Verweildauer im Markt sowie die erwartete Reaktion der Unternehmen, welche sich bereits im Markt befinden. Bei den Kosten spielen jene Aufwendungen eine zentrale Rolle, welche bei einem allfälligen Marktaustritt verloren gehen (sunk costs).

176. Bei wirksamer potenzieller Konkurrenz führten Markteintritte zum Zerfall der AVV, und es ist davon auszugehen, dass die deutschen Anbieter relativ schnell zu ihren ursprünglichen Preisen zurückkehren würden. Auf längere Sicht müssten die Newcomer somit zu diesen wesentlich tieferen Preisen konkurrenzfähig sein. Deshalb sind die Gewinnaussichten für einen dauerhaften Markteintritt - und damit auch die Wahrscheinlichkeit eines solchen Eintritts - im vorliegenden Fall als gering einzustufen.

177. Es bleibt die Möglichkeit, die durch die Abrede entstandenen Gewinnchancen im Sinne eines "hit-and-run entrys"¹⁴ zu nutzen: Die Newcomer treten in den Markt ein, unterbieten die Kartellmitglieder und verlassen den Markt gegebenenfalls wieder, wenn sich die Preise auf ein wettbewerbliches Niveau gesenkt haben.

178. Aufgrund der beschränkten Transportmöglichkeiten des Strassenbelags können Marktzutritte in Form einer Expansion weiter entfernter Anbieter in das Abredegebiet praktisch ausgeschlossen werden. Ein Newcomer (ev. ein in einem anderen geographischen Markt bereits etablierter Anbieter) müsste somit ein neues Mischwerk im Abredegebiet errichten, was mit grösseren finanziellen Aufwendungen verbunden wäre, wobei nachfolgend einige exemplarisch beschrieben werden.

- Die Kosten für eine Asphaltmischanlage liegen in Abhängigkeit derer Grösse zwischen CHF 2 Mio. und CHF 7 Mio. exklusiv Landbedarf; die grösste Nachfrage bestehe derzeit nach Anlagen für rund CHF 3.5 Mio.
- Ein zusätzlicher finanzieller Aufwand ergibt sich aus den notwendigen Bewilligungen für solche Vorhaben sowie der Umweltver-

¹⁴ BAUMOL, William J.; PANZAR, John C.; WILLIG, Robert D. (1982), Contestable Markets and the Theory of Industry Structure

träglichkeitsprüfung (UVP)¹⁵. Die Kosten für den dafür notwendigen Bericht (UVB) können auf ungefähr CHF 20'000.-- bis CHF 100'000.-- geschätzt werden¹⁶. Im Normalfall ist mit einer Verfahrensdauer von ungefähr 6 bis 12 Monaten¹⁷ zu rechnen. Interessierte Kreise können sich offiziell erstmals bei der öffentlichen Auflage des Baugesuches sowie des UVB über das Vorhaben informieren.

179. Zumindest ein Teil der Aufwendungen für Anlagen, Gebäude, Bewilligungen, Personal, Werbung und so weiter ginge beim Austritt verloren. Diese so genannten irreversiblen Kosten (sunk costs) wirken sich als Austrittsschranken insbesondere dann negativ auf die Eintrittswahrscheinlichkeit aus, wenn der Newcomer keine Absicht hat, dauerhaft im Markt zu bleiben, sondern lediglich temporäre Preisspielräume ausnutzen möchte. Folglich ist auch die Wahrscheinlichkeit eines hit-and-run entries als gering einzustufen.

180. Empirisch werden diese Überlegungen dadurch bestätigt, dass gemäss Angaben der Befragten in den letzten fünf Jahren nur ein neuer Anbieter auf den Markt eingetreten ist.

181. Im Sinne der vorangegangenen Überlegungen müssen die Abredepartner in absehbarer Zukunft nicht mit nennenswerten Marktzutritten rechnen. Der von der potenziellen Konkurrenz ausgehende Wettbewerbsdruck ist als ungenügend zu qualifizieren; die Beseitigungsvermutung kann mit dem Argument des potenziellen Wettbewerbs nicht widerlegt werden.

B.2.3.c Stellung der Marktgegenseite

182. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs könnte allenfalls noch widerlegt werden, wenn von der Marktgegenseite eine disziplinierende Wirkung ausginge.

183. Marktgegenseite der Anbieter von Strassenbelägen sind die Strassenbauunternehmen, welche im Absatzgebiet der ersteren tätig sind.

184. Im in Randziffer 148 und 161 bezeichneten Gebiet gibt es eine Vielzahl von Strassenbauunternehmen unterschiedlicher Grösse. Teilweise handelt es sich um lokale Firmen, teilweise um Anbieter, welche in mehreren Kantonen beziehungsweise der ganzen Schweiz Strassen-

¹⁵ Umweltschutzgesetz vom 7. Oktober 1983 sowie Verordnung über die UVP vom 19. Oktober 1988

¹⁶ Wird das Projekt nur mit Auflagen bewilligt (z.B. Versiegelung des Bodens etc.), können sich die Aufwände für deren Erfüllung allerdings relativ schnell auf mehrere CHF 100'000.-- belaufen (Akten 236, 240).

¹⁷ In dieser Schätzung nicht berücksichtigt sind allfällige Beschwerdeverfahren, welche sich über Jahre hinweg ziehen können (Akten 236, 240).

bauarbeiten ausführen. Die Konzentration auf der Marktgegenseite ist damit als relativ gering einzustufen, Gegenmacht liegt nicht vor.

185. Mit einer Destabilisierung der Alleinvertriebsvereinbarung durch die Marktgegenseite ist auch deshalb nicht zu rechnen, weil die an der AVV beteiligten Mischwerke ja gerade von Strassenbauunternehmen kontrolliert werden, welche sogar massgeblich am Zustandekommen der Abrede beteiligt waren (vgl. Kap. A.2, A.3.1, B.1.2.1). Ein wichtiger Teil der Marktgegenseite - bei den Eigentümern der Siderit, der BHZ, der BHT und der Biturit handelt es sich in der Mehrzahl um grössere, im gesamten Abredegebiet tätige Strassenbauunternehmen - ist damit überhaupt nicht interessiert an einer Auflösung der AVV.

186. Die Stellung der Marktgegenseite ist im Sinne der dargestellten Überlegungen somit nicht geeignet, die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG zu widerlegen.

B.2.4 Ergebnis

187. Aus den vorhergehenden Abschnitten ergibt sich, dass die Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG nicht widerlegt werden kann. Die Alleinvertriebsvereinbarung zwischen den Schweizer Anbietern der BHZ, der BHT, der Biturit und der Siderit sowie den deutschen Belagsmischwerken der AMB und der Storz beseitigt den wirksamen Wettbewerb.

188. Somit handelt es sich bei der Alleinvertriebsvereinbarung um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG.

189. Ein Wegfall der AVV hätte zur Folge, dass Strassenbelag zu bedeutend günstigeren Preisen ab deutschen Werken bezogen und somit wirksamer Wettbewerb wieder hergestellt werden könnte. Dabei ist anzumerken, dass die AMB und die Storz genügend Kapazitäten aufweisen, um eine erhebliche Mehrnachfrage aus der Schweiz zu decken.

B.3 Zur Unzulässigkeit der Preisdifferenzierung nach Kundengruppen

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

191. Vorliegend wurde offen gelassen, ob es sich bei den diskriminierend ausgestalteten Preisen der BHZ, der BHT, der Biturit und der FBB um eine Abrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG handelt. Nachfolgend wird im Sinne einer vorsichtigen Vorgehensweise untersucht, ob dieses Verhalten, könnte es unter den Abredetatbestand subsumiert werden, eine unzulässige Abrede gemäss Artikel 5 Absatz 1 darstellen

würde. Zu diesem Zweck wird wiederum vorab der relevante Markt abgegrenzt.

B.3.1 Relevanter Markt

192. Die Überlegungen von Kapitel B.2.1.a haben auch an dieser Stelle Gültigkeit, so dass der sachlich relevante Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a VKU der **Markt für Strassenbeläge** ist.

193. Selbiges gilt für die geographische Marktabgrenzung: Der nachfolgenden Beurteilung der Preisdifferenzierung nach Kundengruppen kann wiederum Wirkungsgebiet 2 (vgl. Kap. B.2.1.b) zu Grunde gelegt werden.

B.3.2 Zur Erheblichkeit der Preisdifferenzierung nach Kundengruppen

194. Wie aus der Sachverhaltsdarstellung hervorgeht, müssen nicht-assoziierte Strassenbauer, beziehen sie Belag der BHZ, der BHT und der Biturit, deutlich höhere Preise als die Aktionäre der bezeichneten Unternehmen bezahlen. Diese Preisdifferenzierung wurde von den Anzeigerstatlern beklagt (vgl. Kap. A.3.3).

195. Nachteilige wettbewerbliche Auswirkungen der in Kapitel B.1.2.3 beschriebenen Art können im vorliegenden Fall aus folgenden Gründen nicht ausgeschlossen werden:

- Jeweils dieselben sechs Unternehmen - Hüppi Holding, AG Cellere, Vago, Granella, Egolf Holding, Walo Holding - verfügen zusammen direkt oder indirekt über ihre Tochtergesellschaften über die Mehrheitsbeteiligung an der BHZ, der BHT und der Biturit. Damit liegt eine weitgehende Identität der Eigentümer vor (vgl. Rz. 38 und 86).
- Die Eigentümer der beklagten Mischwerke sind selbst wiederum auf dem nachgelagerten Markt für Strassenbau tätig (also vertikal integriert); weshalb davon ausgegangen werden kann, dass sie aus generellen einzelwirtschaftlichen Überlegungen grundsätzlich ein Interesse daran hätten, unliebsame Konkurrenten über die Inputpreise vom Markt zu verdrängen.
- Die limitierte Transportfähigkeit des Strassenbelags (vgl. Rz. 124) beziehungsweise die relativ hohen Transportkosten (vgl. Rz. 139 ff.) bewirken eine Beschränkung der Bezugsmöglichkeiten. Insbesondere für Strassenbauer, welche in den Kantonen Schaffhausen, Thurgau und Zürich tätig sind¹⁸, stehen kaum Alternativen zu den beklagten Unternehmen zur Verfügung.

¹⁸ Im westlichen und südlichen Randgebiet von W1 bzw. W2 gibt es deutlich mehr Mischwerke; am östlichen Ende kann auf österreichische Anbieter ausgewichen werden (Akte d. 36).

- Die Preisdifferenzen bei der FBB, welche grundsätzlich eine Alternative darstellen würden, liegen nicht deutlich unter denjenigen der BHZ, der BHT und der Biturit; das Preisniveau der FBB ist tendenziell eher hoch (vgl. Rz. 164 ff.).

196. Ausschlaggebend für die Wettbewerbsverhältnisse ist vorliegend jedoch, dass mit Abschluss der Alleinvertriebsvereinbarung den nicht-assoziierten Strassenbauern die Möglichkeit weitgehend genommen wurde, Preisvorteile ihrer assoziierten Konkurrenten durch Bezug ab deutschen Werken wett zu machen (vgl. Rz. 151). Die AVV erweist sich auch hier als Eckpfeiler des wettbewerblichen Problems, so dass offen bleiben kann, ob die beschriebene Preispolitik der beklagten Unternehmen als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung anzusehen ist. Da der Bezug ab deutschen Werken für die betroffenen unabhängigen Strassenbauunternehmen vor Abschluss der Alleinvertriebsvereinbarung eine valable Ausweichmöglichkeit darstellte, ist davon auszugehen, dass dies nach Aufhebung der AVV ebenfalls wieder der Fall sein wird, weshalb derzeit von zusätzlichen Massnahmen abgesehen werden kann (vgl. Rz. 189).

C. Kosten

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

198. Im Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen entfällt die Gebührenpflicht allerdings dann, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt (Art. 3 Abs. 2 Bst. a KG-Gebührenverordnung).

199. Daraus ergibt sich, dass bei Untersuchungen nach Artikel 27 KG grundsätzlich sämtliche Parteien kostenpflichtig sind, unabhängig davon, ob gegen diese verfügt wird oder nicht.

200. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission (vgl. RPW 1999/2, S. 246, Rz. 136) wird von diesem Grundsatz insofern abgewichen, als Unternehmen dann keine Kosten auferlegt werden, wenn deren Verhalten keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt und deren Verhalten nicht Gegenstand einer Vorabklärung war.

201. In ihrer Stellungnahme vom 10. November 2000 beantragt die FBB vollständige Kostenbefreiung. Begründet wird dieses Begehren im Wesentlichen damit, dass keine Absprachen zwischen der FBB und "anderen Anlagen getroffen wurden" und die Untersuchung gegen die FBB lediglich aufgrund von Indizien und Annahmen eröffnet worden sei.

202. In casu wurde offen gelassen, ob sich die FBB kartellrechtswidrig verhalten hat. Dieser Umstand allein vermag - wie oben dargelegt -

noch keine Kostenbefreiung zu begründen. Vielmehr wäre zusätzlich noch erforderlich, dass das Verhalten der FBB nicht Gegenstand der Vorabklärung war. Dieses kumulative Kriterium (vgl. Rz. 200) liegt in casu eben gerade nicht vor. Vielmehr ist erstellt, dass die FBB - nebst anderen Unternehmen - in die Vorabklärung involviert war und deren Verhaltensweise Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellte. Aus diesen Gründen sind der FBB Kosten aufzuerlegen.

203. Hinsichtlich der Kostenpflicht stellt der in Randziffer 10 erwähnte Rechtsvertreter in seiner Stellungnahme vom 20. November 2000 das Begehren, der Siderit, der BHZ, der BHT, der Biturit, der AG Cellere, der Hüppi Holding, der WALO Holding und der Granella lediglich diejenigen Kosten (zu gleichen Teilen) aufzuerlegen, welche dem Sekretariat der Wettbewerbskommission als Folge der Untersuchungstätigkeit im Zusammenhang mit der Alleinvertriebsvereinbarung entstanden seien. Begründet wird dies im Wesentlichen unter Berufung auf Artikel 63 Absatz 1 VwVG, wonach der nur teilweise unterliegenden Partei ermässigte Verfahrenskosten aufzuerlegen seien. In diesem Zusammenhang wird alsdann vorgebracht, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission für die letztlich offen gelassenen Tatbestände "Preisgestaltung der BHZ und der FBB" sowie "Preisdifferenzierung nach Kundengruppen" ein Mehrfaches an Untersuchungsaufwand habe betreiben müssen, als für die Untersuchung im Zusammenhang mit der AVV. Des Weiteren wird in der Stellungnahme vom 20. November 2000 dargelegt, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission hätte Aufwand vermeiden können, indem es gleich zu Beginn der Untersuchung das Gespräch mit den Parteien gesucht hätte, um eine einvernehmliche Regelung nach Artikel 29 KG herbeizuführen. Die beantragte Kostenbefreiung der VAGO und der Egolf Holding AG wird damit begründet, dass diese Unternehmen erst nach Abschluss der AVV Aktionäre der Siderit wurden.

204. Der Verweis des Rechtsvertreters auf Artikel 63 Absatz 1 VwVG ist nicht sachgerecht, weil es sich in casu nicht um eine Entscheidung einer Beschwerdeinstanz handelt. Hinzu kommt, dass für Kosten im Zusammenhang mit Verfahren vor der Wettbewerbsbehörde ohnehin eine spezialgesetzliche Regelung anzuwenden ist, die oben erwähnte bundesrätliche KG-Gebührenverordnung, welche gestützt auf Artikel 60 KG sowie Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes (SR 611.010) erlassen worden ist. Eine dem Artikel 63 VwVG direkt entsprechende Norm ist der KG-Gebührenverordnung fremd. Hinsichtlich der Gebührenpflicht, aber nicht bezüglich der Gebührenbemessung, wird in der KG-Gebührenverordnung auf das Verursacherprinzip abgestellt. Eine Kostenreduktion über das Verursacherprinzip aufgrund eines angeblich nur "teilweisen Unterliegens" ist somit nicht möglich. Ein gewisser Spielraum bezüglich der Gebührenbemessung wird der Wettbewerbsbehörde einzig

mittels Artikel 4 Absatz 3 KG-Gebührenverordnung eingeräumt, wonach je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes die Gebühr um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden kann. Das angeblich nur "teilweise Unterliegen" ist von dieser Norm sicher nicht erfasst, weshalb dem diesbezüglichen Antrag nicht entsprochen werden kann.

205. Überdies geht es in casu nicht an, eine Kostenreduktion zu verlangen, weil das Sekretariat keine einvernehmliche Regelung mit den Parteien gesucht hatte. Die Parteien haben nie Bereitschaft zu einer einvernehmlichen Regelung angedeutet. Aufgrund der Komplexität des Falles sowie der zahlreichen Parteien mit teils unterschiedlichen Interessen ist es zudem sehr fraglich, ob eine einvernehmliche Regelung jemals zu Stande gekommen wäre. Selbst wenn diese der Wettbewerbskommission hätte beantragt werden können, wäre aus den erwähnten Gründen wohl kaum mit geringeren Kosten zu rechnen gewesen. Hinzu kommt, dass Artikel 29 KG eindeutig als "Kann-Vorschrift" formuliert ist. Eine Pflicht des Sekretariates, den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung vorzuschlagen, besteht somit nicht.

206. Eine Kostenbefreiung der Vago und der Egolf Holding ist nicht angebracht, weil diese zwar erst nach Abschluss der Vereinbarung mit der AMB, aber vor Einbezug der Storz und der Badertscher AG in die AVV Aktionäre der Siderit geworden sind. Zudem besteht der einzige Zweck der Siderit darin, Vertragspartnerin der AVV zu sein (vgl. Rz. 86). Demgemäss haben sowohl die Vago als auch die Egolf Holding an der unzulässigen Abrede partizipiert, weshalb sich eine Kostenbefreiung dieser beiden Unternehmen keinesfalls rechtfertigt.

207. Kostenpflichtig sind in casu somit:

- Siderit Beteiligungs AG
- BHZ Baustoff Holding Zürich AG
- BHT Baustoff Holding Thur AG
- Biturit AG
- Badertscher AG
- PBB Frischbeton + Baustoff AG Hinwil
- Aktiengesellschaft Cellere AG
- Plüppi AG Holding
- Philipp Egolf Holding AG
- Walo Bertschinger Holding AG
- Granella Holding AG
- Vago AG

208. Gemäss Artikel 4 Absätze 1 und 2 KG-Gebührenverordnung bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand; es gilt ein Stundenansatz von CHF 130.--. Die Gebühr kann je nach wirtschaftlicher Bedeu-

tung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden (Art. 4 Abs. 3 KG-Gebührenverordnung).

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

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

211. Die in Randziffer 207 aufgeführten Unternehmen tragen die Gesamtkosten von CHF [...] zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung, das heisst zu je CHF [...].

D. Dispositiv

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

1. Es wird festgestellt, dass folgende Vereinbarungen nach Massgabe von Artikel 5 Absatz 1 KG unzulässig sind:

- Die Alleinvertriebsvereinbarung zwischen der Siderit Beteiligungs AG und der AMB Asphaltmischwerke Bodensee GmbH & Co. KG vom 24. Juni 1996
- Die Vereinbarung zwischen der Badertscher AG, der Siderit Beteiligungs AG, der BHZ Baustoff Holding Zürich AG, der BHT Baustoff Holding Thur AG und der Biturit AG vom 29. Mai 1997

Diese Vereinbarungen dürfen nicht eingehalten werden.

2. Es wird den unter Ziffer 1 des Dispositivs bezeichneten Schweizer Unternehmen untersagt, direkt oder über ihre Tochtergesellschaften, unter sich oder mit Dritten Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden bezüglich des Bezugs oder Vertriebs von Strassenbelägen ab der AMB Asphaltmischwerke Bodensee GmbH & Co. KG und/oder der J. Friedrich Storz Strassen- und Tiefbau GmbH & Co. zu praktizieren oder anderweitige Koordinationen mit derselben Wirkung vorzunehmen.

3. Der Hüppi AG Holding, der Aktiengesellschaft Cellere AG, der Walo Bertschinger Holding AG, der Vago AG, der Granella Holding AG sowie der Philipp Egolf Holding AG wird untersagt, ihre Beteiligungsrechte oder ihren Einfluss - direkt oder über Tochtergesellschaften - koordiniert und so auszuüben, dass Abreden im Sinne von Ziffer 2 des Dispositivs praktiziert werden können.

4. Die Wettbewerbskommission behält sich vor, die Einhaltung der behördlichen Anordnungen gemäss Ziffern 1 bis 3 des Dispositivs ohne

vorgängige Untersuchung zu kontrollieren. Mit dieser Kontrollaufgabe wird das Sekretariat der Wettbewerbskommission betraut.

5. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG geahndet werden.
6. [Kosten]
7. [Rechtsmittelbelehrung]
8. [Eröffnung]

B 2

3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese

B 2.3

1. Vivendi S.A., Canal+ S.A. und The Seagram Company Ltd.

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

Am 4. Oktober 2000 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des oben genannten Zusammenschlussvorhabens eingegangen.

Die Vivendi S.A. (Vivendi), die von der Canal+ S.A. bisher 49% der Aktien hält, beabsichtigt, von Canal+ sämtliche Aktivitäten zu erwerben. Davon ausgenommen bleibt der französische Pay-TV-Kanal, welcher bei Canal+ verbleibt, weil es Vivendi aus Gründen des französischen Rechts untersagt ist, ihre Beteiligung auf über 49% zu erhöhen. In einem zweiten Schritt will Vivendi 100% des Aktienkapitals von der The Seagram Company Ltd. (Seagram) übernehmen. Der neue Konzern soll in "Vivendi Universal" umfirmiert werden.

Mit Vivendi Universal soll ein weltweiter Medien- und Kommunikationskonzern, welcher in den Bereichen Film, Musik, Fernsehen, Telekommunikation und Internet tätig ist, geschaffen werden. Dies erfolgt über ein Zusammenführen der Geschäftsbereiche und des Know-hows von Vivendi, Canal+ und Seagram.

Vivendi ist die Muttergesellschaft eines internationalen Konzerns mit Hauptsitz in Frankreich. Der Vivendi-Konzern ist tätig in den Bereichen Infrastruktur (Wasser, Energie, Abfallverwertung und Transport) und Kommunikation (Betreiben von Fernmeldenetzen und Erbringen von Fernmeldediensten, Verlagswesen und Multimedia, Fernsehen und

Film). Die Tätigkeiten in den Bereichen Fernsehen und Film werden durch Canal+ wahrgenommen.

Die Geschäftstätigkeit von Canal+ erstreckt sich auf den Vertrieb und die Vermarktung von Fernsehkanälen und das Betreiben von Pay-TV-Kanälen, sowie die Produktion und Vermarktung von Spielfilmen und den Aufkauf und die Lizenzierung von Fernsehrechten.

Der Seagram-Konzern ist tätig im Bereich Produktion, Vermarktung und Vertrieb von alkoholischen Getränken sowie in der Unterhaltung (Musik und Film).

Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss

Das Vorhaben ist als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe a zu qualifizieren. Der Zusammenschluss wird im Wesentlichen über einen Aktientausch vollzogen. Nach der Fusion werden die heutigen Vivendi-Aktionäre zu 59%, die Aktionäre von Seagram zu 29% und die Aktionäre von Canal+ zu 12% beteiligt sein.

Die beteiligten Unternehmen bestimmen sich nach Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) und deren Umsatz nach Artikel 5 Absatz 1 VKU. Es sind daher die Geschäftstätigkeiten der fusionierenden Unternehmen in der Schweiz und die Umsätze aller Mutter-, Tochter- und Schwesterunternehmen einzubeziehen.

Die Gesamtumsätze der beteiligten Unternehmen des letzten Geschäftsjahres überschreiten die in Artikel 9 Absatz 1 KG statuierten Schwellenwerte. Es handelt sich somit um einen meldepflichtigen Zusammenschluss.

Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

Was die Präsenz auf dem Markt in der Schweiz betrifft, so ist festzuhalten, dass sich die Tätigkeit der sich zusammenschliessenden Unternehmen im Medienbereich im Wesentlichen auf den Vertrieb/Lizenzierung der konzerneigenen Produkte beschränkt. Im Vordergrund steht einerseits die Lizenzierung von Spielfilmen und andererseits die von TV-Sendungen. Als Lizenznehmer treten Fernsehstationen sowie Filmhändler auf, welche die Rechte erwerben, um sie an Fernsehstationen weiter zu lizenzieren.

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

Die EU-Kommission definierte die Lizenzierung von Senderechten an TV-Stationen und Filmhändler als sachlich relevanten Markt. In diesem Markt sind sowohl Canal+ als auch Universal tätig. Der Zusammenschluss führt also hier zu Marktanteilsadditionen.

Angaben über den Marktanteil von Universal sind nur im Verhältnis zu den Umsätzen der sieben so genannten "US-Major-Studios" (Sony/Columbia, Disney/Miramax, Universal, Warner Bros., MGM, 20th Century Fox, Paramount) erhältlich. Aus diesen Zahlen ergibt sich ein Anteil von Universal für die Schweiz von zirka [5%-15%]. Da für diese Anteilsberechnung lediglich diese sieben "US-Majors" berücksichtigt wurden, liegt der effektive Anteil am gesamten Markt wesentlich tiefer. Canal+ weist einen erheblich tieferen Umsatz aus als Universal. Daher kann mit Bestimmtheit gesagt werden, dass der gemeinsame Marktanteil unterhalb von 20% liegt und somit kein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vorliegt.

Der Unternehmenszusammenschluss wird eine Vielzahl von voneinander gänzlich unabhängigen Geschäftstätigkeiten in einem Konzern zusammenfassen. Diese Tätigkeiten haben keinen Bezug zur Kerntätigkeit des neu fusionierten Unternehmens. Bei Vivendi sind dies zum Beispiel die geschäftlichen Aktivitäten im Bereich Infrastruktur, wie Energie, Wasser, Abfallverwertung und Transport, welche in der Schweiz einen Hauptteil der Tätigkeiten von Vivendi ausmachen. Bei Seagram sind es vor allem die Aktivitäten im Getränkesektor. Das Geschäft mit alkoholischen Getränken ist ohne weitere Bedeutung, da dieser Sektor nach der Fusion veräussert werden soll. In den genannten Bereichen kann von vornherein jegliche Überschneidung ausgeschlossen werden. Darüber hinaus sind die Umsätze in diesen Bereichen - verglichen mit der Grösse der jeweiligen Märkte (Getränke, Bauwesen) - relativ geringfügig.

Auch dort wo ein Bezug zu Medien und Telekommunikation besteht, ist festzuhalten, dass wesentliche Teile lediglich von einem der beteiligten Unternehmen oder in der Schweiz gar nicht abgedeckt sind.

Im Bereich der Telekommunikation, der Produktion von Spielfilmen und TV-Sendungen und des Betriebens von Fernsehkanälen weist Vivendi lediglich Aktivitäten im Ausland, nicht aber in der Schweiz auf.

Vivendi hat über die Havas Gruppe Aktivitäten im Bereich der klassischen Druckmedien wie Bücher und Magazine. Angesichts der relativ geringfügigen Umsätze in diesem Bereich ist hier nicht von einem betroffenen Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU auszugehen. Zu Marktanteilsadditionen kommt es nicht.

Im Bereich des Vertriebs von Musik (Kassetten, CDs, DVDs und Musikvideos) ist einzig Universal Music AG tätig. Aufgrund von Erhebungen in der Schweiz wird der Marktanteil von Universal Music auf [15%-25%] geschätzt. Auch hier ist daher die Schwelle von 30%, welche den Markt zu einem betroffenen macht, nicht erreicht, und es kommt zu keinen Marktanteilsadditionen.

In den beiden Bereichen Videoverleih und -verkauf und Kinofilmverleih ist jeweils nur eines der fusionierenden Unternehmen tätig. Die

Marktanteile in der Schweiz liegen in beiden Fällen unter 10%. Es handelt sich also nicht um betroffene Märkte.

Gesamthaft ist festzuhalten, dass in all diesen Märkten die Umsätze relativ geringfügig und Marktanteilsadditionen auszuschliessen sind.

Mit Ausnahme eines Bereiches führt der Unternehmenszusammenschluss also zu keinen Marktanteilsadditionen. Auch werden die in Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU definierten Marktanteile, aufgrund deren die Märkte zu betroffenen werden, in keinem Fall erreicht.

Ergebnis

Aus den genannten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Der Zusammenschluss ist daher als unbedenklich einzustufen. Auf eine detaillierte Prüfung nach Artikel 10 KG kann verzichtet werden.

B 2.3	2. Alcatel/Thomson Multimedia
-------	--------------------------------------

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

Gemäss einer Meldung vom 13. Oktober 2000 beabsichtigen Alcatel und Thomson Multimedia S.A. (TMM), ein Gemeinschaftsunternehmen französischen Rechts im Bereich des interaktiven Videonetzes und des Vertriebs dazugehöriger Komponenten zu gründen.

Alcatel ist ein internationaler Konzern mit Sitz in Paris. Er stellt unter anderem Netzwerke der neuen Generation her und offeriert Konsumenten und Wiederverkäufern Sprech- und Datenkommunikationslösungen. Zusätzlich liefert Alcatel Internet-Produkte, vor allem für den Zugang und die Übermittlung. Im Telekommunikations- und Elektrizitätsbereich bietet Alcatel Produkte, Systeme und Dienstleistungen für die drei Hauptbereiche Infrastruktur, Industrie und Unternehmen an.

TMM gehört zu den weltweit führenden Elektronikunternehmen. Es verfügt über die Haupttätigkeitsfelder Displays und Bestandteile, Kundenprodukte, Dienstleistungen der neuen Medien und handelt mit entsprechenden Patenten und Lizenzen. Seit 1998 ist TMM vermehrt in Europa im Bereich der Multimediaprodukte tätig. Zu diesem Zweck ist TMM mit Microsoft, NEC und Alcatel strategische Allianzen eingegangen.

Meldepflichtiger Zusammenschluss

Thomson wird am Gemeinschaftsunternehmen mit 66%, Alcatel mit 44% des Aktienkapitals beteiligt sein. Der Verwaltungsrat wird paritätisch zusammengesetzt und wichtige Managemententscheidungen können nur gemeinsam gefasst werden.

Das neue Unternehmen wird als wirtschaftlich und rechtlich selbstständiges Unternehmen mit seinen Leistungen auf dem Markt auftreten und auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen. Das Zusammenschlussvorhaben ist daher als Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen zu qualifizieren.

Die Gesamtumsätze der beteiligten Unternehmen des letzten Geschäftsjahres überschreiten die in Artikel 9 Absatz 1 KG statuierten Schwellenwerte. Es handelt sich somit um einen meldepflichtigen Zusammenschluss.

Bezüglich der Meldepflicht ist von Interesse, dass es sich bei den beteiligten Unternehmen um staatlich kontrollierte Gesellschaften handelt. Es stellt sich daher die Frage, ob es sich tatsächlich um einen Zusammenschluss im Sinne der kartellgesetzlichen Fusionskontrolle handelt. Die EU-Kommission hat diesbezüglich bemerkt, dass die Tatsache, dass zwei Unternehmen demselben Staat gehören, nicht unbedingt bedeutet, dass sie derselben "Gruppe" angehören. Entscheidend sei, ob sie derselben Holding angehören und einer bestimmten koordinierten Strategie unterliegen oder nicht¹. Im Falle Alcatel/TMM würde also auch die EU auf Meldepflicht schließen.

Beurteilung

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

Die Kunden von interaktiven Video-Netzwerkgeräten sind Kabelnetzwerkbetreiber wie die Cablecom, Telekommunikationsunternehmen, Fernsehanstalten und Generalunternehmen, welche Geräte oder Untersysteme für eine der drei genannten Kundenkategorien vereinigen. Diese Kunden sind weltweit verteilt. Ein vordringliches Ziel des Gemeinschaftsunternehmens ist es, die Aktivitäten in den USA auszubauen und dort so schnell als möglich komplette interaktive Video-Netzwerke zu verkaufen.

Netze können sowohl lokal, regional als auch weltweit ausgerichtet sein. Der Trend des Vertriebs von Netz-Komponenten geht jedoch klar

¹ Vgl. Die Fusionskontrolle der Europäischen Union, Stand März 1998, S. 123 f.

in Richtung weltweite Lieferung. In diesem Zusammenhang kann ohne Zweifel zumindest von einem europäischen Markt ausgegangen werden.

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 Bst. a VKU).

Das Gemeinschaftsunternehmen wird im Bereich des Vertriebs von Systemen und Komponenten interaktiver Videonetze tätig sein. Dabei sind die folgenden zwei Bereiche zu unterscheiden:

MPEG Transport-Netz

Ein MPEG Transport-Netz dient dem gebündelten Transport digitaler Videosignale gemäss dem namensgebenden Standard "Moving Picture Expert Group" MPEG. In ein solches Netz werden Videos eingespeist und an nationale "Head-Ends" weitergeleitet, von wo aus sie an nationale und regionale Breitband-Verteilnetze oder an nationale Fernsehsender weiterverteilt werden. Ein MPEG Netz umfasst MPEG-spezifische Hard- und Software sowie eine Ausrüstung zur Verwaltung, Kontrolle und Überwachung des Netzes. Es liegt auf der Hand, dass sämtliche Netzkomponenten, im Wesentlichen bestehend aus IT-Hard- und Software des MPEG-Standards, als eigenständige sachlich relevante Märkte betrachtet werden könnten, was zugleich der engstmöglichen Abgrenzung entspricht. Letztlich stehen aber aus der Sicht der Endkonsumenten die systemischen Netzdienste von MPEG-Netzen mit anderen terrestrischen, funkbasierten sowie hybriden Netzformen zu Videoübertragung in technischer Substitutionskonkurrenz.

Kabelnetzteil

Der Begriff Kabelnetz umschreibt die Ausstattung für Zweiwegübertragungen analoger und digitaler Signale (Video, Telefon und Daten) über bestehende oder verbesserte Kabelinfrastrukturen. Das Kabelnetz besteht aus einem Infrastrukturnetz, in welches Telefondaten und interaktive Videodienstleistungen eingespeist werden. Dieses Infrastrukturnetz wird entweder neu erstellt oder ein bestehendes System kann erweitert werden. Das Netz verbindet optische Fasern und Koaxialkabel, weswegen auch die Bezeichnung "hybrid" (Hybride Fibre Coax, HFC) verwendet wird. Dieses Kabelnetz ist die so genannte "letzte Meile", es stellt also den Zugang zum Teilnehmer her.

Auch in diesem Bereich könnten die einzelnen Komponenten als eigenständige sachlich relevante Märkte betrachtet werden. Wiederum zeigt jedoch die Realität, dass Kabelnetze beziehungsweise letztlich dessen Dienste in der Regel als System nachgefragt werden. Dieses System aus Dienstleistungen und Produkten könnte daher in seiner Gesamtheit als ein sachlich relevanter Markt abgegrenzt werden. Sowohl

im MPEG- als auch im Kabelnetz-Bereich folgen wir indes einer vor-sichtigen Arbeitshypothese und betrachten Bestandteile als eigenstän-digen relevanten Markt.

Betroffene Märkte entstehen dort, wo der Marktanteil in der Schweiz von zwei der beteiligten Unternehmen mindestens 20% beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unterneh-men 30% oder mehr beträgt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

Kabelnetze und deren Bestandteile werden bisher nur von Alcatel produziert. Da dieser Bereich vom Gemeinschaftsunternehmen voll-ständig übernommen wird und es zu keinen Marktanteilsadditionen kommt, ist von einer genaueren Untersuchung abzusehen.

Demgegenüber überschneiden sich die Aktivitäten der beteiligten Un-ternehmen bei der Herstellung von MPEG-Kodiergeräten. In diesem Bereich kommt es zu Marktanteilsadditionen. Allerdings sind die Um-sätze der beteiligten Unternehmen im Verhältnis zur Grösse des Mark-tes und der zunehmenden Konkurrenz nur gering.

Über die Grösse der relevanten Märkte bestehen derzeit keine Analy-sen. Die Technologie, welche interaktive Videodienstleistungen er-möglicht, ist erst in jüngster Zeit entstanden und in ständigem Wachs-tum.

Nach Schätzungen der beteiligten Unternehmen erreichten die betei-igten Unternehmen mit ihrem Umsatz im EWR auf dem Markt der in-teraktiven Videonetzwerke im Jahre 1999 einen kumulierten Markt-an-teil von weniger als 10%.

In der Schweiz ist die Marktpräsenz verschwindend klein. Alcatel er-zielte gar keinen Umsatz in der Schweiz, und der Umsatz von TMM entspricht nach Angaben der beteiligten Unternehmen einem Markt-anteil von weniger als 10%.

Daraus ist ohne weiteres ersichtlich, dass unabhängig von der geogra-fischen Abgrenzung kein Marktanteil von mehr als 20% beziehungs-weise 30% durch das Gemeinschaftsunternehmen erreicht wird. Be-troffene Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU liegen daher nicht vor.

Ergebnis

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

B 2.3	3. Bâloise Holding AG/Solothurner Bank SoBa 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

I. Zusammenschlussvorhaben

Am 20. September 2000 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des eingangs erwähnten Zusammenschlussvorhabens eingegangen.

Die Bâloise-Holding AG (Bâloise) beabsichtigt, sämtliche Aktien der Solothurner Bank SoBa AG (SoBa) von der UBS AG zu erwerben. Ziel dieser Akquisition ist der Erwerb einer regional stark verankerten Universalbank, die jedoch durch den Ausbau des Internet-Bankings und die Errichtung neuer Geschäftsstellen in Zukunft auch auf nationaler Ebene tätig werden soll. Zudem will die Bâloise künftig auf nationaler Ebene neben Versicherungs- auch Bankprodukte anbieten, womit deren Versicherungsvertrieb auch für die Vermittlung von Bankdienstleistungen, insbesondere für Vorsorge-, Spar- und Anlageprodukte, nutzbar gemacht wird.

Die Bâloise besitzt in der Schweiz die Versicherungsgesellschaften "Basler Versicherungs-Gesellschaft" und "Basler Lebens-Versicherungs-Gesellschaft", welche im Bereich Nichtleben sowie im Bereich Leben alle gängigen Privatversicherungsprodukte anbieten.

Bei der SoBa handelt es sich um die ehemalige Solothurner Kantonalbank, die im Zuge der Privatisierung an den damaligen Schweizerischen Bankverein verkauft wurde. Bei der Fusion zwischen dem Schweizerischen Bankverein und der Schweizerischen Bankgesellschaft zur neuen UBS AG machte die Wettbewerbskommission letzterer zur Auflage, die SoBa bis 2003 zu verkaufen (RPW 1998/2, S. 315, Auflage I/3). Die SoBa ist eine primär im Kanton Solothurn tätige Universalbank, deren Schwerpunkte der Geschäftstätigkeit in den Bereichen Hypothekarfinanzierung, Finanzierung von KMU und Vermögensverwaltung liegen.

II. Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss

Mit dem geplanten Zusammenschluss erwirbt die Bâloise 100% des Aktienkapitals sowie der Stimmen an der SoBa und damit die Kontrolle über die SoBa. Es liegt demnach ein Zusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG vor.

Die Bruttoprämieneinnahmen beziehungsweise 10% der Bilanzsumme der beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr überschreiten die in Artikel 9 Absatz 1 KG statuierten Schwellenwerte. Es handelt sich somit um einen meldepflichtigen Zusammenschluss.

III. Beurteilung

Die Abklärungen des Sekretariats haben ergeben, dass die SoBa nicht im Versicherungsmarkt tätig ist und die Bâloise mit Ausnahme der Vergabe von Hypothekarkrediten keine traditionellen Bankgeschäfte ausführt. Da es somit in den meisten sachlich relevanten Märkten nicht zu Marktanteilsadditionen kommt und auch die Schwelle von 30% Marktanteil von keinem der beteiligten Unternehmen allein erreicht wird (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU), liegen keine Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vor. Auf eine genaue sachliche und räumliche Abgrenzung dieser Märkte wurde deshalb verzichtet und lediglich der Hypothekarkreditmarkt behandelt, bei welchem sich die Geschäftstätigkeiten der beteiligten Unternehmen überhaupt überschneiden.

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). Hypothekarkredite sind Kredite, denen ein Grundpfand als Sicherheit dient. Gemäss Praxis wird für die Beurteilung des sachlich relevanten Marktes auf eine Abgrenzung zwischen direkten und indirekten Hypothekarkrediten sowie zwischen hypothekarisch gesicherten Firmenkrediten und gewöhnlichen Hypothekarkrediten verzichtet (Entscheid UBS/SBV, RPW 1998/2, S. 282, Rz. 22 f.). Bei der Vergabe von Hypothekarkrediten wenden die Versicherungsgesellschaften offensichtlich dieselben Kriterien wie die Banken an. Hypothekarkredite von Banken und Versicherungsgesellschaften sind somit Substitute und bilden zusammen einen sachlich relevanten Markt.

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). Da die SoBa ihre Aktivitäten hauptsächlich im Kanton Solothurn entfaltet, während die Bâloise gesamtschweizerisch tätig ist, findet eine Überschneidung von Marktanteilen nur im Kanton Solothurn statt. Beurteilt werden somit die wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens im Kanton Solothurn.

Da Hypothekarkredite von Banken und Versicherungsgesellschaften Substitute sind, müssten die Versicherungs-Hypothekarkredite im Kanton Solothurn zu den Hypothekarforderungen der Banken hinzugezählt werden, um die massgebliche Bezugsgrösse für die Berechnung der Marktanteile zu ermitteln. Die Zahlen für die Versicherungsgesellschaften konnten von den beteiligten Unternehmen indessen nicht beigebracht werden und sind auch nicht öffentlich verfügbar. Infolgedessen werden die Marktanteile der beteiligten Unternehmen einzig in Bezug auf die von den Banken gewährten Hypothekarkredite ermittelt. So berechnet, bewegt sich der Marktanteil der SoBa zwischen 25-30%, während die Bâloise im Kanton Solothurn über einen Markt-

anteil von weniger als 1% verfügt. Gemeinsam weisen die beteiligten Unternehmen somit einen Marktanteil an den von den Banken gewährten Hypothekarkrediten von 25-31% auf.

Wie dargelegt, entsprechen diese Marktanteile jedoch nicht vollständig der Realität; könnten die Versicherungs-Hypothekarkredite im Kanton Solothurn zu den Hypothekarforderungen der Banken hinzugezählt werden, würden sich die dargestellten Marktanteile der Bâloise und der SoBa nach unten korrigieren. Bereits aus den ermittelten Marktanteilen geht indessen hervor, dass die starke Position der SoBa im Bereich der Hypothekarkredite das Resultat ihrer eigenen Geschäftstätigkeit ist und durch die Übernahme durch die Bâloise praktisch unverändert bleibt. Die marginale Marktanteilsaddition, die aus dem Zusammenschlussvorhaben resultiert, wird somit keinerlei negative Auswirkungen auf die Marktsituation haben.

Die Trennung der SoBa von der UBS wird im Gegenteil zu einer Intensivierung des Wettbewerbs führen, da die SoBa in Zukunft unabhängig von einem anderen, starken Wettbewerber wie die UBS auftreten kann. Insofern bestehen Anhaltspunkte, dass sich der geplante Zusammenschluss als prokompetitiv auswirken wird.

IV. Ergebnis

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

B 2.3	4. Airbus
-------	------------------

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

Im März 2000 hat die Wettbewerbskommission die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens EADS (European Aeronautics, Defense & Space Company N.V., Amsterdam) als unbedenklich beurteilt (RPW 2000/1, S. 66 ff.). Sie betraf unter anderem das Airbus-Geschäft der damaligen Gründungsunternehmen, also den Markt für zivile Grossflugzeuge. Das Airbus-Geschäft wurde damals schon zusammen mit dem britischen Unternehmen BAES (BAE Systems plc, Farnborough) in einer europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung unter der Firma Airbus Industrie (AI) koordiniert.

Mit dem am 8. November 2000 beim Sekretariat gemeldeten Zusammenschlussvorhaben wollen EADS samt den Gründerunternehmen zusammen mit BAES das ganze Airbus-Geschäft unter einer Geschäfts-

führung zusammenlegen, dies im neuen Unternehmen Airbus Integrated Company (AIC). Damit werden die Airbus-Anteile aller Beteiligten in Frankreich, Deutschland, Spanien und dem Vereinigten Königreich unter einheitlicher Leitung stehen. EADS wird mit 80% Kapitalanteil über die alleinige Kontrolle im Sinne des Kartellgesetzes verfügen.

Auf den Wettbewerb auf dem einzig betroffenen Markt für zivile Grossflugzeuge inklusive der Lieferantenstufe bleibt die Neuordnung unter den Airbus-Partnern ohne Auswirkung. Das im EADS-Fall zur Wettbewerbssituation Gesagte (S. 67 und 69) ist unverändert aktuell. Die EU-Kommission hat aus denselben Überlegungen am 18. Oktober 2000 grünes Licht für den Zusammenschluss gegeben.

Die Vorprüfung ergibt demnach keine Anhaltspunkte, dass eine marktbeherrschende Position begründet oder verstärkt wird, durch die wirksamer Wettbewerb verhindert werden kann. Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung nach Artikel 10 Absatz 1 KG sind somit nicht gegeben.

B 2.3	5. Berner Tagblatt Medien AG/Schaer Thun AG [II]
-------	---

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

Vorbemerkung

Am 23. November 2000 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des Zusammenschlussvorhabens Berner Tagblatt Medien AG/Schaer Thun AG [II] eingegangen.

Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben steht in enger Verbindung mit dem Zusammenschlussvorhaben Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland Medien AG mit der Berner Zeitung AG ("BOM", vgl. RPW 2000/3, S. 414 ff.), das von der Wettbewerbskommission mit Beschluss vom 21. August 2000 für unbedenklich erklärt wurde.

Das Zusammenschlussvorhaben BOM betraf die Übernahme der faktischen Kontrolle durch die Berner Zeitung beziehungsweise die Berner Tagblatt Medien AG ("BTM") über die zu gründende Berner Oberland Medien AG. In die Berner Oberland Medien AG brachten die Schaer Thun AG ("Schaer") das Thuner Tagblatt und die G. Maurer AG, Spiez, den Berner Oberländer ein. Damit wird der Hauptgeschäftsbereich von Schaer, nämlich die Herausgabe des Thuner Tagblattes, von BTM kontrolliert.

Unternehmenszusammenschluss

Mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben beabsichtigt BTM, ihre 49% Minderheitsbeteiligung an der Schaer durch Aktienkauf in eine Mehrheitsbeteiligung umzuwandeln. Damit würde BTM auch die Kontrolle über die weiteren Geschäftsbereiche von Schaer (Druck und Mitherausgabe des Thuner Amtsanzeigers) erlangen. Dieser Vorgang ist als Unternehmenszusammenschluss gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b Kartellgesetz (KG) zu qualifizieren.

Auf einen Beschrieb der Unternehmen wird an dieser Stelle verzichtet, da diese der Wettbewerbskommission aus dem Zusammenschlussvorhaben BOM bereits bekannt sind (vgl. BOM, RPW 2000/3, S. 414 f., Rz. 1 f.).

Meldepflicht

Die Meldepflicht für Unternehmenszusammenschlüsse richtet sich grundsätzlich nach den Aufgreifkriterien von Artikel 9 KG, die in der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) weiter konkretisiert werden.

Artikel 4 Absatz 3 VKU besagt für die Berechnung des für die Meldepflicht relevanten Umsatzes, dass wenn zwischen denselben Unternehmen innerhalb von zwei Jahren zwei oder mehr Vorgänge zur Erlangung der Kontrolle über Teile von diesen Unternehmen stattfinden, diese Vorgänge für die Umsatzberechnung als einziger Zusammenschluss anzusehen sind. Der Zeitpunkt des letzten Geschäfts ist massgebend.

Artikel 4 Absatz 3 VKU ist Artikel 5 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Fusionskontrollverordnung¹ der Europäischen Gemeinschaften (FKVO) nachempfunden, der zur Auslegung beigezogen werden kann. Gemäss Artikel 5 Absatz 2 Unterabsatz 2 FKVO sind jedoch zwei oder mehrere Erwerbsvorgänge im Sinne des Unterabsatzes 1, die innerhalb von zwei Jahren zwischen denselben Personen oder Unternehmen getätigt werden, als ein einziger Zusammenschluss anzusehen, der zum Zeitpunkt des letzten Geschäftes stattfindet.

Gemäss der 5. Bekanntmachung zur FKVO², Randziffer 34, bedeutet dies Folgendes: Kauft Unternehmen A eine Tochtergesellschaft von Unternehmen B, die 50% der Gesamttätigkeit von B ausmacht, und ein

¹ Verordnung (EWG) Nr.4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1998 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30. Juni 1997 (Abl. 1997 L 180/1)

² 5. Bekanntmachung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1998 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (98/C 66/04)

Jahr später die andere Tochtergesellschaft (die verbleibenden 50% von B), so gelten beide Transaktionen als eine einzige. Gesetzt den Fall, dass jede der Tochtergesellschaften in der Gemeinschaft nur einen Umsatz von 200 Mio. Ecu erzielt, so wäre das erste Geschäft grundsätzlich nicht anzumelden. Da das zweite jedoch innerhalb des Zwei-Jahres-Zeitraums stattfindet, sind beide als ein einziges Geschäft anzumelden, wenn das zweite erfolgt.

Mit dieser Umgehungsvorschrift soll eine "Salamitaktik" verhindert werden, indem Transaktionen nur deshalb zeitlich gestaffelt vorgenommen werden, um mit einer künstlichen Aufspaltung in Unternehmensteile, deren Umsätze jeweils unterhalb der Schwellenwerte liegen, der Anwendung der Fusionskontrolle zu entgehen. [...] Für zeitlich getrennte Transaktionen wird daher durch Artikel 5 Absatz 2 Unterabsatz 2 eine unwiderlegliche Vermutung aufgestellt, dass alle innerhalb von zwei Jahren stattfindenden Erwerbsvorgänge zwischen zwei Unternehmensgruppen als einheitlicher Zusammenschluss gelten und damit "zusammengerechnet" werden³.

BTM hat in einem ersten Schritt einen Geschäftsbereich von Schaer, nämlich das Thuner Tagblatt übernommen. In einem zweiten Schritt soll Schaer als Ganzes und damit auch deren weitere Geschäftsbereiche übernommen werden. Die beschriebenen Vorgänge finden innerhalb von zwei Jahren zwischen denselben Unternehmen statt. Für die Umsatzberechnung sind die beiden Vorgänge damit gemäss Artikel 4 Absatz 3 VKU als ein einziger Zusammenschluss anzusehen.

Unter Berücksichtigung der niedrigeren Aufgreifkriterien für den Medienbereich nach Artikel 9 Absatz 2 KG wurden bereits im Unternehmenszusammenschluss BOM die Umsatzschwellen gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG überschritten (vgl. RPW 2000/3, S. 421 f., Rz. 27 f.). Daher handelt es sich - unter Beachtung von Artikel 4 Absatz 3 VKU - auch vorliegend um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss.

Beurteilung

Um die Wettbewerbsverhältnisse zu beurteilen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen (vgl. Art. 11 Abs. 3 VKU).

a. Druckereimärkte

Die beteiligten Unternehmen sind in den Bereichen Zeitungs- und Akzidenzdruck (Zeitschriften, Werbedrucksachen, Bücher etc.) tätig. Es

³ IMMENGA in EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, IMMENGA/MESTMÄCKER (Hrsg.), München 1997, S. 971 f.

handelt sich um unterschiedliche drucktechnische Verfahren. Aus Sicht der Marktgegenseite, der Druckaufträge erteilenden Unternehmen, sind diese Bereiche nicht substituierbar. Der Druckereibereich ist daher in einen Markt Akzidenz- und Zeitungsdruck zu unterteilen (vgl. dazu Société Neuchâteloise de Presse S.A., RPW 1999/1, S. 138, Rz. 32 ff). In räumlicher Hinsicht können die Märkte zumindest überregional, wenn nicht sogar national abgegrenzt werden.

BTM verfügt mit dem Druckzentrum Bern und mit der Benteli Hallwag AG Geschäftsaktivitäten im Druckbereich. Schaer ist mit ihrem Druckzentrum in Uetendorf in diesem Bereich aktiv. Im Markt für Zeitungsdruck druckt Schaer noch den wöchentlich erscheinenden Thuner Amtsanzeiger. Die Zeitungsdruckmaschine von Schaer soll allerdings mangels Auslastung verkauft werden.

Im Markt für Zeitungsdruck sind unter anderem Ringier Print Adliswil, Aargauer Zeitung, Vogt Schild/Habegger Medien AG und Bund tätig. Die beteiligten Unternehmen haben mit Bezug auf die jeweiligen Auftragsvolumen geschätzt, dass sie in diesem Markt zusammen einen Marktanteil von rund 6% erreichen werden.

Im durch Überkapazitäten gekennzeichneten Markt für Akzidenzdruck sind unter anderem die Farbendruck Weber (Biel), die Druckerei Stämpfli (Bern) und Fischer Print Münsingen aktiv. Je nach räumlicher Marktabgrenzung haben die beteiligten Unternehmen die resultierenden Marktanteile auf deutlich unter 10% oder rund 17% geschätzt.

Es liegen keine betroffenen Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor. Eine nähere Prüfung erübrigt sich daher.

b. Amtsanzeiger Thun

Eigentümer des Thuner Amtsanzeigers ist der Gemeindeverband Thuner Amtsanzeiger ("Gemeindeverband"). Der Gemeindeverband hat mit der Verlagsgemeinschaft Thuner Amtsanzeiger mit Datum vom 23. Mai 1996 einen Vertrag über die Herausgabe des Thuner Amtsanzeigers abgeschlossen. Die Verlagsgemeinschaft Thuner Amtsanzeiger ist eine einfache Gesellschaft bestehend aus Schaer und der Vetter Druck AG, Thun ("Vetter"). Der Amtsanzeiger Thun wird also gemeinsam von Schaer und von Vetter herausgegeben.

Der Gesellschaftsvertrag zwischen Schaer und Vetter statuiert, dass die Gesellschafterversammlung ihre Beschlüsse mit Zustimmung aller Gesellschaftervertreter, das heisst einstimmig, fasst. BTM erlangt daher mit der Übernahme von Schaer zwar nicht die alleinige, jedoch mit Vetter die gemeinsame Kontrolle über die Verlagsgemeinschaft Thuner Amtsanzeiger.

Aus folgenden Gründen gibt dies zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken Anlass:

- Die Verlagsgemeinschaft Thuner Amtsanzeiger kann ihre Inseratpreise nicht frei bestimmen. Über die Höhe der Insertionspreise bestimmt der Gemeindeverband auf Antrag der Verlagsgemeinschaft. Eventuelle Preissetzungsspielräume könnten daher beschränkt werden.
- Nach rechtlichen Abklärungen kam die Verlagsgemeinschaft zum Schluss, dass der Vertrag über die Herausgabe des Thuner Amtsanzeigers der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen unterliegt. Der bestehende Vertrag vom 23. Mai 1997 wurde daher per 31. Dezember 2003 gekündigt und wird für diesen Zeitpunkt neu öffentlich ausgeschrieben werden, womit Wettbewerb im Rahmen des Ausschreibeverfahrens stattfinden wird.
- Auch bei Betrachtung eines Marktes für regionale Werbung in Zeitungen (vgl. BOM, RPW 2000/3, S. 424 f., Rz. 45 f.) entstehen keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Mit den Zeitungen Bund, Landboten und Zulpost sind mehrere Konkurrenten vorhanden. Zudem müssten mögliche disziplinierende Einflüsse von anderen Werbeträgern (z.B. Direktwerbung oder Lokalradio) berücksichtigt werden (vgl. BOM, RPW 2000/3, S. 432 f., Rz. 87 f.).

Ergebnis

Aus den genannten Gründen ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. Art. 10 Abs. 1 KG). Das Zusammenschlussvorhaben ist als unbedenklich anzusehen. Die Voraussetzungen für die Einleitung eines Prüfungsverfahrens sind nicht gegeben.

B 2.3	6. Banner.ch
-------	---------------------

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

Am 10. November 2000 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des Zusammenschlussvorhabens Banner.ch eingegangen.

Banner.ch ist eine am 7. Dezember 1999 gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in Wil. Banner.ch ist eine Gesellschaft, die als Vermarkterin von Werbeflächen im Internet auftritt. Sie vermittelt Werbeflächen von Internetportalen verschiedener Betreiber an Werbeauftraggeber, die dort ihre Werbung platzieren wollen.

IP Newmedia GmbH mit Sitz in Köln ("IPNM") und die Medien Z Holding AG mit Sitz in Zürich ("MZH") beabsichtigen gemeinsam die Kontrolle über Banner.ch zu erlangen.

Nach einer Änderung der Geschäftstätigkeit und einer Umfirmierung vermarktet IPNM seit diesem Jahr Werbeflächen im Internet. Die Geschäftsaktivitäten beschränken sich auf Deutschland. IPNM ist via RTL Newmedia GmbH und IP Deutschland indirekt unter der Kontrolle der Bertelsmann-Gruppe.

Die Bertelsmann-Gruppe ist ein internationales Medienunternehmen. Die Hauptaktivitäten liegen in den Bereichen Bücher, Zeitschriften, Musik, Buchclubs, Druckereien, Online-Shops und privates Fernsehen. Bertelsmann vertreibt ihre Produkte auch in der Schweiz und bietet Werberaum in Zeitschriften und Fernsehen an.

Die MZH hält verschiedene Beteiligungen im Mediensektor und setzt ihre Schwerpunkte bei der Verbreitung von Radioprogrammen und der Vermittlung von Radiowerbung. Sie hält 100% an der Radio Z AG, 80% an der Prospot AG (Herstellung von Radiospots) und Minderheitsbeteiligungen an der Radio RI AG und an der IP Multimedia, einer Vermarktungsagentur für private Radio- und Fernsehveranstalter (vgl. auch St. Galler Tagblatt AG/Medien Z Holding - Radio RI, RPW 2000/2, S. 249 ff.).

Mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben planen IPNM und MZH über die bereits auf dem Markt präsenten Banner.ch in der Internetvermarktung aktiv zu werden.

Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss

IPNM und MZH beabsichtigen, je eine 45% Beteiligung an der Banner.ch. zu erwerben. Nach dem vorgesehenen Aktionärsbindungsvertrag können die wichtigsten geschäftspolitischen Entscheidungen nur gemeinsam von der IPNM und der MZH gemeinsam gefällt werden. Das Vorhaben ist als Gemeinschaftsunternehmen gemäss Artikel 2 Absatz 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) und damit als Unternehmenszusammenschluss gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b Kartellgesetz (KG) zu qualifizieren.

Die Bertelsmann-Gruppe als beteiligtes Unternehmen erzielt einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mia. (vgl. Art 3 Abs.1 und Art. 5 Abs. 1 VKU). Der Schwellenwert gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG ist erreicht.

Die Bertelsmann-Gruppe erzielt in der Schweiz einen Umsatz von über CHF 100 Mio. Die MZH-Tochtergesellschaft Radio Z AG erzielt einen Umsatz von über CHF 5 Mio. Gemäss Artikel 9 Absatz 2 KG ist für Veranstalter von Programmen im Sinne des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen das Zwanzigfache der tatsächlich in

diesen Bereichen getätigten Umsätzen massgebend. Unter Berücksichtigung dieser Sondernorm wird die Umsatzschwelle von CHF 100 Mio. überschritten.

Es handelt sich demnach um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss.

Beurteilung

Um die Wettbewerbsverhältnisse zu beurteilen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen (vgl. Art. 11 Abs. 3 VKU).

Als Arbeitshypothese kann der sachlich relevante Markt auf die Vermarktung von Online-Werbung im Internet, also der Geschäftstätigkeit von Banner.ch abgegrenzt werden. Werbung im Internet erfolgt vor allem über sog. Banner, die in verschiedensten Variationen und mit unterschiedlichen Funktionen anzutreffen sind. In räumlicher Hinsicht wird von einem relevanten Markt ausgegangen, der die Schweiz umfasst.

Bislang bestehen in der Schweiz keine verlässlichen Zahlen über die Umsätze, die in der Schweiz mit Online-Werbung generiert werden, da sie nicht von der Werbestatistik erfasst werden. In einem Artikel der Netzwoche Nr. 29 vom 16. August 2000 "Werbevermarkter: Nur vier von acht überleben" wird der Jahresumsatz in der Online-Werbung auf CHF 40-50 Mio. geschätzt, wobei es sich eher um eine hohe Schätzung handeln dürfte.

Die Banner.ch wurde im Dezember 1999 gegründet. Seither liegen Verkaufserlöse in der Höhe von CHF [...] vor. Angesichts der daraus resultierenden Marktanteile von [unter 10%] kann grundsätzlich von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens ausgegangen werden.

Zudem bestehen mit der Publigroupe Tochter Real Media, 24/7 Media, Qualiclick, AdMaster, adLink, Ad Pepper und Active Agent zum Teil starke Konkurrenten, die alle in ein internationales Netzwerk eingebunden sind.

Bei anderen, weiteren Marktabgrenzungen (z.B. Einfluss anderer Werbeträger) als in der Arbeitshypothese angenommen oder der Mitberücksichtigung der weiteren Aktivitäten der beteiligten Unternehmen im Medienbereich würde kein anderes Ergebnis resultieren.

Aus den genannten Gründen ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. Art. 10 Abs. 1 KG). Das Zusammenschlussvorhaben ist als unbedenklich anzusehen. Die Voraussetzungen für die Einleitung eines Prüfungsverfahrens sind nicht gegeben.

B 2.3	7. BertelsmannSpringer GmbH/EMAP Deutschland 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

Am 5. Oktober 2000 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des Zusammenschlussvorhabens BertelsmannSpringer GmbH/EMAP Deutschland Gruppe eingegangen.

Die Bertelsmann AG ("Bertelsmann"; Obergesellschaft der deutschen Bertelsmann-Gruppe) beabsichtigt, über ihre Tochtergesellschaft BertelsmannSpringer Science + Business Media GmbH ("BertelsmannSpringer") die Aktien der EMAP Deutschland Gruppe ("EMAP") zu erwerben. Das Kaufobjekt EMAP besteht aus der EMAP (Deutschland) GmbH, Walluf ("EMAP-D"), der Media-Daten AG, Zürich, und der Septima SA, Paris. Die EMAP-Tochtergesellschaften EMAP-D und Media-Daten verlegen Fachzeitschriften in den Geschäftsbereichen Bau, Verkehr und Medien.

Folgende Hintergründe und beabsichtigten Ziele führten zum geplanten Zusammenschlussvorhaben. Die Muttergesellschaft der EMAP beschloss die eingangs erwähnten Bereiche zu verkaufen, da diese nicht zum Kerngeschäft gehörten. Mittels eines Auktionsverfahrens erhielt BertelsmannSpringer den Kaufzuschlag. BertelsmannSpringer beabsichtigt damit, ihr Portfolio mit den Fachzeitschriften der EMAP zu ergänzen.

Bertelsmann ist ein internationales Medienunternehmen. Die Hauptaktivitäten liegen in den Bereichen Bücher, Zeitschriften, Musik, Buchclubs, Druckereien, Online-Shops und privates Fernsehen. Bertelsmann vertreibt ihre Produkte auch in der Schweiz und bietet Werberaum in Zeitschriften und Fernsehen an.

Die Bertelsmann-Tochtergesellschaft BertelsmannSpringer ist hauptsächlich im Bereich fachspezifischer Informationen tätig. In der Schweiz hat BertelsmannSpringer folgende Tochtergesellschaften: Birkhäuser Verlag AG, Basel, Garage Verlag, Zürich, Verlag Heinrich Vogel AG, Zürich, MMV Medien & Medizin Verlag, Zürich, und MVS Baumarketing, Schlieren.

Auf die einzelnen Produkte der aufgeführten Verlage wird in der Beurteilung zurückzukommen sein.

Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss

BertelsmannSpringer erwirbt die Aktien und damit die alleinige Kontrolle über EMAP. Dieser Erwerb ist als Unternehmenszusam-

menschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b Kartellgesetz (KG) zu qualifizieren.

Gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) gelten bei der Erlangung der Kontrolle als beteiligte Unternehmen: die kontrollierenden Unternehmen und die kontrollierten Unternehmen. Der Umsatz eines beteiligten Unternehmens setzt sich gemäss Artikel 5 Absatz 1 VKU aus den Umsätzen seiner Tochter-, Mutter-, Schwester- und Gemeinschaftsunternehmen zusammen. Dies entspricht auf Seiten des Erwerbers dem Konzernumsatz von Bertelsmann. Auf Seiten der EMAP sind die Umsätze der zu erwerbenden Zielgesellschaften massgebend.

Die beteiligten Unternehmen erzielen einen weltweiten Umsatz von weit über CHF 2 Mia. Der Schwellenwert gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG ist erreicht.

Bertelsmann erzielt in der Schweiz einen Umsatz von über CHF 100 Mio. Media-Daten erzielt in der Schweiz einen Umsatz von CHF [über 5] Mio. Dieser Umsatz wird gemäss den beteiligten Unternehmen fast ausschliesslich mit dem Verlag von Zeitschriften erzielt. Es kommen somit die speziellen Aufgreifschwelle für den Medienbereich zur Anwendung (Art. 9 Abs. 2 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VKU). Der Umsatz von Media-Daten ist mit dem Faktor 20 zu multiplizieren, womit die Schellenwerte gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b ebenfalls überschritten werden.

Für die anderen Geschäftsbereiche musste nicht geprüft werden, ob die niedrigeren Schwellenwerte für den Medienbereich zur Anwendung kommen, da die beteiligten Unternehmen die Umsatzschwellen ohnehin überschritten.

Es handelt sich demnach um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss.

Beurteilung

Um die Wettbewerbsverhältnisse zu beurteilen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen (vgl. Art. 11 Abs. 3 VKU).

Märkte für branchenbezogene Publikationen

Betrachtet werden diejenigen Märkte, in denen das kontrollierende und das kontrollierte Unternehmen tätig sind. BertelsmannSpringer und EMAP sind beide in den Bereichen Fachzeitschriften aus den Bereichen Medien, Bauwesen und Automobil tätig. Fachpublikationen richten sich an ein Publikum, das in der Regel in der jeweiligen Berufssparte tätig ist. Im Gegensatz zu Publikationen, die sich an Konsumenten richten, charakterisieren sich Fachpublikationen durch Business-to-Business-Relationen. Fachpublikationen unterschiedlicher Branchen sind untereinander nicht substituierbar. Ob Publikationen von bran-

chenspezifischen Informationen auf Datenträgern (z.B. CD-ROM, Online-Datenbanken) einen separaten relevanten Markt darstellen, kann für die Beurteilung des vorliegenden Falles offen gelassen werden¹. Es geht vorliegend hauptsächlich um Zeitschriften. Es wird daher in sachlicher Hinsicht von relevanten Märkten für branchenbezogene Publikationen für Medien, Bauwesen und Automobil in Form von gedruckten Werken ausgegangen.

Die räumliche Marktabgrenzung im Bereich der Fachzeitschriften hängt von verschiedenen Faktoren ab wie zum Beispiel den Besonderheiten der Branche, den länderspezifischen Eigenschaften und den Begrenzungen durch die Sprachräume. Im Falle gewisser wissenschaftlicher Publikationen, die teils in Englisch verfasst sind, könnte auch von internationalen Märkten ausgegangen werden. In vorliegendem Fall werden die räumlich relevanten Märkte national abgegrenzt, da - wie zu zeigen sein wird - sich selbst bei in räumlicher Hinsicht nationalen Marktabgrenzungen keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken ergeben.

In den Märkten für Fachzeitschriften in den Bereichen Medien, Bauwesen und Automobil weisen die beteiligten Unternehmen in der Schweiz folgende Marktanteile auf (die Zahlen beruhen auf Schätzungen der Parteien). Es wird zwischen Leser- und Anzeigenmärkten unterschieden².

Marktanteile in % in der Schweiz 1999			
Märkte		Bertelsmann	EMAP
Branchenbezogene Publikationen im Medienbereich	Leser	-	[10-20]
	Anzeigen	-	[40-50]
Branchenbezogene Publikationen im Bauwesen	Leser	[10-20]	-
	Anzeigen	[10-20]	-
Branchenbezogene Publikationen im Automobilbereich	Leser	[0-10]	-
	Anzeigen	[0-10]	-
Branchenbezogene Publikationen im Medizinalbereich	Leser	-	-
	Anzeigen	[0-10]	-
Branchenbezogene Publikationen im naturwissenschaftlichen Bereich	Leser	[0-10]	-
	Anzeigen	-	-

¹ Vgl. zu dieser Frage im Bereich der Tageszeitungen: Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 21. August 2000 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Berner Oberland Medien AG/Kooperationen der Berner Oberland Medien AG mit der Berner Zeitung AG, Rz. 56 ff., RPW 2000/3, S. 414 ff.

² Vgl. u.a. Société Neuchâteloise de Presse S.A., RPW 1999/1, S. 135, Rz. 14

Branchenbezogene Publikationen im Medienbereich als betroffener Markt

Einzig der Anzeigenmarkt für branchenbezogene Publikationen im Medienbereich gilt als betroffen im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU. Marktanteilsadditionen erfolgen im Übrigen keine. Bei den anderen, nicht vom Zusammenschluss betroffenen Märkten, kann von der Unbedenklichkeit des Vorhabens ausgegangen werden.

Näher zu betrachten ist der Markt für branchenbezogene Publikationen im Medienbereich. Die EMAP hatte im Anzeigenverkauf in diesem Bereich im Jahr 1999 einen Marktanteil von [40-50]%. Media-Daten gibt in der Schweiz die Zeitschriften "Werbewoche" (Auflage 4'200), das "Media Trend Journal" (Auflage 2'500) und "Produktion & Print" (Auflage 7'000) heraus. In Deutschland sind Bertelsmann und EMAP mit Publikationen im Medienbereich tätig. In der Schweiz resultieren keine Marktanteilsadditionen im Bereich der Medieninformationen, da Bertelsmann in diesem Zweig in der Schweiz keine Umsätze erzielte.

Wichtigste aktuelle Konkurrenten für branchenspezifische Publikationen im Medienbereich sind Marketing + Kommunikation [10-20%], Persönlich Verlag [0-10%], Graphia [0-10%] und Viscom [10-20%]³.

Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ist im Bereich des Anzeigenverkaufs in branchenspezifischen Publikationen im Medienbereich nicht ersichtlich, inwiefern eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Dies gilt selbst unter Berücksichtigung der weiteren Aktivitäten der beteiligten Unternehmen im Medienbereich.

Ein Einbezug der potenziellen Konkurrenz und die Berücksichtigung der Stellung der Marktgegenseite würde diese Einschätzung bestätigen. In den letzten Jahren hat es Marktzutritte gegeben (u.a. Publigroupe), und es ist mit weiteren Marktzutritten in den nächsten Jahren zu rechnen. Die Stellung der Marktgegenseite, also der in branchenspezifischen Publikationen inserierenden Unternehmen muss als stark eingeschätzt werden. Es handelt sich um die grossen Verlagshäuser und die Publigroupe.

Weiteres

Auf den weiteren Märkten im Medienbereich, in denen Bertelsmann tätig ist, führt das Zusammenschlussvorhaben mangels Aktivitäten der

³ In Klammer stehen die von den beteiligten Unternehmen geschätzten Marktanteile des Anzeigenverkaufs in branchenspezifische Publikationen im Medienbereich aus dem Jahr 1999.

EMAP zu keinen Marktanteilsadditionen. Selbst unter der Annahme weiterer Marktabgrenzungen unter Einbezug der hier nicht behandelten Aktivitäten im Medienbereich von Bertelsmann würde das Zusammenschlussvorhaben zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken Anlass geben.

Am Rande sei darauf hingewiesen, dass das Vorhaben vom deutschen Bundeskartellamt mit Schreiben vom 21. September 2000 bereits für unbedenklich gehalten wurde.

Ergebnis

Aus den genannten Gründen ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. Art. 10 Abs. 1 KG). Das Zusammenschlussvorhaben ist als unbedenklich anzusehen. Die Voraussetzungen für die Einleitung eines Prüfungsverfahrens sind nicht gegeben.

B 2.3	8. Vivendi Environnement/Novartis International 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

Am 22. November 2000 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des oben genannten Zusammenschlussvorhabens eingegangen.

Die Novartis International AG (Novartis) plant, ihren Geschäftsbereich Abfall- und Energiemanagement, welcher bisher durch die Tochtergesellschaften Novartis Services AG (Recycling- und Energiebereich) und Valorec AG (Entsorgungsmanagement) wahrgenommen worden ist, im Rahmen einer Umstrukturierung an die Vivendi Environnement SA (Vivendi) zu veräußern.

Novartis ist ein weltweit führendes Unternehmen im Bereich Gesundheitsmarkt mit Sitz in Basel. Wie erwähnt erbringt Novartis über ihre Tochtergesellschaften Novartis Services AG und Valorec sowohl konzernintern als auch -extern auch Dienstleistungen im Energie- und Umweltbereich.

Vivendi ist eine Tochtergesellschaft der Vivendi SA, eines international tätigen Konzerns mit Sitz in Frankreich. Der Konzern ist hauptsächlich tätig in den Bereichen Infrastruktur (Wasser, Energie, Abfallverwertung und Transport) und Kommunikation (Fernmeldedienste, Verlagswesen und Multimedia, Fernsehen und Film). Die Tätigkeiten in den Bereichen Energie- und Abfallmanagement werden innerhalb von

Vivendi Environnement von den Tochtergesellschaften Dalkia SA, Paris (Energie) und CGEA Onyx SA, Nanterre (Abfallmanagement) wahrgenommen.

Zusammenschlussvorhaben

Die erwähnte Transaktion zwischen Novartis und Vivendi setzt sich aus mehreren Schritten zusammen: In einem ersten Schritt soll ein Unternehmen gegründet werden, an dem sich Novartis zu 34% und Vivendi zu 66% beteiligen. Anschliessend sollen Personal und Ausrüstungsgegenstände der Novartis Services AG und das Personal der Valorec AG von Novartis in dieses neue Unternehmen eingebracht werden. Die Valorec AG selber, inklusive einer Sondermüllverbrennungsanlage (RSMVA) soll durch den Verkauf sämtlicher Aktien an Vivendi übergehen. Gebäude und Infrastrukturanlagen der Novartis Services AG bleiben jedoch im Eigentum von Novartis und werden an das neue Unternehmen vermietet.

Nach Ablauf von zwei Jahren soll das Unternehmen zu 100% an Vivendi übergehen. Diese Übergangsfrist soll sicherstellen, dass Vivendi das Personal von Novartis mindestens während zwei Jahren zu den gleichen Bedingungen weiterbeschäftigt und dass vertragliche eingegangene Pflichten gegenüber Dritten auch nach dem Outsourcing erfüllt werden. Vivendi hat bereits während dieser Zeitspanne die volle operative und finanzielle Verantwortung über das neue Unternehmen.

Novartis verpflichtet sich in einem Aktionärbindungsvertrag, sämtliche Aktien am Gemeinschaftsunternehmen zwei Jahre nach der Gründung an Vivendi zu übertragen.

Das Unternehmen wird mit Novartis einen Outsourcingvertrag für einen Zeitraum von sieben Jahren abschliessen. Dieser sieht vor, dass das Gemeinschaftsunternehmen vor allem für Novartis und deren heutige Kunden Energie produziert, transformiert und überträgt als auch gewisse Leistungen im Bereich der Abfallentsorgung erbringt. Obwohl diese Tätigkeiten etwa 80% der Geschäftstätigkeiten des neuen Unternehmens ausmachen wird, ist dieses frei, auch Verträge mit anderen Interessenten abzuschliessen.

Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss

Als Unternehmenszusammenschluss gilt gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Kartellgesetzes (KG) jeder Vorgang, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erwerben.

Vivendi wird das neu gegründete Unternehmen durch seine Aktienmehrheit von 66% und nach Massgabe des Aktionärbindungsvertrages alleine kontrollieren. Zwar stehen Novartis anfangs noch gewisse Ve-

torechte zu, diese sind aber insofern eingeschränkt, als dass sie praktisch nur personelle Fragen betreffen und zeitlich auf zwei Jahre beschränkt sind. Die operative und finanzielle Verantwortung liegt bereits in dieser Zeitspanne alleine bei Vivendi.

Als beteiligte Unternehmen gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) gelten die kontrollierenden und die kontrollierten Unternehmen. Auf Seiten des kontrollierenden Unternehmens sind die Umsätze aller Mutter-, Tochter- und Schwestergesellschaften einzubeziehen (Art. 5 Abs. 1 VKU).

Die Gesamtumsätze der beteiligten Unternehmen des letzten Geschäftsjahres überschreiten die in Artikel 9 Absatz 1 KG statuierten Schwellenwerte. Es handelt sich somit um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss.

Die relevanten Märkte

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

Das neue Unternehmen wird im Bereich des Energie- und Abfallmanagements tätig sein. Beide Dienstleistungen werden nur an industrielle Kunden erbracht.

In beiden Bereichen war es bisher in der Regel so, dass die Unternehmen diese Dienstleistungen konzernintern erbrachten. Infolge der Liberalisierung werden diese Geschäftsbereiche nun zunehmend ausgegliedert, was zur Folge hat, dass neue Märkte entstehen.

Aus diesem Grund ist eine genaue Marktbeschreibung zum jetzigen Zeitpunkt schwierig. Als Arbeitshypothese wird von den folgenden Märkten ausgegangen.

Abfallmanagement für industrielle Kunden

Die Dienstleistungen im Bereich des Abfallmanagements für industrielle Kunden umfassen in erster Linie das Betreiben und Warten von Sondermüllverbrennungsanlagen. Diese Anlagen unterscheiden sich insofern von Hausmüllverbrennungsanlagen, als sie speziell für die Verbrennung hochgiftiger Stoffe ausgelegt sind und eine wesentlich kleinere Verbrennungskapazität aufweisen¹.

Das Zusammenschlussvorhaben betrifft drei solche Anlagen, nämlich einerseits die RSMVA für festen Sondermüll, welche zurzeit von der

¹ Vgl. Entscheidung der Europäischen Kommission vom 30. Juni 1999, Fall Nr. IV/M.1552

Valorec betrieben wird, und andererseits zwei Sondermüllverbrennungsanlagen für flüssige Sonderabfälle, die zwar im Eigentum von Novartis verbleiben, aber von Vivendi betrieben werden sollen.

Energiemanagement

In diesem Geschäftsbereich werden Energiedienstleistungen erbracht. Darunter fallen die Dampfproduktion und die Herstellung anderer industrieller Materien, die Verteilung und der Transport von Elektrizität und Gas oder die Verwendung von Gas zur Strom- oder Dampfproduktion. Auch dieser Bereich richtet sich vor allem an industrielle Kunden und die öffentliche Hand.

Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission wird dieser Markt in die Bereiche Erzeugung, Übertragung und Fortleitung von Strom und Versorgung und Lieferung an Stromverbraucher oder Weiterverteiler unterteilt (Rätia Energie AG, RPW 2000/2, S. 240, Rz. 33). Elektrizität wird von den anderen Energieträgern getrennt betrachtet (vgl. Watt A, RPW 1997/3, S. 564, Rz. 37). Im vorliegenden Fall kann auf diese Präzisierung verzichtet werden. Selbst unter Annahme einer engen Marktabgrenzung würden keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bestehen.

Die erwähnten Dienstleistungen werden auch in diesem Bereich heute in der Regel noch von der Industrie selber erbracht. Erst mit dem Outsourcing wird dieser Markt neuen Anbietern zugänglich. Die Entwicklung des Marktes für Energiemanagement wird massgeblich durch die europaweite und in der Schweiz stattfindende Liberalisierung der Energiemärkte gefördert.

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

Für die genannten Dienstleistungen gibt es keine nationale Beschränkung. Vielmehr handelt es sich um Technologiekenntnisse und Know-how, die europa- und weltweit ähnlich sind.

Die Nachfrager sind grosse industrielle Unternehmen mit Sitz in ganz Europa. Auch die Anbieter kennen keine nationalen Grenzen und sind in der Regel sowohl innerhalb als auch ausserhalb der Schweiz tätig. Dies lässt sich auch dadurch belegen, dass die Bewerber für das Outsourcingprojekt von Novartis international zusammengesetzt war (F, D, USA, S, UK).

Der räumlich relevante Markt ist also mindestens auf die Schweiz abzugrenzen.

Stellung in den relevanten Märkten

Da die Dienstleistungen in den genannten Bereichen heute in der Regel noch konzernintern oder von der öffentlichen Hand erbracht wer-

den, ist es schwierig, konkrete Marktanteilsschätzungen zu machen. Fest steht jedoch, dass ein sehr grosses Marktpotenzial besteht.

Abfallmanagement für industrielle Kunden

In der Schweiz gibt es nach Angaben der beteiligten Unternehmen rund fünf weitere Sondermüllverbrennungsanlagen in der Art, wie sie heute Novartis und künftig Vivendi betreibt. Diese werden vor allem von Unternehmen der chemischen Industrie, wie Clariant, Ems Dottikom und Lonza betrieben. Daneben betreibt die öffentliche Hand eine derartige Anlage (Genf, Les Cheneviers).

Nach Angaben des Bundesamtes für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL) wurden 1998 insgesamt 1'063'468 Tonnen Sondermüll in Sondermüllverbrennungsanlagen entsorgt. Novartis verbrannte im betreffenden Jahr rund 70'000 Tonnen. Dies würde einem Marktanteil von 6,6% entsprechen. Die beteiligten Unternehmen schätzen, dass für den Betrieb und die Wartung von Sondermüllanlagen ungefähr die gleichen Grössenordnungen gelten. Der Anteil von Vivendi liegt wesentlich tiefer. Nach einem Zusammenschluss würden also Marktanteile von unter 10% resultieren.

Der kumulierte Marktanteil ist also sicher unter der Schwelle von 20% und somit kein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Buchstabe d VKU.

Wie erwähnt, besteht zunehmend die Tendenz, diese bisher konzernintern erbrachten Leistungen auszugliedern. Für die in der Branche tätigen Industrieunternehmen wären die Markteintrittsschranken relativ niedrig. Deshalb ist in Zukunft auch mit verschiedenen Marktzutritten zu rechnen.

Konkurrenten, die in den Markt eintreten können, sind zum einen Unternehmen, die bereits heute ähnliche, wenn auch weniger komplexe Dienstleistungen anbieten. Dazu zählt etwa der wichtigste französische Konkurrent der Vivendi, die "Suez Lionnaise". Vor allem aber ist mit Markteintritten von Energieversorgungsunternehmen zu rechnen. Mit RWE und e.on versuchen bereits heute zwei deutsche Elektrizitätsunternehmen, in den Markt einzudringen.

Energiemanagement

Konkurrenten kommen aus der Energiebranche. In der Schweiz sind vor allem Atel, AXPO sowie die regional tätige BEC und Swiss City Power als Konkurrenten zu nennen. Weitere Konkurrenten sind grosse Technologiekonzerne wie ABB, Siemens oder Alstom.

In der Schweiz wurden nach Erhebungen des Bundesamtes für Energie im Jahre 1998 rund 8'770 TJ verbraucht. Der Anteil von Novartis betrug 2'333 GWh, also 0,27%.

Die vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen Energieproduktionsanlagen von Novartis haben 1998 insgesamt 330 GWh Elektrizität (also

0,5%) und 430 GWh Dampf produziert. Mangels Erhebungen über den Eigengebrauch in der Schweiz kann der Marktanteil nicht ermittelt werden. Nach Schätzungen der beteiligten Unternehmen liegt er aber sicherlich unter 3%. Der Anteil von Vivendi liegt wesentlich tiefer.

Der kumulierte Marktanteil liegt somit sicher unter 10%.

Daraus ist ersichtlich, dass keine betroffenen Märkte im Sinne von Artikel 11 Buchstabe d VKU vorliegen.

Ergebnis

Aus den genannten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Der Zusammenschluss ist daher als unbedenklich einzustufen. Auf die Einleitung eines Prüfungsverfahrens nach Artikel 10 Absatz 1 KG kann daher verzichtet werden.

B 2.3	9. Thurgauer Medien 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

1. Zusammenschlussvorhaben

Am 31. Oktober 2000 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des oben genannten Zusammenschlussvorhabens eingegangen.

Die Huber & Co AG (Huber) und die Ruckstuhl Gruppe (Ruckstuhl) beabsichtigen, die regionalen Tageszeitungen von Huber (Thurgauer Zeitung, Bischofszeller Zeitung) und Ruckstuhl (Thurgauer Tagblatt, Thurgauer Volksfreund, Thurgauer Volkszeitung, Bischofszeller Nachrichten) zur "(Neuen) Thurgauer Zeitung" (NTZ) zusammenzuschliessen. Zu diesem Zweck wurde am 26. Oktober 2000 die Aktiengesellschaft "Thurgauer Medien" (TM) gegründet. Huber und Ruckstuhl werden mit Vollzug des Zusammenschlussvorhabens alle ihre Aktivitäten, welche TM für die Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt, mit allen zugehörigen Rechten und Pflichten auf die TM übertragen. Dies sind namentlich die Redaktionen und Verlage der bereits erwähnten Zeitungen.

Gegenwärtig sind Huber mit [$>50\%$] und Ruckstuhl mit [$<50\%$] an TM beteiligt. Per 1. Januar 2001 wird Ruckstuhl 150 Aktien an Huber übertragen, so dass sich ein Beteiligungsverhältnis von [$>50\%$] für Huber und [$<50\%$] für Ruckstuhl ergibt. Die Kontrolle im kartellrechtlichen Sinn über das neu gegründete Unternehmen wird Huber alleine ausüben.

Huber ist ein in der graphischen Branche tätiges Familienunternehmen. Die Aktien sind weitgehend in der Familie verteilt. Insbesondere sind keine Medienunternehmen an Huber beteiligt. Huber ist tätig als Verlag der Thurgauer Zeitung und verschiedener Fachzeitschriften. Darüber hinaus verlegt und verkauft sie Bücher und hat eine Druckerei, die Aufträge für Kunden in der ganzen Schweiz ausübt. Seit vier Jahren betreibt Huber ausserdem eine Web-Agentur. Schliesslich kontrolliert sie die Lokalradio Thurgau AG und hält die Mehrheit des Aktienkapitals der Uster Nachrichten AG, Herausgeberin der wöchentlich erscheinenden Gratiszeitung "Uster Nachrichten".

Die Ruckstuhl Gruppe setzt sich zusammen aus der Bodan AG (Bodan), der Thurgauer Tagblatt AG (Thurgauer Tagblatt) und der Thur Druck AG (Thur Druck). Alle drei Unternehmen sind in den Bereichen Druckerei und Verlag tätig. Bodan ist Herausgeberin des "Thurgauer Volksfreundes", Thurgauer Tagblatt des "Thurgauer Tagblatts" und Thur Druck der "Thurgauer Volkszeitung" und der "Bischofszeller Nachrichten". Bodan und Thurgauer Tagblatt werden beide vom Mehrheitsaktionär Paul Ruckstuhl kontrolliert. Die beiden Unternehmen sind zu je 50% an Thur Druck beteiligt. Auch an der Ruckstuhl Gruppe sind keine anderen Medienunternehmen beteiligt.

2. Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss

Als Unternehmenszusammenschluss gilt gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Kartellgesetzes (KG) jeder Vorgang, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erwerben. Huber wird das neu gegründete Unternehmen und somit die darunter zusammengefassten Zeitungen durch seine Beteiligung von [>50%] im Sinne des Kartellgesetzes alleine kontrollieren. Das Vorhaben ist daher als Unternehmenszusammenschluss zu qualifizieren.

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

Am vorliegenden Zusammenschlussvorhaben beteiligt ist Huber als kontrollierendes Unternehmen. Falls nur ein Teil eines Unternehmens Gegenstand des Zusammenschlusses ist, so gilt dieser Teil als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU)). Im vorliegenden Zusammenhang sind nur die Zeitungsredaktionen der Ruckstuhl Gruppe am Zusammenschlussvorhaben beteiligt. Sie gelten daher als kontrollierte Unternehmen.

Die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absatz 1 KG werden unter Berücksichtigung der niedrigeren Werte im Medienbereich überschritten. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

3. Die relevanten Märkte

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

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

Im vorliegenden Fall besteht kein Anlass, von der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission abzuweichen. Es sind daher die folgenden Märkte zu definieren:

a. Druckereimärkte

Die Druckereibetriebe von Huber und der Ruckstuhl Gruppe werden von TM nicht übernommen, sondern verbleiben bei den vorherigen Gesellschaften.

Auf die Druckereimärkte muss daher im Rahmen dieses Vorprüfungsverfahrens nicht weiter eingegangen werden.

b. Nationaler Werbemarkt

Der Markt für nationale Werbung umfasst die Werbetätigkeit von Unternehmen, die gleichzeitig im gesamten Gebiet der Schweiz oder zumindest in den einzelnen Sprachregionen werben (vgl. Publicitas-Gasser-Tschudi Druck (Publicitas), RPW 1997/2, S. 190 f.). Bei nationalen Kampagnen werden im Rahmen von "Mediamixes" verschiedene Werbeträger berücksichtigt.

Für nationale Kampagnen partizipiert die Thurgauer Zeitung an so genannten "Kombi 1 B", einer Inseratekombination mit dem Landboten und der Schaffhauser Zeitung. An die Stelle der Thurgauer Zeitung wird die NTZ treten. Ab dem 1. Januar 2001 wird diese Inseratekombination mit dem "Zürich Land-Kombi" (Zürcher Oberländer, Zürcher Unterländer, Zürichseezeitung) die Kombination "Nordostschweiz" bilden.

Inseratekombinationen bieten den Werbenden Tarifräduktionen von 10% bis 30%. In der Schweiz existiert eine Vielzahl solcher Inseratekombinationen. Die grössten sind die "Swiss Pools I und II", die unter anderem die Basler Zeitung, die Berner Zeitung, den Tagesanzeiger und das St. Galler Tagblatt umfassen.

Durch die Kumulation der Anzeigschaltungen in grossen Tages- und Wochenzeitungen (Cash, Weltwoche, Facts) können prozentuale regionale Marktanteile erreicht werden, die es nationalen Anzeigekun-

den ermöglichen, auf eine Belegung der einzelnen Titel im Thurgau zu verzichten (vgl. *Publicitas*, RPW 1997/2, S. 191, Rz. 83). Auch diese Zeitungen können also bei der Beurteilung des sachlich relevanten Marktes einen gewissen Einfluss haben.

Der sachlich relevante Markt umfasst daher den Raum für nationale Anzeigen in Zeitungen. Ob eventuelle Einflüsse von anderen Medien mitberücksichtigt werden sollten, kann im vorliegenden Fall offen bleiben, da selbst bei einer engen Marktabgrenzung keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Der räumlich relevante Markt ist auf die Schweiz abzugrenzen. Die Mehrheit der nationalen Werbeauftraggeber will durch Zeitungswerbung eine möglichst grosse Reichweite erzielen. Aufgrund der Sprachgrenzen, welche für verschiedene Kampagnen einen Einfluss haben können, könnte der räumlich relevante Markt auch auf das Gebiet der Deutschschweiz eingeschränkt werden. Wie bereits bei der sachlichen Marktabgrenzung braucht aber auch dieser Markt letztlich nicht endgültig abgegrenzt zu werden (vgl. *Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland AG mit der Berner Zeitung AG ("BOM")*, RPW 2000/3, S. 423 f.)

c. Regionaler Werbemarkt

Nachfrager nach Werberaum für regionale Werbung sind Unternehmen aus allen Wirtschaftsbereichen; meist handelt es sich um in der Region ansässige Unternehmen und Betriebe oder Privatpersonen. Mit regionaler Werbung soll die Bevölkerung in einer bestimmten Region angesprochen werden.

Auch beim regionalen Werbemarkt wird von einem sachlich relevanten Markt für Printmedien ausgegangen. In begrenztem Umfang sind auch andere Werbeträger, wie Lokalfernsehen, Lokalradio oder Direktwerbung zu berücksichtigen (BOM, RPW 2000/3, S. 424, Rz. 46).

Die Thurgauer Zeitung und die Regionalzeitung Hinterthurgau bilden für regionale Werbung die Inseratekombination "TZplus". Diese wird auch durch die NTZ weitergeführt.

Der räumliche Markt umfasst hier nur eine bestimmte Region, nämlich den Kanton Thurgau. Ein Werbeauftraggeber wird den Werberaum nur in jenen Tageszeitungen nachfragen, die in der Region oder sogar am Ort erscheinen.

d. Lesermarkt

Die NTZ wird wie die bisherigen Zeitungen den Charakter einer Regionalzeitung haben, die über lokale und regionale Ereignisse in ihrem Hauptverbreitungsgebiet, dem Kanton Thurgau, berichtet. Gleichzeitig werden auch nationale und internationale Nachrichten sowie gewisse Informationen aus den Bereichen Wirtschaft, Kultur und Sport verbreitet.

Eine Unterteilung in einen relevanten Markt für regionale und lokale Berichterstattung und einen für überregionale Berichterstattung drängt sich nicht auf. In der Regel fragen Zeitungsleser gleichzeitig den gesamten Zeitungsinhalt, also sowohl überregionale als auch regionale und lokale Nachrichten nach.

Elektronische Medien, wie Radio und Fernsehen, stellen keine Substitute für Tageszeitungen dar. Der typische Haushalt verfügt über Radio, Fernsehen und ein Zeitungsabonnement. Die verschiedenen Medien ergänzen sich gegenseitig; sie konkurrieren sich kaum (vgl. Publicitas, RPW 1997/2, S. 184, Rz. 43).

Auch Sonntags- oder Wochenzeitungen sind keine Substitute für Tageszeitungen. Die Sonntagszeitung erscheint gerade an einem Tag, an dem keine Tageszeitung erhältlich ist. Wochenzeitungen sind oft themenbezogen und berichten in der Regel weniger über lokale und regionale, sondern mehrheitlich über überregionale Ereignisse (vgl. Publicitas, RPW 1997/2, S. 185, Rz. 44).

Regionale Anzeiger und Gratiszeitungen haben meist nur einen sehr beschränkten redaktionellen Teil. Zudem erscheinen sie in der Regel nicht täglich und erhalten eher lokale Informationen. Auch sie dienen daher nicht als Substitute für Tageszeitungen (vgl. BOM, RPW 2000/3, S. 427, Rz. 62).

Wie bereits im BOM-Entscheid (RPW 2000/3, S. 429, Rz. 70) ist daher von einem relevanten Markt für Tageszeitungen auszugehen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten.

Der räumliche Markt umfasst hier den Kanton Thurgau. Der typische Leser interessiert sich für das kulturelle, politische und wirtschaftliche Geschehen in seinem näheren Umfeld. Der Inhalt von Tageszeitungen ist daher regional unterschiedlich. Da TM von seinem Inhalt her das ganze Gebiet des Thurgaus abdeckt, ist hier dieses Gebiet als räumlich relevanter Markt anzusehen.

4. Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

a. Marktanteile

Die Marktanteile in den geschilderten Märkten präsentieren sich nach Angaben der beteiligten Unternehmen wie folgt:

Relevanter Markt	Thurgauer Zeitung	Gesamtausgabe ¹ Thurgauer Tagblatt	Kumuliert
Markt für Anzeigenraum in nationalen Zeitungen ²	[0-10%]	[0-10 %]	[0-10%]
Markt für Anzeigenraum im Kt. Thurgau ³	[30 40%]	[10-20%]	>20%
Lesermarkt	[40-50%]	[20-30%]	>20%

Die Angabe kumulierter Marktanteile ist angesichts der Überschneidungen in den Verbreitungsgebieten der einzelnen Zeitungen nicht zweckmässig. Gerade im Lesermarkt rechnen die beteiligten Unternehmen mit etwa 6'000 Doppelabonnenten.

Der nationale Werbemarkt ist angesichts der niedrigen Marktanteile nicht vom Zusammenschluss betroffen. Eine nähere Prüfung erübrigt sich. Daraus folgt, dass nur der Markt für regionale Werbung und der regionale Lesermarkt als betroffen im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU gelten.

Regionaler Werbemarkt

Die beteiligten Unternehmen haben nach eigenen Angaben auf dem Markt für regionale Werbung gemessen am Werbedruck⁴ für Tageszeitungen und Anzeiger im Kanton Thurgau kumulierte Marktanteile von zirka 47,6%.

Für regional Werbetreibende besteht neben TM die Möglichkeit, in einer konkurrierenden Tageszeitung und Anzeigern Anzeigen zu schalten. Neben Zeitungen wie zum Beispiel dem St. Galler Tagblatt, dem Bodensee Tagblatt und der Regionalzeitung Hinterthurgau sind bei der Berücksichtigung der Wettbewerbsverhältnisse auch die Einflüsse regionaler Privatfernsehsender (Tele Ostschweiz, Tele D, Tele

¹ Die Gesamtausgabe Thurgauer Tagblatt setzt sich zusammen aus Thurgauer Volksfreund, Thurgauer Tagblatt, Thurgauer Volkszeitung, Bischofszeller Nachrichten

² Gemessen am Marktvolumen, wie es im Rahmen des BOM-Entscheidunges von der WEKO geschätzt wurde (RPW 2000/3, S. 431, Rz. 81)

³ Angaben aus Inseratestatistik der WEMF

⁴ Werbeausgaben von im Thurgau domizilierten Auftraggebern in Medien, die im Thurgau verbreitet werden

Top, See TV), von Lokalradios (z.B. Radio Top, Radio Aktuell, Radio Seefunk) und von Internet-Plattformen bis zu einem gewissen Grad zu berücksichtigen (vgl. BOM, RPW 2000/3, S. 432, Rz. 87). Auch die (adressierte und unadressierte) Direktwerbung ist als lokaler oder regionaler Werbeträger geeignet.

Soweit es sich bei der regionalen Werbung um Rubrikanzeigen (Immobilien-, Stellen-, Autos- und Kleininserate) handelt, ist festzustellen, dass diese vermehrt ins Internet abwandern. Marktforscher schätzen, dass das Volumen gedruckter Stellenanzeigen bis in zwei Jahren in der Schweiz um 30% abnehmen wird. Diese Einschätzung dürfte auch für die anderen Rubrikanzeigen zutreffen (vgl. BOM, RPW 2000/3, S. 432, Rz. 92).

Im Rahmen der vorliegenden Vorprüfung wurden die erwähnten Konkurrenten der TM darüber befragt, wie sich der Zusammenschluss auf ihre Stellung im Werbemarkt auswirken würde. Der Einfluss des Zusammenschlusses wurde allgemein als sehr gering eingeschätzt.

Es bestehen angesichts der starken gegenwärtigen Konkurrenz keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss im Markt für regionale Werbung eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

b. Lesermarkt

TM wird sich auch im Lesermarkt zahlreicher und wirtschaftlich sehr potenter Konkurrenz ausgesetzt sehen. Insbesondere die regionalen Kopfblätter des St. Galler Tagblatts und die Regionalzeitung Hinterthurgau im Osten, die Schaffhauser Nachrichten im Westen sowie der Tagesanzeiger und der Landbote im Südwesten drängen in das Hauptverbreitungsgebiet von TM.

Die Marktanteile im regionalen Lesermarkt im Kanton Thurgau 1999 gestalten sich nach Angaben der beteiligten Unternehmen wie folgt:

Titel	Auflage	%
Thurgauer Zeitung	[20'000–40'000]	[30–40]
Thurgauer Tagblatt ⁵	[0-20'000]	[20–30]
TZ und TT kumuliert	[40'000–60'000]	[60–70]
Marktvolumen ⁶	75'930	100

⁵ Gesamtausgabe Thurgauer Volksfreund, Thurgauer Tagblatt, Thurgauer Volkszeitung, Bischofszeller Nachrichten

⁶ Angaben von der WEMF erhoben

Daraus resultieren kumulierte Marktanteile der beteiligten Unternehmen von [60–70%].

Die Berechnung der Marktanteile ist in mehrfacher Hinsicht zu relativieren. Eine Addition der Anteile im Lesermarkt ist insofern vorsichtig zu interpretieren, als bei einer Zusammenlegung von Zeitungstiteln bisherige Abonnenten das Abonnement nicht zwangsläufig erneuern, sondern unter Umständen auf ein Konkurrenzprodukt, wie zum Beispiel ein Kopfblatt der St. Galler Zeitung, umsteigen. Zudem rechnet TM mit etwa 6'000 Doppelabonnenten, also Lesern, die bisher mehrere Zeitungen gekauft haben.

Die Marktanteile der Ruckstuhl Gruppe haben seit mehreren Jahren eine stark rückläufige Tendenz. Daraus lässt sich ableiten, dass die Zukunft der betreffenden Tageszeitungen ohne Zusammenschluss zur TM bereits kurzfristig stark gefährdet wäre. Bereits zum jetzigen Zeitpunkt arbeiten die Redaktionen der Ruckstuhl Gruppe seit längerer Zeit eng zusammen und stehen unter gemeinsamer Leitung und Kontrolle.

Die Stärke der aktuellen Konkurrenz - insbesondere durch das St. Galler Tagblatt und die Schaffhauser Nachrichten - wird besonders deutlich, wenn die Streudichten in den einzelnen Bezirken betrachtet werden. Im Bezirk Arbon hat beispielsweise das St. Galler Tagblatt eine Streudichte von über 55%⁷. Die NTZ wird nach Schätzungen der beteiligten Unternehmen nur etwa 6,3% erreichen. Das St. Galler Tagblatt plant ausserdem nach eigenen Angaben die Ausdehnung in weitere Kantonsteile.

Inwieweit andere Medien eine disziplinierende Wirkung auf die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen haben können, kann nicht mit Genauigkeit festgestellt werden. Studien eines Marktforschungsinstituts haben ergeben, dass für einen Teil der Bevölkerung die Informationsangebote anderer Medien zunehmend Alternativen zu einer Tageszeitung darstellen (vgl. BOM, RPW 2000/3, S. 437, Rz. 113).

Ein Verlag muss im Falle einer Preiserhöhung oder bei Qualitätseinbussen mit diffusen Abwanderungen in alle Richtungen rechnen (vgl. M. AMMANN, Zeitungsfusionskontrolle, Zürich 2000, S. 178). In diesen Fällen müssen Zeitungen damit rechnen, dass ein Teil der Leser ihr Informationsbedürfnis mit anderen Medien (Fernsehen, Radio, Internet, überregionale Zeitungen, Lokalzeitungen) abdeckt oder auf einzelne Informationen verzichtet. In einer sich im Umbruch befindenden Medienlandschaft ist es jedoch praktisch nicht möglich, die Einflüsse anderer Medien zu quantifizieren (BOM, RPW 2000/3, S. 438, Rz. 119).

⁷ Sommer 2000, Quelle: WEMF

Wachsende Bedeutung kommt auch dem Internet als Informationsmedium zu. Nicht bloss Zeitungen, sondern auch andere Dienstleistungsunternehmen bieten in der Regel frei abrufbare Online-Informationen auf dem Internet an. Welchen Einfluss diese Online-Angebote mittel- und langfristig auf das Zeitungslesen haben, ist im Moment noch nicht abzusehen. Fest steht, dass in der deutschen Schweiz die tägliche Nutzung einer aktuellen Zeitung seit 1997 stark rückläufig ist (vgl. dazu BOM, RPW 2000/3, S. 437, Rz. 114 f.).

Wie schon im Zusammenhang mit dem Werbemarkt erwarten die Konkurrenten der TM keinen erheblichen Einfluss des Zusammenschlusses auf ihre Stellung im Lesermarkt.

Letztlich ist auch der Einfluss der Werbemärkte erwähnenswert. Die Haupteinnahmequelle einer Tageszeitung ist der Anzeigenmarkt. Der Lesermarkt hat auf diesen möglicherweise insofern einen Einfluss, als die Preise für eine Anzeigenseite vom Publikum abhängen könnten, das mit einer Zeitung erreicht wird. Je mehr Leser eine Zeitung erreicht, desto teurer kann sie den Werbetreibenden ihre Anzeigen verkaufen. Im Falle von Preiserhöhungen müssten die beteiligten Unternehmen gegebenenfalls damit rechnen, dass ihr Anzeigenvolumen und ihre Anzeigenpreise unter Druck geraten. Dadurch kann den Wechselwirkungen zwischen Leser- und Anzeigenmärkten ein bis zu einem gewissen Grad disziplinierender Einfluss zugeordnet werden (vgl. BOM, RPW 2000/3, S. 438 f.).

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass TM vor allem durch die St. Galler Zeitung einer starken aktuellen und potenziellen Konkurrenz ausgesetzt sein wird. Ein gewisser Wettbewerbsdruck geht auch von anderen Medien aus. Eine Kompletzeitung muss zudem immer höheren Anforderungen gerecht werden, um seine Leserschaft gewinnen und behalten zu können. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ist es nicht sinnvoll und bereits kurz- oder mittelfristig auch nicht mehr möglich, in einem geographisch derart eng begrenzten Raum sechs Tageszeitungen durch vier Unternehmen mit je eigener Infrastruktur herzustellen. Im Rahmen einer dynamischen Marktbetrachtung ist das Zusammenschlussvorhaben daher aus wettbewerblicher Sicht nicht negativ zu beurteilen.

5. Ergebnis

Es ergeben sich aufgrund der vorliegenden Angaben keine Anhaltspunkte, wonach das Zusammenschlussvorhaben Thurgauer Medien eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde. Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung gemäss Artikel 10 KG sind daher nicht erfüllt.

B 2.3	10. Imprimerie et Librairies Saint-Paul SA/Editions et Imprimerie Le Pays SA
-------	---

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

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

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

En date du 28 novembre 2000, le secrétariat de la Commission de la concurrence a reçu une notification concernant l'opération de concentration entre Imprimerie et Librairies Saint-Paul SA, Fribourg ("Saint-Paul") et Editions et Imprimerie Le Pays SA, Porrentruy ("Le Pays"). Le Pays est propriété à 100% de la Bischöfliche Ordinariat Stiftung ("BOS") dont le siège se trouve à Soleure. BOS souhaite vendre à Saint-Paul la totalité du capital-actions du Pays.

Saint-Paul est active dans l'imprimerie, l'édition de journaux ("La Liberté") et de livres ainsi que dans la librairie. Elle possède une participation majeure à la société Les Fils d'Alphonse Glasson SA, Bulle ("Glasson"). Glasson est la société éditrice du journal "La Gruyère".

Le Pays déploie ses activités dans l'imprimerie de différents produits (dont le journal "Quotidien Jurassien") ainsi que dans la location d'immeubles. Le Pays détient une participation de 50% dans la société Editions D+P SA ("D+P") qui a été créée en 1993 lors de la fusion des deux titres "Le Démocrate" et "Le Pays". Les autres 50% de participation se trouvent entre les mains du "Démocrate SA", lui-même contrôlé par un actionnariat jurassien. D+P édite le journal régional "Quotidien Jurassien".

En reprenant Le Pays, Saint-Paul ne s'intéresse qu'aux activités qui sont en rapport avec l'édition du "Quotidien Jurassien". Les autres activités du Pays (imprimerie, immeuble) seront transférées dans une tierce société.

La reprise du Pays par Saint-Paul par laquelle Saint-Paul acquiert le contrôle direct du Pays peut être considérée comme une concentration d'entreprises selon l'article 4 alinéa 3 lettre b de la loi sur les cartels (LCart).

Non seulement l'activité de Saint-Paul, mais aussi celle du Pays consiste en totalité ou en partie à éditer, produire et/ou distribuer des journaux et/ou des livres. Etant donné que ces activités tombent sous le coup de l'article 9 alinéa 2 LCart, il est tenu compte d'un montant équivalant à vingt fois le chiffre d'affaire effectivement réalisé dans ces domaines pour juger quant au caractère obligatoire de la notification. En l'espèce, il s'agit d'une concentration d'entreprises soumise à l'obligation de notifier au sens de l'article 9 alinéa 2 LCart.

Afin d'apprécier la situation de la concurrence, il convient de déterminer le marché de référence, comprenant un marché des produits et un marché géographique (art. 11 al. 3 OCCE). Selon une distinction déjà adoptée à maintes reprises par la Commission de la concurrence, on peut séparer les marchés des lecteurs et les marchés des annonces (cf. Le Temps, DPC 1998/1, p. 45).

Marchés des lecteurs

Le marché des produits peut être défini comme étant celui de l'édition et de la vente de journaux quotidiens qui informent aussi bien sur des événements locaux et régionaux que sur des événements nationaux et internationaux (cf. Berner Oberland Medien, DPC 2000/3, p. 425 ss.). Du point de vue des partenaires potentiels de l'échange qui sont les personnes susceptibles d'acheter un des trois journaux, il faut se poser la question de la substituabilité entre ces trois journaux. Les trois journaux répondent chacun à un besoin d'information très spécifique qui est régional, voire local.

Ceci se montre plus clairement si on regarde le marché géographique, c'est-à-dire le territoire sur lequel les journaux sont vendus. Le marché de "La Liberté" est essentiellement à Fribourg ainsi que dans la Broye vaudoise. Le journal "La Gruyère" couvre le district de Gruyère. Une distribution se fait également dans les districts de la Veveyse et de la Glâne. Le "Quotidien Jurassien" est distribué dans le canton du Jura et dans une partie du Jura bernois.

Les performances des trois titres - mesurées en parts de marché - sont fortes dans leurs zones de distribution respectives. Le taux de pénétration (lecteurs au pro rata de la population) s'élève à 59,2% (84'000 lecteurs) pour "La Liberté", 23,6% (34'000 lecteurs) pour "La Gruyère" et à 50,4% (47'000 lecteurs) pour le "Quotidien Jurassien" (selon Mach Basic 2000). Toutefois, les performances sont négligeables voire nulles dans toutes les autres zones. Il en résulte que les journaux concernés n'ont aucune zone de distribution commune. La concentration n'entraînera dès lors pas d'addition de parts de marché.

Même si, avant le rachat du Pays par Saint-Paul, le "Quotidien Jurassien" et "La Liberté" étaient à considérer comme des concurrents potentiels sur les marchés de référence, les entreprises concernées resteront exposées à la concurrence potentielle d'autres quotidiens régionaux ("L'Express/L'Impartial", "Le Nord Vaudois", "Le Journal du Jura" etc.), de même que d'Edipresse, qui pourraient entrer sur le marché (cf. Société Neuchâteloise de Presse, DPC 1999/1, p. 142 ss.). De plus, il est possible que les lecteurs des journaux concernés se tournent vers d'autres médias, tels que les quotidiens supra-régionaux, la télévision, la radio ou Internet (cf. Berner Oberland Medien, DPC 2000/3, p. 437 ss.). Cette concurrence potentielle exerce également un effet disciplinant sur le comportement de Saint-Paul, qui ne peut dès lors abuser d'une éventuelle position dominante.

Marchés des annonces

Bien que du point de vue de leur structure et de leur fonctionnement, les marchés des annonces diffèrent considérablement des marchés des lecteurs (cf. BOM, DPC 2000/3, p. 422 ss.), le raisonnement et la conclusion ci-dessus s'applique de la même manière aux marchés des annonces.

Au vu de ce qui précède, l'opération de concentration n'est pas en mesure de créer ou de renforcer une position dominante de Saint-Paul. Les conditions pour l'ouverture d'un examen approfondi de l'opération de concentration Saint-Paul/Le Pays ne sont donc pas remplies.

B 2.3	11. TeleDanmark (Sunrise/diAx)
-------	---------------------------------------

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

Am 22. November 2000 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des Zusammenschlussvorhabens TeleDanmark (Sunrise/diAx) eingegangen.

TeleDanmark ("TDK"), Kopenhagen, beabsichtigt, die Kontrolle über

- Sunrise Communications AG, Rümlang ("Sunrise")
- diAx, Zürich
- @Speed, Zürich

zu übernehmen und die drei Unternehmen faktisch zusammenzuführen.

TDK ist das in Dänemark führende Telekommunikationsunternehmen. Neben Tätigkeiten in verschiedenen anderen europäischen Staaten hat TDK seit 1997 eine Beteiligung an Sunrise.

Sunrise wurde 1996 durch die Schweizerischen Bundesbahnen ("SBB"), die Schweizerische Bankgesellschaft ("UBS") und den Migros-Genossenschaftsbund ("Migros") gegründet. Im März 1997 beteiligten sich TDK und British Telecom an Sunrise. Sunrise bietet heute eine umfassende Produktpalette an, ist jedoch im Mobilfunkmarkt nicht als Netzbetreiberin tätig.

diAx ist in der Schweiz als Fest- und Mobilfunknetzbetreiberin tätig und bietet eine umfassende Produktpalette an. diAx wird von SBC International - Switzerland L.L.C ("SBC") und der diAx Holding als Gemeinschaftsunternehmen gehalten.

dSpeed ist eine Schwestergesellschaft der diAx und wurde im Hinblick auf die Auktion der UMTS-Mobilfunkkonzessionen gegründet. dSpeed hat noch keine eigene Geschäftstätigkeit.

Das Zusammenschlussvorhaben soll in zwei Schritten erfolgen. Per Ende November 2000 wird TDK mit der Übernahme des Anteils von BT (Netherlands) Holdings BV, einer Tochtergesellschaft von British Telecom, die Kontrolle über Sunrise übernehmen. Diese Transaktion ist aufgrund fehlender Umsätze der Erwerberin in der Schweiz nicht meldepflichtig. Im zweiten Schritt wird die Gesellschaft Newco gegründet, in welche von den Aktionären TDK, SBB, UBS, SBC und diAx Holding die drei Gesellschaften Sunrise, diAx und dSpeed eingebracht werden. Gleichzeitig wird TDK sämtliche Anteile von SBC, sowie die Hälfte der Anteile der diAx Holding, der SBB und der UBS erwerben. TDK erlangt mit 79% Anteil an der Newco die kontrollierende Mehrheit. Weitere Aktionäre werden diAx Holding (16%), SBB (3%) und UBS (2%) sein.

Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss

Das beschriebene Zusammenschlussvorhaben stellt einen Unternehmenszusammenschluss durch Erlangung der Kontrolle im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG dar. Als beteiligte Unternehmen gelten gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b VKU die kontrollierenden und die kontrollierten Unternehmen.

Die Umsätze der beteiligten Unternehmen überschreiten die in Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a und b KG genannten Schwellenwerte. Es liegt somit ein meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss vor.

Beurteilung

Um die Wettbewerbsverhältnisse zu beurteilen, sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen (vgl. Art. 11 Abs. 3 VKU).

Vorliegend kann von folgenden relevanten Märkten ausgegangen werden:

- Mobil-Kommunikation
- Festnetz-Kommunikation
- Internet-Zugang
- Daten-Kommunikation
- Wholesale (fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für andere Fernmeldedienstanbieterinnen).

In räumlicher Hinsicht können die Märkte auf die Schweiz begrenzt werden.

Die von den beteiligten Unternehmen gemeldeten Marktanteile nach Umsätzen und Kunden stützen sich auf eigene Geschäftsberichte, den Geschäftsbericht der grössten Konkurrentin Swisscom und Schätzungen. Die Marktanteile basieren auf Daten der ersten neun Monate des

Jahres 2000. Die Daten für das Jahr 1999 wurden ebenfalls gemeldet. Diese sind jedoch im sich rasch entwickelnden Telekommunikationsmarkt weniger aussagekräftig. Es kann allgemein festgestellt werden, dass die kumulierten Marktanteile von diAx und Sunrise steigende Tendenz aufweisen.

	diAx	Sunrise	Kumuliert
Mobilfunk	[10-20%]*	[0-2%]	[10-20%]
Festnetz	[2-10%]	[2-10%]	[4-20%]
Internet-Zugang	[5-15%]	[10-20%]	[15-35%]
Datenkomm.	[1-3%]	[10-17%]	[11-20%]
Wholesale	[2-8%]	[10-15%]	[12-23%]

*Geschäftsgeheimnis

Laut Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU gelten diejenigen Märkte als vom Zusammenschluss betroffen, in denen der gemeinsame Marktanteil von zwei beteiligten Unternehmen mindestens 20% oder der Marktanteil von einem beteiligten Unternehmen mindestens 30% beträgt. Gemäss den Angaben der beteiligten Unternehmen ist somit nur der Markt für den Internet-Zugang als vom Zusammenschluss betroffener Markt zu qualifizieren.

Die Wettbewerbskommission legt im erst vor drei Jahren geöffneten Telekommunikationssektor besonderen Wert darauf, dass der in Entwicklung stehende Wettbewerb durch Zusammenschlüsse nicht im Keim erstickt wird. Zudem betrifft das Zusammenschlussvorhaben Unternehmen, welche es verstanden haben, sich in dieser Zeit gut zu etablieren. Aus diesem Grund werden nachfolgend die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf den Mobilfunk- und den Festnetzmarkt auch betrachtet, obwohl diese im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU keine vom Zusammenschluss betroffenen Märkte darstellen.

Markt für den Internet-Zugang

Der Zugang zum Internet kann technisch vor allem via Telefonleitungen, Kabelfernsehnetze und in reduzierter Form auch via Mobilfunk ermöglicht werden.

Der Markt zeichnet sich durch eine dynamische Entwicklung aus. Dies trifft sowohl auf die Angebotsseite wie auch auf die Nachfragerseite zu. Auf Angebotsseite ist zu beobachten, dass noch immer neue Anbieter in den Markt eintreten. Dazu sind wichtige europäische Internet-Provider wie T-Online (Tochter der Deutschen Telekom) in der Schweiz noch nicht tätig und könnten ohne grosse Probleme innert kurzer Zeit tätig werden. Ebenso werden neue Technologien entwickelt, welche breitbandigen Zugang (bspw. Wireless Local Loop oder

Powerline Technologie über Stromnetze) und auch mobilen Zugang (z.B. UMTS) zum Internet ermöglichen. Wichtige aktuelle Konkurrenten sind Blu Win (Swisscom), Swissonline (Cablecom), Agri.ch oder Tiscali. Blu Win weist einen Marktanteil von zirka 35% nach Kunden und von zirka 49% nach Umsätzen auf.

Auf der Nachfrageseite ist noch immer ein kontinuierlicher Anstieg der Kundenzahlen zu beobachten.

Aufgrund der aktuellen Konkurrenz und der ausserordentlichen Dynamik des Marktes in Verbindung mit geringen Marktzutrittsschranken ist davon auszugehen, dass durch den Zusammenschluss weder eine marktbeherrschende Stellung geschaffen noch verstärkt wird.

Mobilfunkmarkt

Der Mobilfunkmarkt ist geprägt durch hohe regulatorische Zutrittsschranken. Nur Swisscom, Orange und diAx ist es heute möglich, Mobilfunkdienste über eigene Netze anzubieten. Zusätzlich bieten Sunrise und Tele2 pre-paid Karten unter eigenem Namen an. Die wirtschaftliche Bedeutung der beiden letztgenannten Angebote ist aber gering.

Wegen der kleinen Anzahl Anbieter und der aufgrund hoher Marktzutrittsschranken wenig disziplinierenden Wirkung der potenziellen Konkurrenz bestehen für die Unternehmen erhebliche Anreize zu kollusivem Verhalten. Da zudem Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorlagen, hat die Wettbewerbskommission im Mai dieses Jahres eine Untersuchung gegen Swisscom, Orange und diAx eingeleitet.

Durch den Zusammenschluss wird sich diese Situation nur geringfügig verändern, da das pre-paid Angebot von Sunrise von wirtschaftlich geringer Bedeutung ist.

Bei einer dynamischen Betrachtung des Mobilfunkmarktes muss insbesondere die neue UMTS-Technologie berücksichtigt werden. Mit der Konzessionsvergabe wird automatisch ein vierter Anbieter im Mobilfunkmarkt Schweiz tätig werden. Das Zusammenschlussvorhaben hat diesbezüglich keinen Einfluss. Der zusätzliche Markteintritt kann unter Umständen zu einer Intensivierung des Wettbewerbs führen. Am Beispiel Deutschland kann dies auch empirisch bestätigt werden.

Die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens sind im Mobilfunkmarkt gering. Die Wettbewerbskommission wird aber den Markt weiterhin besonders im Auge behalten, da aufgrund der auch in Zukunft kleinen Anzahl Anbieter und der geringen disziplinierenden Wirkung der potenziellen Konkurrenz für die Unternehmen Anreize für kollusives Verhalten bestehen.

Festnetzmarkt

Der Festnetzmarkt ist nach wie vor geprägt durch die starke Stellung von Swisscom. Insbesondere im Anschlussbereich sind die Konkurrenten auf die Infrastruktur von Swisscom angewiesen.

Neben Swisscom sind sehr viele Anbieter tätig, welche mittels Interkonktionsverträgen mit der Swisscom in der Lage sind, Endkunden in der gesamten Schweiz Dienste anzubieten. Momentan verfügen mehr als 50 Anbieter über entsprechende Verträge.

Der Zusammenschluss wird in der heutigen Situation keinesfalls zur Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung von diAx/Sunrise alleine oder zu einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung zusammen mit Swisscom führen. Dazu ist im erstgenannten Fall die Marktstellung von Swisscom viel zu stark, und im zweitgenannten Fall sind insbesondere zu viele Anbieter im Markt tätig und die Marktzutrittsbarrieren auf Dienstebene mit den Interkonktionsverträgen zu gering.

Mittels einer dynamischen, zukunftsgerichteten Betrachtung kann jedoch auf die Gefahr geschlossen werden, dass sich der liberalisierte Festnetzmarkt durch Zusammenschlüsse in Richtung einer oligopolistischen Struktur entwickeln könnte. Dieser möglichen Gefahr steht aber die Chance gegenüber, dass die Konkurrenten der Swisscom mittels Zusammenschlüssen auch Grössenvorteile, welche in Netzindustrien in besonderem Ausmass existieren, ausschöpfen können. Dies ermöglicht es ihnen, die Wettbewerbsposition gegenüber einer starken Swisscom zu verbessern. Die Zusammenschlüsse können somit durchaus auch einen prokompetitiven Charakter aufweisen.

Schlussfolgerung

Aus den genannten Gründen ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. Art. 10 Abs. 1 KG). Das Zusammenschlussvorhaben ist als unbedenklich anzusehen. Die Voraussetzungen für die Einleitung eines Prüfungsverfahrens sind nicht gegeben.

Die Wettbewerbskommission wird jedoch aufgrund der genannten Anreize für kollusives Verhalten, welche im Mobilfunkmarkt schon heute bestehen und in Zukunft auch im Festnetzkommunikationsmarkt auftreten könnten, die Märkte im Telekommunikationssektor genau im Auge behalten. Bei Vorliegen von Anhaltspunkten für kollusives Verhalten wird die Wettbewerbskommission entsprechende Verfahren ohne Verzug einleiten.

B 2	6. Empfehlungen Recommandations Raccomandazioni
B 2.6	1. Bezug von medizinischen Produkten (inklusive Medikamenten) im Ausland

Empfehlungen; Art. 45 KG

Recommandations; art. 45 LCart

Raccomandazioni; art. 45 LCart

Empfehlung der Wettbewerbskommission nach Artikel 45 des Kartellgesetzes (KG) vom 18. Dezember 2000 betreffend Bezug von medizinischen Produkten (inklusive Medikamente) im Ausland

I. Einleitung

1. Am 1. Januar 1996 ist das neue Krankenversicherungsgesetz (KVG) in Kraft getreten. Analog zu den generellen Entwicklungen vieler Länder hin zu mehr Wettbewerb¹ bezweckt der Gesetzgeber unter anderem die Förderung des Wettbewerbs auf dem Krankenversicherungsmarkt. Damit ist auch die Erwartung an sich stabilisierenden Gesundheitskosten verbunden.

2. Dennoch zeichnet sich das schweizerische Gesundheitswesen durch eine ausserordentlich hohe Regulierungsdichte und anhaltende Kostensteigerungen aus. Die vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen lassen wenig Raum für wirksamen Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern.

3. Die Wettbewerbskommission setzte sich in ihren Stellungnahmen wiederholt für mehr Wettbewerb im Bereich des Gesundheitswesens ein² und signalisierte dies insbesondere mit der Verfügung vom 7. Juni 2000 gemäss Artikel 27 des Kartellgesetzes (KG) betreffend Vertrieb von Arzneimitteln (Sanphar)³.

4. Wettbewerb und Regulierung schliessen sich nicht aus. Staatliche Regulierung soll gemäss dem Modell des regulierten Wettbewerbs (managed competition) Rahmenbedingungen bilden, damit ein kom-

¹ FOLLAND, SHERMAN, GOODMAN, ALLEN C. und STANO, MIRON et al., (1997), *The economics of health care*, 2. Aufl., Upper Saddle River: Prentice Hall

² Vgl. z.B. Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 5. November 1999 im Vernehmlassungsverfahren zum neuen Abgeltungsmodell (Art. 67 KVV)

³ Wettbewerbskommission (2000), "Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar", RPW 2000/3, S. 320 ff.

petitiver Markt entsteht, der zu einer effizienten Allokation und entsprechender Preissetzung führt. Die gerechte Verteilung von Gesundheitsleistungen ist dadurch weitgehend gesichert, dass dank gezielter Subventionierung der Krankenversicherungsbeiträge auch Bedürftige Zugang zum obligatorischen Krankenversicherungsschutz und einem Paket an medizinischen Leistungen haben. In diesem Sinne ist die Wettbewerbskommission der Überzeugung, dass mehr Wettbewerb sowie effiziente anstelle von ineffizienter und überflüssiger Regulierung zu einer Verbesserung des Leistungs-Kosten-Verhältnisses im Gesundheitswesen beitragen und gleichzeitig die gesundheitspolitischen und -polizeilichen Anliegen nicht beeinträchtigen.

5. Insbesondere kann durch Zulassung von Wettbewerb aus dem Ausland das Leistungs-Kosten-Verhältnis für medizinische Produkte inklusive Medikamente verbessert werden.

6. Begrifflich gesehen orientiert sich die Empfehlung hinsichtlich der medizinischen Produkte an der MiGel-Liste (Mittel- und Gegenstände-Liste) und hinsichtlich der Medikamente in der SL-Liste (Spezialitätenliste). Im Weiteren sind die Medikamente beim Begriff der "medizinischen Produkte"⁴ einbezogen.

II. Medizinische Produkte aus dem Ausland und Regulierung

7. Die Schweiz nimmt hinsichtlich der Preise von medizinischen Produkten im (europäischen) Vergleich in der Regel eine Position zwischen dem (oberen) Mittelfeld und der Spitze ein. Hinsichtlich der Medikamente besteht Evidenz, dass die Medikamentenpreise in der Schweiz im Vergleich zu anderen Ländern hoch beziehungsweise überhöht sind⁵. Hinsichtlich anderer medizinischer Produkte bestehen

⁴ Der kostenmässige Anteil der Medikamente am Total aller durch die Grundversicherung vergüteten medizinischen Produkte beträgt nach Schätzungen der Krankenversicherer um die 95%.

⁵ Vgl. Preisüberwacher (1998), "Medikamentenpreise", *RPW 1998/5*, S. 752 ff.; Preisüberwacher (1994), "Wettbewerbsmängel bei der Preisgestaltung der Medikamente in der Schweiz", *VKKP 1995*, 1b, S. 115 ff.; Österreichisches Bundesinstitut für Gesundheitswesen (1993), *Arzneimittelpreise im internationalen Vergleich*, Wien: Österreichisches Bundesinstitut für Gesundheitswesen; SCHNEIDER, Markus et al. (1999), *Die deutschen Arzneimittelpreise im europäischen Vergleich*, Gutachten für den Verband Forschender Arzneimittelhersteller (VFA) und die Bundesvereinigung Deutscher Apothekerverbände (ABDA), Augsburg: BASYS. Die Situation im Fürstentum Liechtenstein belegt dies ebenfalls: Liechtenstein steht mit dem Medikamenten-Markt in der Schweiz in Verbindung, da Liechtenstein 1973 der interkantonalen Vereinbarung vom 3. Juni 1971 über die Kontrolle der Heilmittel (SR 812.101) beigetreten ist (Notenaustausch vom 27. Februar 1973 zwischen der Schweiz und Liechtenstein betreffend die Geltung der interkantonalen Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel für das Fürstentum Liechtenstein, SR 0.812.101.951.4). Trotz Inkrafttretens des EWR-Rechts gilt diese interkantonale Vereinbarung in Liechtenstein sinngemäss weiter (Notenaustausch vom 1. Mai 1995 zwischen dem Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten und der Botschaft des Fürstentums Liechtenstein zur Änderung des Abkommens betreffend die Geltung der interkantonalen Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel

Hinweise, welche die preisliche Position der Schweiz zwischen dem (oberen) Mittelfeld und der Spitze belegen⁶.

8. Die Ursachen für die unterschiedlichen Preise von medizinischen Produkten liegen insbesondere in den verschiedenen Wettbewerbsbedingungen sowie im unterschiedlichen Interventionsgrad der Länder, das heisst unterschiedlichen Zulassungsbedingungen und Preisbildungsverfahren, Erstattungsregeln und Organisationsformen der nationalen Gesundheitssysteme⁷.

9. Das Bundesgericht argumentierte in seiner Entscheidung vom 7. Dezember 1999 hinsichtlich der Parallelimporte anhand des Kriteriums der vergleichbaren rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen im In- und Ausland⁸. Der Bundesrat vermerkte in seinem Bericht "Parallelimporte und Patentrecht" vom 8. Mai 2000 insbesondere, es müsste aufgezeigt werden, dass die Einführung internationaler Erschöpfung nicht einen (nachteiligen) Wettbewerb der staatlichen Regulierungen zur Folge habe, sondern Wettbewerb um günstige Produkte⁹. Das Bundesgericht und der Bundesrat beziehen damit die Regulierung des Auslandes gleichfalls in ihre Betrachtung ein.

10. Ferner erklärte sich der Bundesrat bereit, hinsichtlich der Erschöpfungsproblematik weitere Abklärungen zu treffen und die verschiedenen Regelungen der staatlich preisregulierten Märkte zu überprüfen - unter Berücksichtigung der von der Schweiz eingegangenen internationalen Verpflichtungen¹⁰. Der diesbezügliche Bericht wird voraussichtlich Ende 2002 vorliegen.

für das Fürstentum Liechtenstein, SR 0.812.101.951.41). Die Kosten für Medikamente belaufen sich hier auf rund CHF 8 Mio. jährlich. Gemäss Angaben des Wirtschafts- und Sozialministers des Fürstentums Liechtenstein liegt ein Einsparungspotenzial von rund CHF 1 Mio. vor, wenn Liechtenstein nicht Schweizer Medikamente, sondern die billigeren EWR-Produkte einführen würde (dargestellt im "St. Galler Tagblatt" vom 3. Juni 2000).

⁶ Umfassende internationale Preisvergleiche sind aufgrund fehlenden Datenmaterials, schwer vergleichbaren Gesundheitssystemen und den hohen methodischen Anforderungen [vgl. DANZON, PATRICIA M., CHAO, LI-WEI (2000), "Cross-national price differences für pharmaceuticals: how large, and why?", *Journal of Health Economics*, S. 159 ff.] im geringen Ausmass vorhanden. Dies und Preisvergleiche zwischen mehreren Ländern zeigen etwa auf: SCHNEIDER, Markus et al. (1998), *Gesundheitssysteme im internationalen Vergleich*, Augsburg: BASYS. Die Eurostat oder die OECD veröffentlichten zwar Preisniveauindizes über die Gesundheitsausgaben der privaten Haushalte, aus welchen eine preisliche Spitzenposition der Schweiz abgeleitet werden kann, jedoch ist ein solcher Rückschluss auf die Preisniveaus der verschiedenen Länder mit Vorbehalt zu betrachten [vgl. etwa OECD Statistics (1999), *Purchasing Power Parities and Real Expenditures*, Paris: OECD Publications].

⁷ Zu den verschiedenen Regulierungssystemen in Westeuropa vgl. etwa: SCHNEIDER, Markus et al. (2000), *Die Regulierung von Arzneimittelmärkten im internationalen Vergleich*, Augsburg: BASYS

⁸ Bundesgerichtsentscheid vom 7. Dezember 1999 i.S. Kodak

⁹ Bericht des Bundesrates vom 8. Mai 2000 in Beantwortung der Anfrage der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats (WAK) vom 24. Januar 2000, vgl. S. 14 f.

¹⁰ Bericht des Bundesrates vom 8. Mai 2000 in Beantwortung der Anfrage der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats (WAK) vom 24. Januar 2000, vgl. S. 30 f.

11. Nach Ansicht der Wettbewerbskommission ist aber zu berücksichtigen, dass Wettbewerb insbesondere auch zwischen Regulierungssystemen stattfindet (institutioneller Wettbewerb, Wettbewerb der Systeme)¹¹. Wettbewerb zwischen eigenständigen (Teil-)Systemen verhindert einseitige Berücksichtigung von Partikularinteressen sowie institutionelle Erstarrung im Inland und ist grundsätzlich ökonomisch erwünscht. Da die zunehmende Öffnung der Märkte langfristig auch im traditionell regulierten Bereich des Gesundheitswesens Einzug halten wird, ist eine diesbezügliche Orientierung notwendig.

12. Ferner würde die Höchstpreisregulierung der Medikamente in der Spezialitätenliste (SL) von einem Systemwettbewerb nicht negativ betroffen, da Preiswettbewerb unterhalb der Höchstpreise erwünscht ist.

13. Schliesslich ist der Einkauf durch Versicherungsträger vom Einkauf durch die Versicherten abzugrenzen. Der Einkauf der Versicherungsträger im Ausland stellt einen Parallelimport dar, der patentrechtlich problematisch sein kann. Ein Einkauf durch die Versicherten stellt demgegenüber einen Direktimport dar, der patentrechtlich unproblematisch ist.

14. Die Empfehlung der Wettbewerbskommission beschränkt sich angesichts des jetzigen Standes über die Parallelimportsdebatte auf den Einkauf durch die Versicherten im Ausland.

III. Geltende Regelung im Bereich der schweizerischen Krankenpflegeversicherung

15. Gemäss Artikel 24 KVG¹² übernimmt die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Kosten für die Leistungen gemäss Artikel 25-31 nach Massgabe der in Artikel 32-34 festgelegten Voraussetzungen.

16. Nach Artikel 25 KVG übernimmt die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Kosten für die Leistungen, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen. Diese Leistungen umfassen nach Buchstabe b die ärztlich oder unter den vom Bundesrat bestimmten Voraussetzungen von Chiropraktoren oder Chiropraktorinnen verordneten Analysen, Arzneimittel und der Untersuchung oder Behandlung dienenden Mittel und Gegenstände.

¹¹ Vgl. etwa Monopolkommission (1998), *Systemwettbewerb*, Sondergutachten der Monopolkommission gemäss § 24 b Abs. 5 Satz 4 GWB, Baden-Baden: Nomos; STREIT, Manfred E. (1996), "Systemwettbewerb im europäischen Prozess", in: DIETER CASSEL (Hrsg.), *Entstehung und Wettbewerb von Systemen*, Berlin: Duncker und Humblot, S. 223 ff.; ERB, Thoralf et al. (2000), *Konsequenzen der Globalisierung für die Wettbewerbspolitik*, Frankfurt am Main, usw.: Peter Lang

¹² Bundesgesetz über die obligatorische Krankenpflegeversicherung vom 18. März 1994, SR 832.10

17. Hinsichtlich Auslandsbezug führt Artikel 34 Absatz 2 KVG aus, der Bundesrat könne bestimmen, dass die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Kosten von Leistungen nach Artikel 25 Absatz 2 KVG übernimmt, die aus medizinischen Gründen im Ausland erbracht werden.

18. Der Bundesrat hat in Artikel 36 Absatz 1 KVV¹³ festgelegt, dass das Departement diejenigen Leistungen nach Artikel 25 Absatz 2 KVG bezeichnet, deren Kosten von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung im Ausland übernommen werden, wenn sie in der Schweiz nicht erbracht werden können. Gemäss Absatz 2 derselben Bestimmung übernimmt die obligatorische Krankenpflegeversicherung überdies die Kosten von Behandlungen, die in Notfällen im Ausland erbracht werden. Ein Notfall liegt dabei vor, wenn Versicherte bei einem vorübergehenden Auslandsaufenthalt einer medizinischen Behandlung bedürfen und eine Rückreise in die Schweiz nicht angemessen ist. Kein Notfall besteht, wenn sich Versicherte zum Zwecke dieser Behandlung ins Ausland begeben.

19. Somit beschränkt sich heute die Kostenübernahme für im Ausland bezogene medizinische Produkte auf die folgenden zwei Fälle:

- Das Produkt wird in der Schweiz nicht angeboten und ist vom Departement anerkannt;
- Das Produkt wurde im Notfall bezogen.

20. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich diese restriktive Regelung - die dem **Inlandbeschaffungsprinzip** entspricht - bereits aus dem KVG selbst ergibt: Gemäss Artikel 34 Absatz 2 KVG kann der Bundesrat die obligatorische Krankenpflegeversicherung nur zur Kostenübernahme für diejenigen Leistungen verpflichten, die aus **medizinischen Gründen** im Ausland erbracht werden. Der Gesetzgeber räumt dem Bundesrat einzig bei der Entbindung gemäss Artikel 29 Absatz 2 Buchstabe b KVG das Recht ein, andere als medizinische Gründe für eine Kostenübernahme anzuführen¹⁴. Medizinische Gründe für eine Kostenübernahme bei anderen, im Ausland bezogenen medizinischen Produkten liegen indessen wohl nur in den zwei in Ziffer 19 genannten Fällen vor.

IV. Geltende Regelungen bei anderen schweizerischen Sozialversicherungen

21. Die Frage, ob die Kosten für medizinische Produkte, die im Ausland bezogen werden, von den entsprechenden Versicherungsträgern

¹³ Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995, SR 832.102

¹⁴ Vgl. Art. 34 Abs. 2 Satz 2 KVG

übernommen werden müssen, ist nicht nur im Bereich des KVG, sondern auch in der Gesetzgebung zur **Unfall- und Invalidenversicherung** von Bedeutung.

22. Gemäss Artikel 10 Absatz 1 UVG¹⁵ hat der Versicherte Anspruch auf die zweckmässige Behandlung der Unfallfolgen, nämlich auf:

- a. [...]
- b. die vom Arzt oder Zahnarzt verordneten Arzneimittel und Analysen;
- c. [...]
- d. [...]
- e. die der Heilung dienlichen Mittel und Gegenstände.

23. Nach Absatz 3 derselben Bestimmung kann der Bundesrat [...] die Kostenvergütung für Behandlungen im Ausland begrenzen. Eine solche Begrenzung hat er in Artikel 17 UVV¹⁶ vorgenommen, indem dem Versicherten für eine notwendige Heilbehandlung im Ausland höchstens der doppelte Betrag der Kosten vergütet wird, die bei der Behandlung in der Schweiz entstanden wären.

24. Die Verwendung des Begriffs "notwendig" lässt darauf schliessen, dass auch im Bereich der Unfallversicherung die Kosten für im Ausland bezogene medizinische Produkte somit nur bei Versorgungsmangel oder bei Vorliegen eines Notfalls übernommen werden.

25. Gemäss Artikel 12 Absatz 1 IVG¹⁷ hat der Versicherte Anspruch auf medizinische Massnahmen, die nicht auf die Behandlung des Leidens an sich, sondern unmittelbar auf die berufliche Eingliederung gerichtet und geeignet sind, die Erwerbsfähigkeit dauernd und wesentlich zu verbessern oder vor wesentlicher Beeinträchtigung zu bewahren.

26. Nach Artikel 14 Absatz 1 IVG umfassen die medizinischen Massnahmen gemäss Buchstabe b die Abgabe der vom Arzt verordneten Arzneien.

27. Weder das IVG noch die IVV¹⁸ regeln die Frage, ob die Kosten für im Ausland bezogene medizinische Produkte vom Versicherungsträger übernommen werden.

V. Beurteilung der geltenden Regelung

28. Die folgende Beurteilung erfolgt aus wettbewerbsrechtlicher und wettbewerbspolitischer Sicht (Art. 45 Abs. 2 und 1 KG). Andere

¹⁵ Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981, SR 832.20

¹⁶ Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982, SR 832.202

¹⁷ Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959, SR 831.20

¹⁸ Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961, SR 831.201

öffentliche Interessen sind nicht in die Beurteilung einbezogen (vgl. Art. 8 und 11 KG).

29. Die erwähnten Vorschriften aus dem Bereich der Krankenpflege-, Unfall- und Invalidenversicherung, welche die Übernahme der Kosten von Leistungen, die im Ausland erbracht wurden, grundsätzlich verhindern, beschränken den grenzüberschreitenden Warenverkehr für medizinische Produkte. Die entsprechenden Regelungen basieren auf dem Inlandbeschaffungsprinzip und verhindern den Wettbewerb aus dem Ausland.

30. Die fraglichen Bestimmungen verunmöglichen es somit den Versicherten, medizinische Produkte im Ausland zu tieferen Preisen einzukaufen und von den Versicherungsträgern in der Schweiz vergütet zu bekommen. Eine Überarbeitung dieser Bestimmungen in dem Sinne, dass den Versicherten die Möglichkeit eingeräumt wird, im Ausland medizinische Produkte zu beziehen beziehungsweise dass den betroffenen Versicherungsträgern erlaubt wird, diese Produkte zu vergüten, würde Wettbewerb aus dem Ausland ermöglichen.

31. Eine solche Änderung könnte dazu beitragen, das Preis-Kosten-Verhältnis von medizinischen Produkten zu verbessern, womit im staatlich regulierten Bereich der medizinischen Produkte eine Angleichung des schweizerischen Preisniveaus an das ausländische stattfinden könnte.

VI. Empfehlung

32. Die Wettbewerbskommission empfiehlt dem Bundesrat deshalb:

Die gesetzlichen Bestimmungen im Bereich der Krankenpflege-, Unfall- und Invalidenversicherung sowie allenfalls weiterer Sozialversicherungen so anzupassen, dass die Kosten für im Ausland bezogene medizinische Produkte von den Versicherungsträgern übernommen werden, sofern diese Kosten tiefer sind als jene in der Schweiz. Die dabei erzielten Einsparungen sind den Versicherten in angemessenem Umfang weiterzugeben.

B 2	7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi
B 2.7	1. Projet de règlement d'exécution de la loi sur la santé

Stellungnahme; Art. 46 Abs. 2 KG

Préavis; art. 46 al. 2 LCart

Preavviso; art. 46 cpv. 2 LCart

La Commission de la concurrence (Comco) a tout d'abord formulé quelques généralités sur le projet de règlement d'exécution de la loi fribourgeoise sur la santé (ci-après le Règlement) (1). Elle s'est aussi penchée sur la problématique de la publicité (2), en particulier ses implications dans le domaine de la santé (3). Elle a ensuite pris position sur la loi fribourgeoise sur la santé (4) et les dispositions du Règlement concernant la publicité (5) pour finalement émettre ses préavis (6).

1. Généralités

Les prescriptions étatiques qui excluent de la concurrence certains biens ou services ne sont pas soumises à l'application de la loi sur les cartels (art. 3 al. 1 LCart). Néanmoins, la Comco est habilitée à se prononcer sur les projets d'actes normatifs de droit cantonal qui influencent la concurrence. Elle le fait par des recommandations et des préavis (art. 45 al. 2 et 46 al. 2 LCart).

Dans le canton de Fribourg, la loi sur la santé (LS) a été modifiée le 16 novembre 1999. La Comco n'a pas eu connaissance du projet de révision de cette loi. Elle n'a donc malheureusement pas pu donner son préavis. Elle est aujourd'hui invitée par le Conseil d'Etat fribourgeois à se prononcer uniquement sur le Règlement d'exécution de ladite loi. La Comco se permet cependant de faire aussi référence à la base légale du Règlement dans la mesure où celui-ci en découle.

2. La publicité, moteur de la concurrence

Dans une économie de marché, la concurrence tend à garantir la répartition des ressources économiques de la façon la plus efficace. Elle améliore aussi le rapport qualité-prix, augmente les possibilités de choix et permet d'organiser les services de la façon la plus novatrice et la plus efficace possible.

La publicité est une des composantes essentielles permettant à la concurrence d'exister et de se développer. En effet, grâce aux informations véhiculées par la publicité, les consommateurs ont connaissance des biens et services disponibles. Ainsi renseignés, ils peuvent choisir

convenablement leurs prestataires de services et opter pour le meilleur rapport qualité-prix. Ce faisant, la publicité améliore l'efficacité et stimule l'innovation¹.

Inversement, les restrictions à la liberté de faire de la publicité, imposées aux fournisseurs de biens ou aux prestataires de services, limitent la concurrence au détriment des consommateurs. Si ces derniers ne disposent pas d'informations sur les divers fournisseurs ou prestataires, ils ne peuvent pas choisir en connaissance de cause. Or, sans choix, il ne peut y avoir de concurrence. Cette absence de concurrence favorise en règle générale les intérêts des prestataires bien implantés, aux dépens des consommateurs et des praticiens récemment établis ou des institutions moins importantes.

3. La publicité dans les professions de la santé

Les professions libérales, surtout dans le domaine de la santé, offrent des prestations qui entrent dans la catégorie des "biens acquis en confiance". En effet, ignorant les services dont il a besoin - il faut des années d'expérience pour arriver à diagnostiquer des maladies ou prescrire les médicaments adéquats -, le patient doit se fier à l'avis et à la réputation du professionnel auquel il fait appel. Cette problématique est connue sous le nom d'"asymétrie de l'information"².

Cette asymétrie conduit à certaines défaillances du marché. La réaction classique à ces risques de défaillances réside dans la régulation. Même si certaines règles peuvent être nécessaires pour garantir la qualité des services, d'autres méthodes faisant appel aux mécanismes du marché peuvent contribuer à atténuer les problèmes de défaillances du marché. Ainsi, la publicité aide à corriger les défaillances issues de l'asymétrie de l'information dans la mesure où elle porte à la connaissance du public les nouveaux produits, services et prestataires de soins disponibles sur le marché.

Afin de réduire les problèmes liés à l'asymétrie de l'information, la Comco estime que la liberté de faire de la publicité pour les professionnels de la santé et les institutions de santé doit être garantie. Elle ne doit dès lors pas faire l'objet d'une réglementation restrictive, ce d'autant plus que les abus dans ce domaine tombent en grande partie sous le coup de la loi fédérale sur la concurrence déloyale (LCD, RS 241).

¹ R. BOND/J. KWOKA/J. PHELAN/I. WHITTEN: *Effects of Restrictions of Advertising and Commercial Practice in the Professions: the Case of Optometry*, Bureau of Economics of the Federal Trade Commission, Washington D.C. 1980.

² D.W. CARLTON/J.M. PERLOFF: *Modern Industrial Organization*, 2^{ème} éd., Berkeley/New York 1994, p. 554 ss., 558 s. et 606 ss.

4. Les dispositions de la loi fribourgeoise sur la santé en matière de publicité

L'article 91 alinéas 1 et 2 de la loi sur la santé (LS) interdit aux personnes qui pratiquent une profession de la santé et aux institutions de santé de faire de la publicité (cf. aussi le renvoi de l'art. 106).

Le principe de l'interdiction générale prévoit quelques exceptions mentionnées à l'article 91 alinéa 3 LS et concrétisées par les articles 17 s. et 89 s. du Règlement concernant les fournisseurs de soins et les droits des patients.

La Commission de la concurrence est d'avis que l'article 91 LS aurait dû prévoir une plus grande libéralisation de la publicité des professionnels de la santé et des institutions de santé, car la publicité stimule la concurrence dans la mesure où elle:

- augmente les informations à disposition des patients. Ces derniers peuvent ainsi choisir le fournisseur de soins ou l'institution de santé en connaissance de cause, renforçant ainsi le lien de confiance qui les unit. Il est erroné de croire que la publicité se focalise uniquement sur de simples comparaisons de prix, chassant les professionnels les plus aptes dans leur art au profit des seuls gestionnaires. Le marché de la santé reste un domaine où la qualité joue un rôle plus important que les prix, encore largement réglementés par l'Etat. Cette qualité est du reste mieux assurée par les normes garantissant un certain standard de qualité que par des limitations de la publicité.
- accroît l'efficacité et l'innovation³, ce qui peut avoir un effet bénéfique sur les coûts de la santé⁴.
- permet aux (nouveaux) prestataires de soins et aux (nouvelles) institutions de se faire connaître et d'entrer plus facilement sur le marché.
- ne favorise pas obligatoirement une consommation démesurée de prestations médicales et partant, une hausse incontrôlée des coûts de la santé qui n'ont cessé d'augmenter ces dernières années, alors que la publicité était largement interdite.

³ L. BENHAM: *The Effect of Advertising on the Price of Eyeglasses*, 15 *Journal of Law and Economics* 1972, p. 337 ss.

⁴ Plusieurs études économétriques, destinées à isoler les effets de différentes réglementations, ont démontré que l'instauration d'une concurrence plus grande dans plusieurs secteurs des soins de la santé a entraîné une baisse des prix et des coûts, sans sacrifier la qualité des soins (N. LIANG / J. OGUR: *Restrictions on Dental Auxiliaries*, 1987).

5. Les dispositions du Règlement concernant la publicité

Les articles 17 s. et 89 s. du Règlement traitent de la publicité des professionnels de la santé et des institutions de santé. Ils se fondent sur une base légale qui interdit en principe la publicité (art. 91 LS). Ils n'est dès lors pas étonnant qu'ils ne prévoient que très peu de possibilités de faire de la publicité.

A propos de l'article 17 du Règlement, la Comco apporte les observations suivantes:

- l'alinéa 1 de cette disposition devrait amener la Direction de la santé publique et des affaires sociales à analyser toutes les professions soumises à autorisation (cf. art. 1 du Règlement) et à déterminer celles qui pourraient bénéficier d'une plus grande marge de manœuvre dans la pratique de la publicité. Il serait ainsi possible de libéraliser plus largement les professions de la santé qui mettent sur le marché essentiellement des produits indirectement liés à une maladie (p. ex. opticiens, hygiénistes et techniciens dentaires);
 - l'alinéa 2 limite la publicité aux faits objectifs et utiles pour le public, sauf si elle contient des affirmations sur les résultats thérapeutiques ou des comparaisons avec les soins fournis par d'autres professionnels de la santé. Dans la mesure où la publicité trompeuse ou mensongère est déjà réprimée par la LCD et que les professionnels de la santé sont aussi soumis au secret médical, les dérapages que pourrait engendrer une publicité dans le domaine de la santé sont déjà suffisamment punissables. Vouloir introduire de nouvelles limitations de la publicité risque de freiner l'innovation, de renchérir les services et surtout de maintenir l'asymétrie de l'information;
 - l'alinéa 2, 2ème phrase, fait référence à la formule de "publicité à caractère purement commercial". Existerait-il une forme de publicité non ou partiellement commerciale? En raison de l'imprécision de cette formule et de la confusion qu'elle peut engendrer avec la définition de l'alinéa 4, il serait souhaitable de supprimer cette phrase;
 - au regard de l'alinéa 2, 2ème phrase, la publicité sur les prix et certains éléments liés à la qualité (p.ex. infrastructure à disposition, matériel ou techniques utilisés) devrait être possible dans la mesure où ils constituent des informations objectives et utiles au public;
 - l'alinéa 3, 1ère phrase, interdit la publicité trompeuse, tapageuse ou excessive. Cet alinéa est superflu dans la mesure où la publicité trompeuse est aussi régie par la LCD. S'agissant de la publicité tapageuse ou excessive, elle sera immédiatement punie par les mécanismes du marché. En effet, si ce type de publicité ne correspond pas aux attentes des patients, les fournisseurs de soins et les institutions de santé qui s'y adonnent ne seront pas consultés;
-

- l'alinéa 3, 2ème phrase, interdit aux personnes pratiquant à titre dépendant une profession de la santé de faire de la publicité. A notre avis, ces personnes devraient être soumises aux mêmes dispositions que les professionnels "indépendants". Les relations employeurs-employés doivent être réglées par le droit du travail.

Les articles 89 s. du Règlement reprennent largement la formulation des articles 17 s. Par conséquent, il serait préférable d'unifier les règles sur la publicité au sein des seuls articles 17 s. Un renvoi similaire à celui de l'article 106 LS devrait être suffisant. Pour le reste, les remarques concernant l'article 17 du Règlement sont également valables pour l'article 89.

En résumé: en tenant compte de l'interdiction de principe contenue dans la loi fribourgeoise sur la santé et des remarques formulées ci-dessus, il serait envisageable d'introduire dans le Règlement un nouvel alinéa prévoyant que "la publicité des professionnels de la santé et des institutions de santé n'est permise que dans les limites du droit fédéral et du respect du secret professionnel".

6. Les préavis de la Commission de la concurrence

Par ces motifs et se basant sur l'article 46 alinéa 2 LCart, la Commission de la concurrence recommande au Conseil d'Etat fribourgeois de:

- modifier, lors d'une prochaine révision législative, l'article 91 LS dans le sens d'une plus grande libéralisation de la publicité pour les professionnels de la santé et les institutions de santé;
 - interpréter de façon large les dispositions du Règlement permettant aux professionnels de la santé et aux institutions de santé de faire de la publicité;
 - supprimer l'alinéa 1 de l'article 17 du Règlement dans la mesure où il ne fait que répéter l'article 91 alinéa 3 LS;
 - supprimer les alinéas 2 et 3 de l'article 17 du Règlement et d'introduire un nouvel alinéa prévoyant que "la publicité des professionnels de la santé et des institutions de santé n'est permise que dans les limites du droit fédéral et du respect du secret professionnel";
 - remplacer les articles 89 s. du Règlement par un renvoi aux articles 17 s. dudit Règlement.
-

B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
Commission de recours pour les questions de
concurrence
Commissione di ricorso in materia di concorrenza

B 3	1. Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc.
-----	--

Décision sur recours du 4 juillet contre la Commission de la concurrence (décision du 21 décembre 1998) en matière de concentration d'entreprises (sanctions administratives)

Vu les faits suivants:

A. Le 23 mai 1997, les entreprises Rhône-Poulenc S.A. et Merck & Co. Inc. ont conclu un accord portant sur le regroupement d'une partie de leurs activités (santé animale et génétique avicole) au sein d'une nouvelle entreprise commune du nom de Merial, domiciliée à Londres.

Les entreprises prénommées ont notifié l'opération Merial au Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le Secrétariat) en date du 8 juillet 1997. Elles précisaient notamment qu'elles souhaitent réaliser ladite opération au 1er août 1997.

Le Secrétariat a estimé que la notification était incomplète s'agissant notamment de la définition des marchés de produits en question et des indications ou des estimations sur les parts de marché en Suisse des entreprises participantes; il a demandé dans des courriers successifs des informations complémentaires aux prénommées. Le 5 août 1997, le Secrétariat a estimé que la notification était complète et a fixé le point de départ du délai d'un mois pour l'ouverture de la procédure d'examen au 1er août 1997.

Le 1er août 1997, Rhône-Poulenc S.A. et Merck & Co. Inc. ont réalisé l'opération de concentration.

Dans sa prise de position du 18 août 1997, la Commission de la concurrence a conclu, à l'issue de l'examen préalable, que la concentration ne créerait ni ne renforcerait une position dominante dans les marchés des parasitocides et de la génétique avicole.

Le Secrétariat a informé Rhône-Poulenc S.A. et Merck & Co. Inc. le 1er octobre 1997 qu'une procédure de sanction administrative avait été ouverte contre elles. Suite à la prise de position des entreprises prénommées le 16 octobre 1997 sur ladite procédure, la Commission de la concurrence leur a soumis son projet de décision, le 16 décembre 1997, dans lequel une sanction de CHF 100'000.-- a été fixée à la charge de chacune des sociétés. Ces dernières ont communiqué, en date du 22 janvier 1998, leurs observations au Secrétariat.

B. Par décision du 16 février 1998, notifiée le 24 mars 1998, la Commission de la concurrence a astreint les sociétés Rhône-Poulenc S.A. et Merck & Co. Inc. au paiement d'une somme de CHF 60'000.-- chacune pour avoir contrevenu à l'interdiction provisoire de réaliser l'opération de concentration pendant le délai d'un mois prévu par la législation applicable. Elle estime en substance qu'un état de fait qui s'est réalisé à l'étranger peut produire des effets en Suisse sans que l'entreprise soit nécessairement présente physiquement en Suisse. Dans le cadre du contrôle des concentrations, cet effet est donné, selon la Commission de la concurrence, dès qu'au moins deux des entreprises ont réalisé en Suisse chacune un chiffre d'affaires de CHF [...]. Elle précise que cette interprétation se justifie du moment qu'une disposition de l'avant-projet de la loi, qui aurait permis une interprétation contraire, a été supprimée par les Chambres fédérales. S'agissant de la pratique des autorités allemandes dans ce domaine, la Commission de la concurrence estime que la comparaison n'est pas pertinente étant donné que les dispositions légales ne sont pas exactement les mêmes. Elle estime que les conditions pour astreindre les entreprises en cause à une sanction administrative sont réalisées. Au sujet de l'importance des entreprises participantes, elle s'appuie sur les chiffres d'affaires mondiaux réalisés par les parties. S'agissant de la faute, elle se réfère aux travaux préparatoires desquels il ressort clairement, selon elle, que le législateur n'entendait pas faire intervenir cette notion dans l'appréciation du montant de la sanction.

Les sociétés Rhône-Poulenc S.A. et Merck & Co. Inc. ont recouru en date du 5 mai 1998 contre cette décision auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence en concluant principalement à son annulation et subsidiairement à la réduction des amendes infligées.

Par courrier du 15 octobre 1998, les recourantes ont attiré l'attention de la Commission de recours pour les questions de concurrence sur la nouvelle pratique de l'autorité intimée en matière de sanctions administratives. Selon cette nouvelle pratique, la détermination de l'importance des entreprises dépend de leur chiffre d'affaires annuel réalisé en Suisse. Elles soutiennent qu'il s'agit d'un revirement important affectant leur affaire, l'autorité intimée s'étant fondée sur le chiffre d'affaires international dans la décision attaquée.

Le 21 décembre 1998, la Commission de la concurrence a décidé, en remplacement du chiffre un de sa décision du 16 février 1998, de réduire les amendes fixées à respectivement CHF 23'625.-- pour Rhône-Poulenc S.A. et CHF 11'625.-- pour Merck & Co. Inc.

C. Par écritures du 28 janvier 1999, Rhône-Poulenc S.A. et Merck & Co. Inc. ont estimé qu'il est douteux que la Commission de la concurrence ait été habilitée à rendre une nouvelle décision. S'agissant des amendements apportés par la décision du 21 décembre 1998, elles

soutiennent qu'ils n'ont pas rendu le recours sans objet car les conclusions de leur mémoire tendent à l'annulation pure et simple de la décision du 16 février 1998 et des sanctions imposées. Elles demandent à la Commission de céans de continuer à traiter le recours qu'elles ont introduit le 5 mai 1998.

Par décision du 29 avril 1999, la Commission de recours pour les questions de concurrence a déclaré le recours du 5 mai 1998 sans objet et radié l'affaire du rôle. Elle a estimé que l'autorité intimée avait procédé à un réexamen de la décision attaquée et qu'au vu de l'ampleur de la réduction, elle avait rendu une nouvelle décision.

Le 7 juin 1999, la Commission de recours pour les questions de concurrence a informé les recourantes que leur courrier du 28 janvier 1999 était considéré comme un recours et leur a demandé de préciser leurs conclusions et motifs.

Par mémoire complémentaire du 28 juin 1999, les recourantes ont complété leurs écritures du 28 janvier 1999 et ont précisé leurs conclusions de la manière suivante:

Principalement:

1. Annuler la décision du 21 décembre 1998 rendue par la Commission fédérale de la concurrence dans la procédure de sanction administrative ouverte contre les recourantes.
2. Libérer chacune des recourantes de toute sanction.
3. Condamner la Commission fédérale de la concurrence en tous les dépens, lesquels comprendront une équitable participation aux honoraires d'avocat des recourantes.

Subsidiairement:

1. Réduire l'amende infligée à chacune des recourantes par la Commission fédérale de la concurrence dans sa décision du 21 décembre 1998.
2. Condamner la Commission fédérale de la concurrence en tous les dépens, lesquels comprendront une équitable participation aux honoraires d'avocat des recourantes.

Les recourantes se plaignent d'avoir été l'objet de formalisme excessif de la part de l'autorité intimée qui leur aurait demandé à plusieurs reprises des pièces justificatives qui figuraient selon elles dans le dossier accompagnant la notification.

Elles allèguent ensuite que c'est dans le doute de l'application du droit suisse qu'elles ont notifié l'opération de concentration alors même qu'aucune des entreprises participantes n'a son siège en Suisse et que

l'opération n'a donné lieu à aucune modification structurelle sur le marché suisse. Elles soutiennent que la suppression d'une des dispositions de l'avant-projet de la loi sur les cartels, visant à soustraire au régime de l'autorisation une concentration dont toutes les entreprises participantes ont leur siège à l'étranger et qui n'ont aucun lien avec une entreprise en Suisse, avait pour but de laisser une plus grande marge de manœuvre aux autorités suisses et non pas de faire l'impasse sur le principe dit des "effets". En matière de concentration, les recourantes soulignent qu'il ne suffit pas que les seuils prévus par la législation sur la notification des opérations de concentration soient atteints pour en conclure un effet extraterritorial sur le marché suisse. Selon elles, la volonté du législateur est claire, la loi n'est applicable à une concentration à l'étranger que dans l'hypothèse où elle entraîne des modifications structurelles sur le marché suisse. Elles relèvent qu'en l'espèce "les effets" sur le marché suisse résultent uniquement des ventes de produits non concurrents, ce qui ne suffit pas à leurs yeux pour engendrer un effet qualifié sur ce même marché. Elles ajoutent à ce sujet qu'il est surprenant que l'autorité intimée n'ait pas jugé utile d'esquisser des règles d'interprétation de l'application ratione loci de la disposition topique.

Les recourantes contestent également l'interprétation donnée par l'autorité intimée de leur référence au droit allemand. Elles relèvent avoir cité la pratique des autorités allemandes dans le contexte de la réalisation d'une opération de concentration et non pas en relation avec l'obligation de notifier. Elles précisent que, selon la pratique allemande, aucune sanction ne leur aurait été infligée. Elles constatent que l'amalgame fait par l'autorité intimée permet à celle-ci de limiter son examen à la question de la notification et, dans l'affirmative, retenir sans autre examen que la réalisation de l'opération est interdite sur quelque marché que ce soit.

Au sujet des conditions d'application de la sanction administrative, les recourantes observent de façon générale que le silence du législateur quant à la notion de faute ne signifie pas qu'il entendait sanctionner les entreprises indépendamment de toute faute. Elles soutiennent que la décision litigieuse ne tient pas compte de la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle c'est surtout en fonction de la gravité de la sanction qu'une poursuite sera considérée comme pénale, quelle que soit la qualification conférée par le droit interne. Elles sont d'avis que la sanction qui leur a été infligée est de caractère pénal et non administratif. Elles estiment qu'en l'absence de faute de leur part - elles soulignent avoir pris toutes les précautions nécessaires en suspendant leurs ventes vers la Suisse à partir du 1er août 1997 - il ne saurait donc être question d'une sanction. S'agissant des autres conditions, obligation de notifier, violation de l'interdiction de réalisation provisoire, elles affirment qu'elles ne sont pas réunies en l'espèce.

D. Dans sa réplique du 5 août 1999, la Commission de la concurrence conclut au rejet du recours. Pour autant que cela soit utile à l'issue de la procédure, elle demande qu'une mesure d'instruction soit ouverte s'agissant des allégations des recourantes sur la suspension de leurs ventes vers la Suisse dès le 1er août 1997. Elle soutient que la notification effectuée par les recourantes en date du 8 juillet 1997 était tardive. Elle souligne à ce sujet que les recourantes devaient savoir qu'en notifiant à cette date, le délai d'un mois prévu par la loi pour l'ouverture de la procédure d'examen expirerait au plus tôt le 11 août 1997.

L'autorité intimée affirme qu'il est faux de prétendre qu'elle a procédé avec formalisme excessif dans la mesure où la notification des recourantes était incomplète sur plusieurs points essentiels. Dans le cadre d'un contrôle préventif des concentrations, elle souligne qu'il n'est pas nécessaire d'examiner si une opération de concentration a une influence concrète sur le marché, un effet potentiel étant suffisant. Elle relève également que l'existence ou non d'un changement structurel sur le marché suite à une concentration n'est connue que suite à un examen et non pas dans le cadre d'un examen préalable, au risque sinon de nier l'existence du contrôle préventif. Au sujet de l'intensité de l'effet, l'autorité intimée allègue que dans la présente affaire il doit être qualifié d'important en ce sens que les entreprises participantes réalisent un chiffre d'affaires important en Suisse et qu'elles possèdent toutes deux des établissements en Suisse. Elle soutient, quant à la notion de faute, qu'il ne serait pas adéquat de la prendre en considération dans l'appréciation de la proportionnalité de la sanction pénale: il s'agit d'un élément trop flou dont la détermination se heurterait à des difficultés disproportionnées ne permettant alors plus un contrôle préventif des concentrations.

E. Par courrier du 7 septembre 1999, les recourantes ont renoncé à un deuxième échange d'écritures.

Le 22 juin 2000, la Commission pour les questions de concurrence a informé les recourantes qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner des débats publics, le litige en cause ne constituant pas une contestation sur des droits et des obligations de caractère civil au sens de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

Considérant en droit:

1. Une première décision de la Commission de la concurrence, rendue le 16 février 1998 et notifiée le 24 mars 1998, mettait à la charge des recourantes, en application de l'article 51 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi

sur les cartels, LCart; RS 251) un montant de CHF 60'000.-- chacune pour infraction à l'article 32 alinéa 2 de la loi sur les cartels. Cette décision a été attaquée par recours du 5 mai 1998.

Le 21 décembre 1998, la Commission de la concurrence a reconsidéré partiellement sa décision, réduisant les montants mis à la charge des recourantes à CHF 23'625.-- pour Rhône-Poulenc S.A. et CHF 11'625.-- pour Merck & Co. Inc. Par lettre du 25 janvier 1999, les recourantes estiment douteux que la Commission de la concurrence ait été habilitée à rendre une nouvelle décision et demandent à la Commission de céans de poursuivre l'instruction du recours.

Par décision du 29 avril 1999, la Commission de céans a radié du rôle le recours du 5 mai 1998 et décidé que "[...] la lettre des recourantes du 28 janvier 1999 [...] doit être considérée comme un recours contre la nouvelle décision du 21 décembre 1998".

L'acte attaqué du 21 décembre 1998 constitue une décision au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021; art. 5 al. 1, let. a). Comme telle, elle est susceptible de recours auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence (art. 44 LCart et art. 44 ss. et 71a ss. PA en relation avec les art. 20 ss. de l'ordonnance du 3 février 1993 concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage [RS 173.31]).

En matière de sanctions administratives, l'article 53 de la loi sur les cartels dispose que les cas d'inobservation qu'énumère la section 6 de la loi sont instruits par le secrétariat, d'entente avec un membre de la présidence. La commission statue (al. 1). Les décisions de la commission peuvent faire l'objet d'un recours à la Commission de recours pour les questions de concurrence (al. 2).

Les recourantes sont touchées par la décision attaquée et ont un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée; elles ont donc qualité pour recourir (art. 48 let. a PA). Leur mandataire a justifié de ses pouvoirs (art. 11 al. 2 PA). Les exigences relatives au délai de recours (art. 50 PA) ainsi qu'au contenu et à la forme du mémoire de recours (art. 52 PA) sont satisfaites. L'avance de frais a été versée dans les délais (art. 63 al. 4 PA) et les autres conditions de recevabilité sont remplies (art. 44 ss. PA).

2. La Commission de la concurrence a infligé des sanctions s'élevant à CHF 23'625.-- à Rhône-Poulenc S.A. et à CHF 11'625.-- à Merck & Co. Inc. pour avoir contrevenu à l'interdiction provisoire de réaliser l'opération de concentration Merial. Il s'agit de dire si ces sanctions sont fondées en droit.

La première question est de savoir si la loi sur les cartels est applicable en l'espèce. Si oui, il faudra examiner s'il y a eu contravention à l'interdiction provisoire prévue à l'article 32 alinéa 2 de la loi sur les car-

tels. Ensuite si les sanctions sont justifiées (grief de formalisme excessif et rôle de la faute notamment). Enfin, s'il y a adéquation des montants fixés à la contravention.

3. La loi sur les cartels a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions de la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1).

Aux termes de l'article 2 de la loi sur les cartels, la loi s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (al. 1). Elle est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (al. 2).

La loi sur les cartels entend par concentrations d'entreprises: a) la fusion de deux ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes les unes des autres; b) toute opération par laquelle une ou plusieurs entreprises acquièrent, notamment par la prise de participation au capital ou la conclusion d'un contrat, le contrôle direct ou indirect d'une ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes ou d'une partie de celles-ci (art. 4 al. 3).

4. Qu'il y ait eu, en l'espèce, "concentration d'entreprises" n'est ni contesté, ni contestable. L'opération ayant eu lieu à l'étranger, les avis divergent en revanche sur la notion "d'états de fait qui déploient leurs effets en Suisse".

Pour la Commission de la concurrence, la loi sur les cartels est applicable, en matière de contrôle des concentrations d'entreprises, du seul fait que les conditions de son article 9 sont réunies. Toute opération de concentration atteignant les seuils établis par cette disposition est soumise à l'obligation de notification. Le projet de décision du 16 décembre 1997 expose que "l'exercice d'activités économiques en Suisse tel que la vente, par des entreprises situées à l'étranger, suffit déjà à la reconnaissance d'un effet en Suisse et à l'applicabilité ratione loci de la loi sur les cartels".

Dans sa décision du 16 février 1998, la Commission de la concurrence fait sienne cette interprétation, indiquant que "l'effet est donné dès lors que deux au moins des entreprises ont réalisé en Suisse chacune un chiffre d'affaires de CHF [...]". Elle cite à l'appui de sa thèse le message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 (Message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence; FF 1995 I, p. 472 ss; ci-après: message) et le commentaire HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY (Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997) à l'article 2 de la loi. Elle estime que la suppression, par les Chambres fédérales, de l'article 9 alinéa 4 figurant dans

l'avant-projet de loi renforce sa thèse. Cette disposition prévoyait qu'une concentration n'était pas soumise au régime de l'autorisation lorsque les entreprises participantes ont leur siège à l'étranger et ne sont pas affiliées à une entreprise ayant son siège en Suisse, ni ne disposent d'un établissement en Suisse. En la biffant, les Chambres fédérales ont "avalisé le fait que des entreprises, dont les chiffres d'affaires atteignent les seuils de l'article 9 de la loi sur les cartels, ont le devoir de notifier, même si elles n'ont pas de présence physique en Suisse. La Commission de la concurrence ne peut qu'en prendre acte". Elle estime que, dans l'optique du contrôle préventif des concentrations, il n'est pas nécessaire qu'un effet en Suisse existe concrètement. Il suffit qu'il puisse potentiellement exister. Exiger l'examen, à ce stade de la présence ou de l'absence de changements structurels, reviendrait à nier l'essence d'un contrôle de nature préventive.

Pour les recourantes, il est douteux que la loi sur les cartels soit applicable en l'espèce et, donc, que l'opération Merial ait été soumise à notification en Suisse. Elles estiment qu'en matière de concentrations le terme "effets" de l'article 2 alinéa 2 de la loi sur les cartels ne peut concerner que des modifications de nature structurelle. Or, en l'espèce, aucune des entreprises participant à la concentration n'a son siège en Suisse et l'opération Merial n'a donné lieu à aucune modification de nature structurelle en Suisse. Les seuls effets sur le marché suisse résultent des ventes de produits non concurrents effectuées en Suisse. Le fait de vendre est un comportement et n'engendre en rien une modification de nature structurelle. De plus, une interprétation large du terme "effets" conduit à méconnaître les limites imposées par le droit international public (principes généraux de non-ingérence dans les affaires d'Etats étrangers et de courtoisie internationale).

5. Les chapitres 2 de la loi sur les cartels, consacré au droit matériel, et 4, qui traite de la procédure administrative, doivent être lus à la lumière du chapitre 1 qui arrête les dispositions générales de la loi. L'examen du cas d'espèce doit se faire d'abord au regard du but et du champ d'application de la loi.

La loi sur les cartels vise à empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et à promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1). Cette définition du but reprend l'objectif inscrit à l'article 96 alinéa 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst., RS 101, anciennement art. 31bis al. 3, lettre d) qui autorise le législateur à édicter des dispositions "afin de lutter contre les conséquences sociales et économiques dommageables des cartels et des autres formes de limitation de la concurrence". La Confédération n'a que la tâche de lutter contre les conséquences nuisibles des cartels et groupements analogues (Commentaire de la Constitution fédérale suisse du 29 mai 1874, R. RHINOW,

vol. II, art. 31bis, ch. 189). Le message du Conseil fédéral concernant la loi sur les cartels précise que la législation suisse en matière de concurrence "n'a pas à poursuivre des objectifs quelconques, mais est tenue de lutter contre les conséquences économiques ou sociales nuisibles des cartels et organisations analogues" (FF, op. cit., p. 503). Plus loin: "... le seuil d'intervention des normes du droit de la concurrence à édicter est l'effet économiquement ou socialement nuisible" (FF, op. cit., p. 504).

En matière de concentrations d'entreprises "l'institution d'un instrument de contrôle doit donner aux autorités en matière de concurrence la possibilité d'identifier à temps les modifications de structure du marché qui menacent la concurrence de façon à intervenir si nécessaire, c'est-à-dire lorsque la concentration risque réellement de supprimer la concurrence efficace" (FF, op. cit., p. 521; dans ce sens: ROLF WALTER/URS LEHMANN, Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im neuen Kartellgesetz, PJA 7/96, p. 855 ss.; PIERRE MERCIER/OLIVIER MACH/HUBERT GILLIÉRON/SIMON AFFOLTER, Grands principes du droit de la concurrence, Droit communautaire - Droit suisse, Dossiers de droit européen, Bâle et Genève 1999, p. 659).

S'agissant de la compétence territoriale, la loi dispose qu'elle "est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger" (art. 2 al. 2 LCart). La loi sur les cartels reprend la théorie de l'effet que connaissait déjà la législation antérieure et qu'applique le droit communautaire (message, p. 535; MERCIER/MACH/GILLIÉRON/AFFOLTER, op. cit. p. 634; JENS IVAR DROLSHAMMER, Wettbewerbsrecht, Berne 1997, p. 28; FELIX J. DASSER, Neue Tendenzen im internationalen Kartellprivatrecht der Schweiz, PJA 8/96, p. 950 ss., entre autres; voir également la décision du 25 mars 1999 du Tribunal de première instance des Communautés européennes dans l'affaire Gencor contre la Commission des Communautés européennes [no T-102/96]).

La Commission de la concurrence ne peut être suivie lorsqu'elle affirme que, l'examen préalable ayant un caractère préventif, cela permet de renvoyer le contrôle de ce point, le cas échéant, à la phase ultérieure de la procédure. Tant l'application de l'article 9 de la loi sur les cartels que celle de l'article 10 présupposent que les conditions fixées au chapitre 1 de la loi sont remplies.

Selon la théorie de l'effet, le droit suisse de la concurrence est applicable dès lors qu'une restriction de la concurrence produit ses effets sur le marché suisse. Ces effets doivent être immédiats, afin que l'application de la loi reste contrôlable et prévisible (JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zurich 1998, p. 106; ROLF BÄR, Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, in: ROLAND VON BÜREN/THOMAS COTTIER, Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Berne 1997,

p. 92). Ces effets doivent être réellement perceptibles, afin d'éviter l'ouverture de procédures dans les cas où aucun effet ne se fait concrètement sentir en Suisse (Borer, op. cit., p. 106).

Ce qui précède s'applique en principe également aux concentrations d'entreprises (BORER, op. cit., p. 108), tant à l'article 9 qu'à l'article 10 de la loi sur les cartels: la systématique de la loi le commande. Le critère légal reposant sur des chiffres d'affaires minimums - prévu à l'article 9 alinéa 1 de la loi sur les cartels - ne peut conduire à fonder une compétence territoriale propre à cette disposition: la volonté du législateur est ici de ne soumettre à l'obligation de notifier que "les entreprises qui, en raison du niveau de leur chiffre d'affaires, sont en mesure d'influencer de manière sensible la concurrence" (FF, op. cit., p. 572).

La Commission de la concurrence estime par ailleurs que le seul fait de vendre des produits en Suisse suffit à "la reconnaissance d'un effet en Suisse et à l'applicabilité *ratione loci* de la loi sur les cartels". Elle ne peut être suivie sur ce point pour deux raisons. D'abord, la seule vente de produits en Suisse par des entreprises sises à l'étranger n'est pas une conséquence nuisible d'ordre économique ou social que la loi sur les cartels a pour but d'empêcher. Ensuite, une application conséquente de cette opinion devrait conduire la Commission de la concurrence à exiger la notification de nombreuses grandes concentrations étrangères dont les produits des entreprises concernées sont vendus en Suisse, ce qu'elle n'est ni à même de faire, ni en mesure d'imposer en cas de refus opposé par les intéressés.

Certes, le premier examen auquel se livre la Commission de la concurrence est-il "préalable". Il a pour objectif de permettre à la Commission de procéder à un examen de la concentration ou d'y renoncer. Ce premier examen est moins approfondi et plus formel que le second. En outre, le contrôle est préventif, visant donc à empêcher que ne se produisent les conséquences nuisibles que la loi veut combattre.

Cela ne signifie pour autant pas que la loi soit applicable en l'absence de tout effet concret ou potentiel. La démonstration de l'existence ou de la vraisemblance d'un tel effet doit être faite préalablement à tout autre examen.

Que l'article 9 alinéa 4 du projet de la loi sur les cartels ait été supprimé par les Chambres fédérales n'infirmes pas ce qui précède. En le biffant, le Parlement n'a pas eu pour intention de décréter que toutes les entreprises atteignant les valeurs-seuils de l'article 9 alinéa 1 de la loi sur les cartels devaient - de ce seul fait - notifier une concentration opérée à l'étranger. Le message voyait dans cette disposition une règle de conflit spéciale limitant "en quelque sorte l'application du principe de l'effet produit", l'application du droit suisse de la concurrence ne se justifiant guère si la mise en œuvre de décisions promet de se heurter à la réalité ou n'est possible qu'au prix de difficultés disproportionnées

(FF, op. cit., p. 575). La suppression de cette disposition ne conduit qu'à une seule conclusion: les concentrations faites à l'étranger doivent être traitées comme les autres, c'est-à-dire que l'autorité devra "ordonner les mesures qui s'imposent lorsqu'il est prévisible que la concentration conduira à la suppression de la concurrence efficace" (FF, op. cit., p. 576).

En conclusion, il ressort du dossier que la décision attaquée du 21 décembre 1998 considérée par la Commission de la concurrence comme une "reconsidération partielle de la décision du 16 février 1998" n'a pas abordé la question de l'application de la loi sur les cartels au cas d'espèce. Celle du 16 février 1998 se limite, sur ce point, à affirmer que "l'exercice d'activités économiques en Suisse, tel que la vente, par des entreprises situées à l'étranger suffit déjà à entraîner l'applicabilité *ratione loci* de la loi sur les cartels".

De l'avis de l'autorité de recours, l'application de l'article 9 de la loi sur les cartels - disposition du droit matériel - requiert la référence au chapitre premier contenant les dispositions générales de la loi et notamment l'examen et la résolution de la question des effets en Suisse. Ces effets - concrets ou potentiels - doivent être en mesure d'influencer de manière sensible la concurrence.

Rien ne permet de conclure que tel soit le cas en l'espèce. Le recours doit dès lors être admis et la décision attaquée annulée pour ce seul motif.

Il n'y a dès lors pas lieu de prendre de nouvelles mesures d'instruction ni d'examiner s'il y a eu contravention à l'interdiction provisoire prévue à l'article 32 alinéa 2 de la loi sur les cartels, si, le cas échéant, des sanctions sont justifiées et s'il y a adéquation des montants fixés à la contravention.

6. Vu l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu de percevoir des frais de justice (art. 63 PA et art. 4a de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative [RS 172.041.0]); l'avance de frais doit donc être restituée.

Cette procédure ayant occasionné aux recourantes des frais indispensables et relativement élevés, il y a lieu de leur allouer des dépens (art. 64 PA en relation avec l'art. 8 de l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative). Le mandataire n'ayant pas communiqué de note, les dépens seront fixés d'office et selon la libre appréciation de l'autorité de recours (art. 8 al. 1, 3 et 4 de l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative).

Par ces motifs, la Commission de recours DFE:

1. Admet le recours et annule la décision du 21 décembre 1998 de la Commission de la concurrence.
 2. [Frais de procédure]
-

3. [Indemnité globale]
4. [Voie du recours]
5. [Notification]

B 3	2. BKW FMB Energie AG
-----	------------------------------

Abschreibungsverfügung vom 3. November 2000 in Sachen BKW FMB Energie AG (Beschwerde vom 13. Juli 1999) gegen die Wettbewerbskommission betreffend Untersuchung

wird nach Einsicht in:

- das Schreiben der Wettbewerbskommission vom 13. Juli 1999 betreffend Eröffnung einer kartellgesetzlichen Untersuchung gegen die BKW FMB Energie AG (BKW);
- die dagegen von der BKW (Beschwerdeführerin) eingereichte Verwaltungsbeschwerde vom 13. Juli 1999 und die ergänzende Beschwerdeschrift vom 24. August 1999;
- die Vernehmlassung der Wettbewerbskommission vom 6. September 1999;
- die Replik der Beschwerdeführerin vom 28. Oktober 1999;
- die darauf Bezug nehmende Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 26. November 1999;
- die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Februar 2000;
- die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 7. Februar 2000 (inkl. Kostennote) sowie
- die übrigen sich bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen befindlichen Akten

und in Erwägung:

dass am 13. Juli 1999 das Sekretariat der Wettbewerbskommission gegen die Beschwerdeführerin eine Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) eröffnete;

dass Gegenstand der Untersuchung die Frage bildete, ob die Weigerung der Beschwerdeführerin, elektrischen Strom der Elektrizitätsgesellschaft Laufenburg AG (EGL) gegen Entgelt über ihr Leitungsnetz zur Betriebsstätte der UMS Schweizerische Metallwerke AG (Swissmetal) in Reconvilier/BE zu leiten, eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens darstelle (vgl. Art. 7 KG);

dass die Beschwerdeführerin gegen das Schreiben der Wettbewerbskommission betreffend die Eröffnung der Untersuchung am 13.

Juli (bzw. 24. August) 1999 bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Beschwerde einreichte;

dass die Beschwerdeführerin darin zur Hauptsache beantragt, die Zwischenverfügung vom 13. Juli 1999 sei aufzuheben, und es sei festzustellen, dass die Wettbewerbskommission nicht zuständig sei, über die Frage der Rechtmässigkeit der Verweigerung der Stromdurchleitung über ihr Netz zu entscheiden, sowie die eingeleitete Untersuchung sei einzustellen;

dass die Beschwerdeführerin mit der Swissmetal am 17. Dezember 1999 einen neuen Stromlieferungsvertrag für die vollständige Versorgung der Betriebsstätte in Reconvilier abgeschlossen hat;

dass im Anschluss daran die Swissmetal und die EGL den Unterbeteiligungs-Vertrag vom 19. Oktober 1998 per 31. Dezember 1999 aufgelöst haben;

dass daraufhin die Wettbewerbskommission mit Verfügung vom 7. Februar 2000 die Untersuchung gegen die Beschwerdeführerin - als gegenstandslos geworden - eingestellt hat;

dass dadurch das am 13. Juli 1999 vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen eingeleitete Beschwerdeverfahren ebenfalls gegenstandslos geworden ist und dementsprechend abzuschreiben ist;

dass die unterliegende Partei in der Regel die Verfahrenskosten zu tragen hat (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und der ganz oder teilweise obsiegenden Partei eine Parteientschädigung zugesprochen werden kann (Art. 64 Abs. 1 VwVG);

dass bei einer Abschreibung des Verfahrens infolge Gegenstandslosigkeit - wenn wie hier der mutmassliche Ausgang des Prozesses nicht ohne weiteres feststellbar ist - nach allgemeinen prozessrechtlichen Kriterien diejenige Partei kostenpflichtig wird, welche die Gegenstandslosigkeit veranlasst hat oder bei der die Gründe eingetreten sind, die dazu geführt haben, dass der Prozess gegenstandslos geworden ist (BGE 118 Ia 488 E. 4a; Beschluss des Bundesgerichts vom 1. April 1998 i.S. F. AG E. 2 b aa, 2A.112/1998/kls; vgl. auch THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N. 1 ff. zu Artikel 110, S. 766 ff.);

dass die Swissmetal auf eine Stromversorgung durch die EGL verzichtete, nachdem ihr die Beschwerdeführerin in einem neuen Stromlieferungsvertrag erhebliche Preiszugeständnisse gewährt hatte;

dass die Weigerung der Beschwerdeführerin, billigeren Strom einer andern Elektrizitätsgesellschaft durch ihr Stromnetz zur Betriebsstätte der Swissmetal in Reconvilier zu leiten, Gegenstand der Untersuchung bildete;

dass das Interesse der Swissmetal an der materiellen Beurteilung ihres Antrags auf Durchleitung von Fremdstrom durch das Leitungsnetz der Beschwerdeführerin infolge einer marktgerechten Offerte zum Bezug von BKW-Strom nun nachträglich weggefallen ist;

dass insofern das Verhalten der Beschwerdeführerin für das Gegenstandsloswerden des Untersuchungs- wie auch des vorliegenden Beschwerdeverfahrens kausal ist;

dass somit die Beschwerdeführerin grundsätzlich kostenpflichtig wird;

dass jedoch für das vorliegende Verfahren keine Verfahrenskosten (Spruch- und Schreibgebühren) zu erheben sind, da das Beschwerdeverfahren ohne erheblichen Aufwand für die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen erledigt werden kann (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG);

dass bei solcher Sach- und Rechtslage kein Raum für die Zusprechung einer Parteientschädigung bleibt (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

verfügt:

1. Die Beschwerde wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. [Verfahrenskosten]
3. [Parteientschädigung]
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]

B 3	3. Telekurs Holding AG, Europay (Switzerland) SA, Payserv AG/Erdölvereinigung
-----	--

Beschwerdeentscheid vom 14. Dezember 2000 in Sachen Telekurs Holding AG, Europay (Switzerland) SA, Payserv AG (Beschwerde vom 29. Januar 1999) gegen Erdöl-Vereinigung (Verfügung vom 18. Januar 1999) betreffend Parteientschädigung

hat sich ergeben:

A. Am 24. November 1998 reichte die Erdöl-Vereinigung beim Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Anzeige gegen die Unternehmen der Telekurs-Gruppe - nämlich die Telekurs Holding AG, die Europay (Switzerland) SA sowie die Telekurs Payserv AG - mit folgenden Rechtsbegehren ein:

- "1. Gegen die Telekurs Holding AG und die von ihr beherrschten Gesellschaften Europay (Switzerland) SA und Telekurs Payserv AG sei eine Untersuchung wegen unzulässiger

Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens zu eröffnen.

2. Der Telekurs Holding AG, der Europay (Switzerland) SA und der Telekurs Payserv AG sei zu verbieten, bei Tankstellenbetreibern Gebühren für den bargeldlosen Zahlungsverkehr mittels ec-Karten zu erheben, eventuell seien die von diesen Gesellschaften geplanten Gebühren massiv zu senken.

3. Im Sinne einer vorsorglichen Massnahme seien die durch die Telekurs Holding AG gegenüber den Tankstellenbetreibern ausgesprochenen Kündigungen betreffend die Verträge über das Tanken mit Debitkarten vorsorglich aufzuheben."

In der Begründung machte die Erdöl-Vereinigung im Wesentlichen geltend, die Telekurs-Gruppe dränge mit Kündigungen beziehungsweise Kündigungsdrohungen Tankstellenbetreiber kartellgesetzwidrig zum Abschluss neuer Verträge, in denen diese für alle ec-Direct-Zahlungen beim bargeldlosen Tanken inskünftig mit "Transaktionsgebühren und Kommunikationskosten" belastet werden sollen. Die Telekurs-Gruppe erhebe ihre missbräuchlichen Gebührenforderungen gegenüber den Tankstellenbetreibern in einem Zeitpunkt, in dem das Zahlen mit Debitkarten an der Tankstelle populär geworden sei und daher aus Wettbewerbsgründen diese Zahlungsform für Tankstellenbetreiber unverzichtbar sei.

Die Wettbewerbskommission wies mit Verfügung vom 18. Januar 1999 das Gesuch der Erdöl-Vereinigung um Anordnung vorsorglicher Massnahmen ab (Dispositiv-Ziff. 1). Darin auferlegte sie der Erdöl-Vereinigung Verfahrenskosten (Dispositiv-Ziff. 2). Indessen lehnte sie es ab, den anwaltlich vertretenen Gesuchsgegnerinnen die beantragte Parteientschädigung zuzusprechen (Dispositiv-Ziff. 3) mit der Begründung, weder das anwendbare Verwaltungsverfahren noch das Kartellgesetz sähen für erstinstanzliche nichtstreitige Verwaltungsverfahren einen Anspruch auf Parteientschädigung vor.

B. Dagegen erhoben die Telekurs Holding AG, die Europay (Switzerland) SA sowie die Telekurs Payserv AG (Beschwerdeführerinnen), vertreten durch (...), am 29. Januar 1999 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Darin stellen sie folgende Anträge:

" 1. Dispositiv Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben;

2. Den Beschwerdeführerinnen sei für das Massnahmenverfahren vor der Vorinstanz eine dem tatsächlichen Aufwand für die anwaltliche Vertretung im Betrag von CHF 21'632.-- entsprechende Parteientschädigung zuzusprechen;

3. Eventuell sei die Sache zur Festsetzung der Parteientschädigung an die Vorinstanz zurückzuweisen."

Zur Begründung machen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen geltend, es gehe hier um die noch nicht präjudizierte Grundsatzfrage, ob im Kartellverwaltungsverfahren eine unterliegende Partei der Gegenpartei den Aufwand zu ersetzen habe, welcher aus der Abwehr beantragter vorsorglicher Massnahmen entstanden sei.

Die Wettbewerbskommission verkenne den Unterschied zwischen dem Erlass vorsorglicher Massnahmen von Amtes wegen und auf Antrag hin. Die angefochtene Verfügung sei nicht im unstreitigen Verfahren der Vorabklärung oder Untersuchung ergangen, sondern in einem gesonderten, gesetzlich nicht geregelten streitigen Verfahren. Daher kämen die Grundsätze des unstreitigen Verwaltungsverfahrens betreffend Parteientschädigung nicht zur Anwendung. Da im Kartellverwaltungsverfahren bereits hinsichtlich vorsorglicher Massnahmen eine gesetzliche Grundlage fehle - die Lücke indessen richterrechtlich geschlossen wurde -, sei es sachgerecht, die Frage der Parteientschädigung ebenfalls durch richterliche (bzw. behördliche) Lückenfüllung zu regeln.

C. Am 16. März 1999 nahm die Erdöl-Vereinigung (Beschwerdegegnerin), vertreten durch (...), zur Beschwerde Stellung mit dem Antrag, diese unter solidarischer Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen. Die Beschwerdegegnerin führt an, die gesetzliche Regelung sei klar und schliesse eine Parteientschädigung für das Verfahren vor der Wettbewerbskommission aus. Auch das Vorliegen einer unechten Gesetzeslücke müsse verneint werden, da der Ausschluss einer Parteientschädigung nicht als "geradezu sachlich unhaltbar" angesehen werden könne. Selbst wenn hier eine unechte Lücke angenommen würde, wäre eine Lückenfüllung unzulässig, da sie das Gewaltentrennungsprinzip und insbesondere die verfassungsmässige Zuständigkeitsordnung aus den Angeln heben, dem Rechtsstaatlichkeitsprinzip krass widersprechen und die Rechtssicherheit gefährden würde.

Mit Vernehmlassung vom 18. März 1999 beantragt die Wettbewerbskommission, die Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen und die angefochtene Verfügung zu bestätigen. Mangels gesetzlicher Grundlage dürfe im Verwaltungsverfahren vor der Wettbewerbskommission keine Parteientschädigung gesprochen werden. Denn weder das anwendbare Verwaltungsverfahrensrecht noch das Kartellgesetz sähen eine solche vor. Eine Lückenfüllung komme nicht in Frage, weil ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliege. Auch nach den kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetzen von Zürich und Bern sei ein derartiger Anspruch für erstinstanzliche Verwaltungsverfahren nicht vorgesehen. Ferner werde nach herrschender Meinung in erstinstanzlichen Verfahren auch kein bundesverfassungsrechtlicher Anspruch auf Parteientschädigung aner-

kannt. Eine Auferlegung von Parteientschädigungen würde dem Wesen des Verfahrens vor der Wettbewerbskommission widersprechen. Die Regelung, wonach "Angreifer" und Denunzianten im erstinstanzlichen Verfahren vor der Wettbewerbskommission grundsätzlich keine Parteikosten zu übernehmen haben, sei ein unerlässliches Mittel, um Kenntnis von allfälligen Wettbewerbsbehinderungen zu erhalten. Müssten "Angreifer" und Denunzianten befürchten, Parteientschädigungen in einem von ihnen veranlassten Verfahren nach zivilprozessualen Regeln tragen zu müssen, wäre die Wettbewerbskommission einer ihrer wichtigsten Informationsquellen beraubt. Ferner komme einem Parteienantrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht die Bedeutung eines zivilrechtlichen Antrages zu. Jener bewirke lediglich, dass die Wettbewerbskommission von Amtes wegen gestützt auf die entsprechenden Informationen das Ergreifen kartellrechtlicher Massnahmen prüften und abklären, ob die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen erfüllt sind. Daher bestehe auch kein kontradiktorisches Verfahren mit sich gegenüberstehenden Antragsstellern und Antragsgegnern, welche eine unterschiedliche Behandlung hinsichtlich einer allfälligen Parteientschädigung rechtfertigen würde. Das ordentliche Untersuchungsverfahren wie auch das summarische Verfahren beim Erlass vorsorglicher Massnahmen seien keine Parteienstreitigkeiten sondern nichtstreitiger Natur; insofern diene die Einladung der betroffenen Unternehmen zur Stellungnahme der Wahrung ihres Anspruches auf rechtliches Gehör. Schliesslich räumt die Vorinstanz ein, dass - selbst wenn eine Lückenfüllung zu bejahen wäre - hier die Voraussetzungen für die Zusprechung einer Parteientschädigung nicht erfüllt seien, weil keine ersatzfähigen und notwendigen Parteikosten angefallen seien.

D. Mit Schreiben vom 18. August 1999 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Parteien mit, dass eine öffentliche und mündliche Verhandlung nicht vorgesehen sei.

Auf die einzelnen Vorbringen der Parteien wird, soweit sie für den Entscheid erheblich erscheinen, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und ob auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist (vgl. BGE 120 Ib 97 E. 1; REKO/WEF 97/FB-005 E. 1, publiziert in: Recht und Politik des Wettbewerbs, RPW 1997/4, S. 602 ff. mit weiteren Hinweisen).

1.1. Der von den Beschwerdeführerinnen angefochtene Entscheid der Wettbewerbskommission vom 18. Januar 1999 über die Ablehnung vorsorglicher Massnahmen ist eine Verfügung im Sinne des Bundesge-

setzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021; Art. 5). Diese kann nach Artikel 44 des Kartellgesetzes (zitiert in Erw. 2) entsprechend den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege mit Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden (vgl. Art. 44 ff. und Art. 71 VwVG i.V.m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31).

1.2. Gemäss Artikel 48 Buchstabe a VwVG ist zur Verwaltungsbeschwerde legitimiert, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Handelt es sich bei der angefochtenen Verfügung um eine Zwischenverfügung, dann ist diese nur anfechtbar, wenn sie zusätzlich einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 und 3 VwVG; vgl. BGE 120 Ib 97 E. 1c). Selbstständig anfechtbar sind namentlich Verfügungen über vorsorgliche Massnahmen (Art. 45 Abs. 2 Bst. g VwVG). Auch bei den in Artikel 45 Absatz 2 VwVG als selbstständig anfechtbar bezeichneten Zwischenverfügungen gilt jedoch grundsätzlich als Voraussetzung der Zulässigkeit einer Beschwerde, dass der Beschwerdeführer einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil erleiden muss (BGE 122 II 211 E. 1c mit weiteren Hinweisen). Mit der beschränkten Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen soll verhindert werden, dass eine Beschwerdeinstanz Zwischenverfügungen überprüfen muss, die durch einen günstigen Endentscheid für den Betroffenen jeden Nachteil verlieren. Das Gericht soll sich in der Regel nur einmal mit einer bestimmten Streitsache befassen müssen. Der Nachteil, den der Beschwerdeführer durch die Zwischenverfügung erleidet, muss somit in jedem Fall nicht wieder gutzumachen sein, damit das Interesse des Beschwerdeführers an der Aufhebung der Zwischenverfügung ein schutzwürdiges ist (BGE 116 Ib 344 E. 1c). In seiner neueren Rechtsprechung entschied das Bundesgericht, dass für die Annahme eines schutzwürdigen Interesses beziehungsweise für die Begründung eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils ein wirtschaftliches Interesse genügt (BGE 120 Ib 97 E. 1c und 125 II 613 E. 2a).

Daher ist vorab zu klären, ob es sich bei der angefochtenen Verfügung um eine Endverfügung oder eine Zwischenverfügung handelt.

1.2.1. Der angefochtene Entscheid erging nicht als Zwischenverfügung im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens (vgl. dazu die Situation in: REKO/WEF 96/FB-001 E. 1.3.2., publiziert in: RPW 1997/2, S. 243 ff.; REKO/WEF 97/FB-005 E. 1.1 u. 2.1., publiziert in: RPW 1997/4, S. 602 ff.; WEKO in Sachen Meteorologische Anstalt, Ziff. 1.1/1 u. 6, RPW 1998/4, S. 586 ff.).

Im vorliegenden Fall hat die Wettbewerbskommission bisher darauf verzichtet, das Sekretariat mit der Eröffnung einer Untersuchung gegen die Telekurs-Gruppe zu beauftragen. Der von der Wettbewerbskommission ausserhalb eines Untersuchungsverfahrens getroffene Entscheid, das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen abzuweisen, lässt sich - formal gesehen - weil keine Hauptverfügung mehr ergehen wird, als verfahrensabschliessende Endverfügung auffassen (dieser Meinung: PATRIK DUCREY, Vorsorgliche Massnahmen im Kartellverwaltungsrecht, sic! 3/1998, S. 281 ff., Ziff. III/3b, FN 44; vgl. dazu auch im Allgemeinen: ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, ZSR 1997 II, S. 253 ff., Rz. 26 und 141; BGE 104 Ib 129 E. 2, wo die vorläufige Dienstenthebung im Beamtenverhältnis als Endverfügung qualifiziert wurde).

1.2.2. Die Beschwerdeführerinnen sind als Adressatinnen der angefochtenen Verfügung dadurch insofern berührt, als ihnen die im vorinstanzlichen Verfahren beantragte Parteientschädigung verweigert wird. Dadurch erleiden sie einen wirtschaftlichen Nachteil. Da die Vorinstanz auf ein Untersuchungsverfahren verzichtet hat - und somit in der fraglichen Angelegenheit auch kein entsprechender anfechtbarer Endentscheid erfolgen wird - werden die Beschwerdeführerinnen keine prozessuale Gelegenheit mehr haben, die hier beantragte Parteientschädigung geltend zu machen. Sie haben daher ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung der angefochtenen Verfügung und sind somit zur Beschwerdeführung legitimiert (vgl. Art. 48 Bst. a VwVG).

1.3. Die Beschwerdefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), der Rechtsvertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen ebenfalls vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1). Der Bundesrat bestellt die Wettbewerbskommission und bezeichnet die drei Mitglieder des Präsidiums (Art. 18 Abs. 1 KG). Die Wettbewerbskommission trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG).

Das Sekretariat kann Vorabklärungen von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin durchführen. Das Sekretariat kann Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von

Wettbewerbsbeschränkungen anregen. Im Verfahren der Vorabklärung besteht kein Recht auf Akteneinsicht (Art. 26 KG).

Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung. Eine Untersuchung wird in jedem Fall eröffnet, wenn das Sekretariat damit von der Wettbewerbskommission oder vom Departement beauftragt wird (Art. 27 Abs. 1 KG). Die Wettbewerbskommission entscheidet, welche der eröffneten Untersuchungen vorrangig zu behandeln sind (Art. 27 Abs. 2 KG). Das Sekretariat gibt die Eröffnung einer Untersuchung durch amtliche Publikation bekannt (Art. 28 Abs. 1 KG). Die Wettbewerbskommission entscheidet auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG).

Auf die Verfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes anwendbar, soweit dieses Gesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG).

3. Angefochten im vorliegenden Verfahren ist einzig Dispositiv Ziffer 3 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 18. Januar 1999 betreffend die Parteientschädigung. Streitgegenstand im vorliegenden Verfahren bildet somit nur die Frage, ob - und diesfalls in welchem Umfang - den Beschwerdeführerinnen für das erstinstanzliche Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen eine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

3.1. Auf das Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden ist grundsätzlich das VwVG anwendbar (Art. 39 KG). Die grundsätzliche Anwendung des VwVG schliesst die Berücksichtigung wettbewerbsrechtlicher Besonderheiten nicht aus. Eine vom VwVG abweichende Verfahrensregelung muss jedoch kraft Artikel 39 KG ausdrücklich im KG vorbehalten werden. Zudem sind solche Sonderbestimmungen in jedem Fall VwVG-konform auszulegen (Art. 4 VwVG; vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 ff., Botschaft, S. 613 f.; MARCEL DIETRICH, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz [Komm. KG], Zürich 1997, Art. 39, Rz. 13 und 72).

Mangels spezialgesetzlicher Regelung der Parteientschädigung im Kartellgesetz sind folgende Vorschriften massgebend:

Nach Artikel 64 Absatz 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen. Der Bundesrat regelt die Bemessung der Entschädigung (Art. 64 Abs. 5 VwVG). Er tat dies in der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (Kostenverordnung, SR 172.041.0). Deren

Artikel 8 regelt die Grundsätze für die Festsetzung der Parteientschädigung. Diese Bestimmungen befinden sich jeweils im Abschnitt über das Beschwerdeverfahren, das heisst im streitigen Verwaltungsverfahren. Weder das VwVG noch die Kostenverordnung (vgl. Art. 13) sehen jedoch für erstinstanzliche Verwaltungsverfahren einen Parteientschädigungsanspruch vor (RHINOW/KOLLER/KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel und Frankfurt am Main 1996, Rz. 1175 f.; MARTIN BERNET, Die Parteientschädigung in der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege, Zürich 1986, S. 125, Rz. 219; PETER SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, Basel 1979, Ziff. 11.52, S. 91; vgl. auch UELI KIESER, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, Zürich 1999, S. 255, Rz. 530 ff.). Parteientschädigungen sind im nichtstreitigen Verfahren lediglich bei amtlich bezeichneter Vertretung in Massenverfahren nach Artikel 11a Absatz 3 VwVG vorgesehen.

Aus der Gesetzessystematik und den Materialien folgt, dass mit Artikel 64 VwVG (Parteientschädigung) im Wesentlichen Artikel 159 und 160 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG, SR 173.110) übernommen wurde, um die angestrebte Justizförmigkeit des streitigen Verfahrens zu unterstreichen (vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren vom 24.9.1965, BBl 1965 II 1348 ff., S. 1372).

Artikel 64 VwVG sieht somit nur einen Anspruch auf Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren vor. Die positivrechtliche Regelung der Parteientschädigung im Abschnitt "Beschwerdeverfahren" und die Gesetzesmaterialien lassen nicht darauf schliessen, dass bezüglich des Anspruchs auf Parteientschädigung im erstinstanzlichen Verfahren eine echte Lücke vorliegt (vgl. VPB 39.17, wonach das Eidgenössische Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement hinsichtlich der Parteientschädigung im erstinstanzlichen Verfahren auf ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers geschlossen hat).

3.2. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Wettbewerbskommission verkenne den Unterschied zwischen Erlass vorsorglicher Massnahmen von Amtes wegen und auf Antrag hin. Die angefochtene Verfügung sei nicht in einem nichtstreitigen Verwaltungsverfahren, sondern auf Antrag hin und damit in einem streitigen - und im Kartellgesetz nicht geregelten - Verfahren getroffen worden. Deshalb seien die Grundsätze des unstreitigen Verwaltungsverfahrens betreffend Parteientschädigung nicht anwendbar. Da durch Richterrecht vorsorgliche Massnahmen im Rahmen erstinstanzlicher Kartellverwaltungsverfahren als zulässig erklärt worden seien, müsse auch hier durch richterliche (bzw. behördliche) Lückenfüllung ein Anspruch auf Parteientschädigung anerkannt werden, um zu verhindern, dass Wettbewerber wegen dem (wesentlich geringeren) Kostenrisiko "ihre kartellrechtlich begründeten Massnahmebegehren bevorzugt (nur noch)

den Wettbewerbsbehörden zum Entscheid" unterbreiten. Ferner müsse der "Anspruch auf Entschädigung des eigenen Verwaltungsaufwands bei ungerechtfertigter Inanspruchnahme vor einem Gericht oder einer Behörde" auch als verfassungsmässig geschützter Verfahrensgrundsatz anerkannt werden. Damit könne vermieden werden, dass im "Massnahmenverfahren" vor den Wettbewerbsbehörden hinsichtlich Parteientschädigung etwas anderes gelte als vor dem Kartellzivilrichter.

3.3. Soweit die Beschwerdeführerinnen davon ausgehen, die angefochtene Verfügung sei im Rahmen eines "ausserkartellgesetzlichen" und "streitigen" Verfahrens getroffen worden, kann ihnen nicht gefolgt werden.

Das KG sieht zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen zwei kartellverwaltungsrechtliche Verfahrensformen vor: einerseits die "Untersuchung" (Art. 27-30 KG) und andererseits als Vorstufe dazu die "Vorabklärung" (Art. 26 KG). Altrechtliche "Kurzuntersuchungen", sowie andere Untersuchungstypen, welche den beiden obgenannten Verfahrensformen zuwiderlaufen, sind unzulässig (MARCEL DIETRICH, in: Komm. KG, a.a.O, Art. 39, Rz. 20; JÜRGEN BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, zu Art. 26, Ziff. 1, S. 338 f.; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 604 f., 630 ff., der den Erlass vorsorglicher Massnahmen im Vorabklärungs- wie auch Untersuchungsverfahren für zulässig erachtet).

Aufgrund dieses zweistufigen Verfahrensaufbaus können in einem weitgehend "informellen" Vorabklärungsverfahren, welches vom Sekretariat durchgeführt wird, untersuchungswürdige Fälle ausgesondert, die Eröffnung einer Untersuchung vorbereitet oder den Beteiligten gar Anregungen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen unterbreitet werden. Darin eingeschlossen ist die Möglichkeit, mit den Beteiligten bereits im Rahmen der Vorabklärung eine einvernehmliche Regelung zu erzielen (vgl. Botschaft, a.a.O., BBl 1995 I 602; BORER, a.a.O., zu Art. 26, Ziff. 1, S. 339; sowie ZÄCH, a.a.O., Rz. 608 ff.). Eingeleitet wird das Verfahren vom Sekretariat von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin (vgl. Art. 26 Abs. 1 KG). Ein Anspruch auf Durchführung einer Vorabklärung besteht indessen nicht (Botschaft, a.a.O., BBl 1995 I 602).

Mit dem zweistufigen Aufbau des kartellverwaltungsrechtlichen Verfahrens (Art. 26 ff. KG) zur Überprüfung von Wettbewerbsbeschränkungen hat der Gesetzgeber hinreichende verfahrensrechtliche Instrumente zum behördlichen Schutz des wirksamen Wettbewerbes geschaffen. Insofern besteht kein Anlass, im Zusammenhang mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen auf Anzeige hin - neben der Vorabklärung und der Untersuchung - ein weiteres, aussergesetzliches "summarisches Verfahren" oder ein dem Zivilprozess angenähertes

"streitiges Verwaltungsverfahren sui generis" anzunehmen und damit den Kreis der im KG vorgesehenen Verfahrenstypen durch richterrechtliche Lückenfüllung zu erweitern, wie dies die Beschwerdeführerinnen zu Unrecht annehmen.

Diese Sicht drängt sich umso mehr auf, als die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Entscheid vom 6. November 1997 betont hat, dass im Kartellverwaltungsrecht von Amtes wegen angeordnete vorsorgliche Massnahmen im Vordergrund stehen (REKO/WEF 97/FB-005 E. 2.1, publiziert in: RPW 1997/4, S. 602 ff.). Denn bei der Beurteilung der Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen durch die Wettbewerbskommission steht der Schutz wirksamen Wettbewerbs und - in gewissem Unterschied zu vorsorglichen Massnahmen im Zivilverfahren (Art. 17 KG) - nicht der Schutz privater Interessen im Vordergrund. Dies gilt auch für den Fall, dass solche Massnahmen von einem betroffenen Unternehmen beantragt werden (ZÄCH, a.a.O., Rz. 634; DUCREY, a.a.O., S. 284). Die materiellen Bestimmungen des KG (vgl. Art. 5 ff.) sind als so genannte Doppelnormen zugleich öffentlich-rechtlicher wie auch privatrechtlicher Natur (vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Zürich 1998, N. 214 ff.; ZÄCH, a.a.O., S. 1 f.) weshalb das KG zum Schutz individueller Rechtspositionen - komplementär zum Verwaltungsverfahren - ein zivilrechtliches Verfahren vorsieht (vgl. Art. 17 KG; sowie REKO/WEF 97/FB-005 E. 2.1., publiziert in: RPW 1997/4, S. 602 ff.; dazu im Einzelnen: ZÄCH, a.a.O., Rz. 559 ff. mit weiteren Hinweisen).

3.3.1. Aus dem Ablauf des Schriftenwechsels zwischen den Verfahrensbeteiligten sowie aus der Begründung im angefochtenen Verwaltungsakt der Wettbewerbskommission vom 18. Januar 1999 wird ersichtlich, dass das Sekretariat die Anzeige sowie den darin enthaltenen Antrag der Beschwerdegegnerin auf Erlass vorsorglicher Massnahmen im Rahmen eines Verfahrens behandelt hat, welches als Vorabklärung im Sinne von Artikel 26 KG zu qualifizieren ist. Denn das Sekretariat ist auf Antrag der Beschwerdegegnerin im Rahmen eines Schriftenwechsels der Frage nachgegangen, ob der ihr gegenüber geltend gemachte Sachverhalt es rechtfertige, im öffentlichen Interesse vorsorgliche Massnahmen zu erlassen.

Das soeben geschilderte Vorgehen des Sekretariats zur Abklärung der den Beschwerdeführerinnen vorgeworfenen angeblich unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen wurde somit ganz nach Sinn und Zweck des weitgehend "informellen" Verfahrens der Vorabklärung durchgeführt und kann daher nicht - wie die Beschwerdeführerinnen annehmen - als Verfahren "eigener Art" zur Prüfung des Erlasses vorsorglicher Massnahmen qualifiziert werden.

Das Vorabklärungsverfahren (Art. 26 KG) ist nichtstreitiger Natur und wird, da die Bestimmungen des VwVG auf dieses Verfahren anwendbar sind (vgl. Art. 26 i.V.m. Art. 39 KG), von der Untersuchungsmaxime

beherrscht (vgl. Art. 12 VwVG). Im gesamten Kartellverwaltungsverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz, wonach der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist. Zur Sachverhaltsermittlung kann die Behörde nötigenfalls Urkunden beiziehen, Auskünfte von Parteien, Zeugen und Drittpersonen verlangen, Augenscheine vornehmen und Sachverständigengutachten beschaffen (Art. 12 VwVG). Der Untersuchungsgrundsatz verpflichtet die Behörde, gleichermassen Tatsachen abzuklären, welche Wettbewerbsbeschränkungen darstellen wie auch Gründe zu ermitteln, weshalb die beanstandete Massnahme zulässig ist. Der Behörde kommt eine "untersuchungsrichterliche Funktion" zu. Der Untersuchungsgrundsatz wird einerseits eingeschränkt durch die Mitwirkungspflichten der Parteien bei der Sachverhaltsfeststellung (Art. 13 Abs. 1 VwVG) und andererseits ergänzt durch die Mitwirkungsrechte der Parteien, wonach sie Beweise anerbieten können (Art. 33 Abs. 1 VwVG), die von den Behörden im Rahmen des rechtlichen Gehörs abgenommen werden müssen (DIETRICH, a.a.O., Art. 39, Rz. 66 mit Hinweisen).

3.3.2. Damit stehen sich in diesem Verfahrensstadium - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen - nicht zwei Parteien gegenüber, über deren widerstreitende Interessen die Wettbewerbskommission als "quasirichterliche Behörde" zu richten berufen wäre. Vielmehr ist Thema dieses erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens die Frage, ob sich im öffentlichen Interesse die Eröffnung einer Untersuchung und damit zusammenhängend der Erlass vorsorglicher Massnahmen aufdrängen. Insofern kann der Einladung der Wettbewerbskommission an die betroffenen Unternehmen, im Rahmen der Vorabklärung zu den Vorbringen von Antragsstellern Stellung zu nehmen, lediglich als Ausfluss der Gewährung des rechtlichen Gehörs gewertet werden, wie die Wettbewerbskommission in ihrer Vernehmlassung vom 18. März 1999 zutreffend ausführt.

Da die von der Vorinstanz auf "Antrag" hin freiwillig durchgeführte Vorabklärung (vgl. Botschaft, a.a.O., BBl 1995 I 602) kein dem summarischen Zivilprozess nachgebildetes und von der Verhandlungsmaxime bestimmtes kontradiktorisches Streitverfahren darstellt, kann betreffend Parteientschädigung auch keine auszufüllende "Gesetzeslücke" angenommen werden, nachdem der Kartellgesetzgeber positivrechtlich keine Parteientschädigungspflicht für erstinstanzliche Kartellverwaltungsverfahren statuierte. Angesichts des qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers ist es der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen verwehrt, entsprechend den Anträgen der Beschwerdeführerinnen richterrechtlich die Parteientschädigungspflicht analog den Verhältnissen im Kartellzivilprozess zu regeln (vgl. zum Kartellzivilprozess: Art. 12-17 KG).

Somit kann es vorliegend nur darum gehen, dass die gesetzlich vorgesehene Regelung als "unechte Lücke" angesehen werden könnte, weil

den anwendbaren Verfahrensbestimmungen zwar eine Regel (nämlich Parteikostenfreiheit für Kartellverwaltungsverfahren) zu entnehmen ist, diese indessen hier zu einem Ergebnis führt, das sachlich nicht befriedigt (vgl. zum Begriff der "unechten" [gesetzespolitischen] Lücke: IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel und Frankfurt am Main 1986, Nr. 23 B I b, S. 148; HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., Rz. 191 f.; GYGI, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 84).

3.4. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, der "Anspruch auf Entschädigung des eigenen Verwaltungsaufwands bei ungerechtfertigter Inanspruchnahme vor einem Gericht oder einer Behörde" müsse als verfassungsmässig geschützter Verfahrensgrundsatz anerkannt werden.

In Lehre und Rechtsprechung ist anerkannt, dass es mit dem Gleichheitsprinzip und mit der Garantie des gerechten Verfahrens nicht vereinbar wäre, wenn eine Partei auf die Durchsetzung ihrer Rechte verzichten müsste, weil sie nicht über die nötigen Mittel für die Führung des Prozesses verfügt. Unter bestimmten Voraussetzungen und in bestimmten Verfahren besteht daher unmittelbar aufgrund von Artikel 4 der alten Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 4 aBV, AS 1 3; vgl. auch Art. 29 Abs. 3 der neuen Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999, BV, SR 101; GEORG MÜLLER, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Stand 1996, zu Art. 4 aBV, Rz. 123; BGE 119 Ia 11 E. 3a und 116 Ia 102 E. 4a).

Hingegen lässt sich sowohl nach Lehre und nach Rechtsprechung ein Anspruch auf Parteientschädigung unmittelbar aus Artikel 4 aBV nicht ableiten (vgl. BGE 117 V 401 E.1; 104 Ia 9 E. 1; kritisch dazu: SALADIN, a.a.O., S. 91, Fn. 26a; sowie KIESER, a.a.O., S. 257, Fn. 1456; vgl. dazu auch: JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 475, Ziff. 5 b/ee; ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, Bd II, Neuchâtel 1984, S. 847; BERNET, a.a.O., S. 59 ff., Rz. 126 ff.). Auch der neuen Bundesverfassung (Art. 8, 9 und 29 BV) lässt sich ein solcher Anspruch nicht entnehmen. Indessen hat es das Bundesgericht in BGE 104 Ia 9 (E. 1) als denkbar bezeichnet, dass es im Einzelfall auch anders entscheiden und einen Parteientschädigungsanspruch - trotz fehlender gesetzlicher Grundlage - auch für (kantonale) Verwaltungsverfahren bejahen könnte, "wenn die Ablehnung des Entschädigungsbegehrens in stossender Weise dem Gerechtigkeitsempfinden zuwiderliefe".

Inwiefern dies jedoch hier der Fall sein könnte, ist nicht ersichtlich. Insbesondere ist nicht einsehbar, inwiefern die vom Gesetzgeber für erstinstanzliche Verwaltungsverfahren in Kauf genommene Selbsttragung allfälliger Parteikosten im kartellrechtlichen Kontext zu einer unhaltbaren, willkürlichen finanziellen Belastung von Verfahrensbeteiligten führen könnte. Durch den fehlenden Anspruch auf Parteient-

schädigung wird der bemittelte Rechtssuchende nicht an der Durchsetzung seiner Rechte gehindert. Die Nichtgewährung einer Parteientschädigung führt allenfalls zu einer gewissen Beschwerneis der betroffenen Partei, keinesfalls aber zu einer eigentlichen Rechtsverweigerung (BGE 117 V 401 E. 1; BERNET, a.a.O., S. 62). Anzumerken ist hier auch, dass sich für die betroffenen Unternehmen in der Regel im Rahmen der Vorabklärung keine Parteivertretung zwingend aufdrängt, nachdem das Sekretariat in diesem Verfahren erste Erhebungen zu den tatsächlichen Verhältnissen trifft, um die Frage der Notwendigkeit einer Untersuchung beurteilen zu können.

Ein Anspruch auf Parteientschädigung ergibt sich auch nicht aus dem Umstand der "Abwehr beantragter vorsorglicher Massnahmen". Denn es wäre im Lichte des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebotes (Art. 4 aBV; Art. 8 BV) nicht einzusehen, weshalb - bei faktisch gleichem Parteivertretungsaufwand - nur diejenigen Parteien Anspruch auf Parteikosten haben sollten, die im Zusammenhang mit "beantragten" vorsorglichen Massnahmen "obsiegt" haben. Wenn diese Überlegungen Geltung hätten, müsste streng genommen allen in kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren eingebundenen Parteien grundsätzlich in Situationen, welche als "Obsiegen" gegenüber Gegenparteien anzusehen wären, eine Parteientschädigung zuerkannt werden. Indessen hat der Kartellgesetzgeber darauf verzichtet, für erstinstanzliche Kartellverwaltungsverfahren eine vom VwVG abweichende Parteikostenregelung zu schaffen.

3.5. Schliesslich stösst auch der Einwand der Beschwerdeführerinnen ins Leere, wonach das fehlende Parteikostenrisiko Wettbewerber veranlassen könnte, "ihre kartellrechtlich begründeten Massnahmebegehren bevorzugt (nur noch) den Wettbewerbsbehörden zum Entscheid" zu unterbreiten.

Denn vorsorgliche Massnahmen sind im Kartellverwaltungsrecht vorrangig von Amtes wegen sowie auch immer primär im öffentlichen Interesse am wirksamen Wettbewerb anzuordnen. Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 18. März 1999 zutreffend betont, kommt daher einem Parteienantrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht die Bedeutung eines zivilrechtlichen Antrages zu. Sondern jener bewirkt lediglich, dass die Wettbewerbskommission von Amtes wegen gestützt auf die entsprechenden Informationen das Ergreifen kartellrechtlicher Massnahmen prüft.

3.6. Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass den Beschwerdeführerinnen für das vorinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zusteht und die hier angefochtene Verfügung vom 18. Januar 1999 Bundesrecht nicht verletzt. Damit ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

4. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Beschwerdeführerinnen als unterliegende Parteien zu betrachten. Ihnen sind die gesamten

Verfahrenskosten unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese werden mit den am 17. Februar 1999 geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet (Art. 5 Abs. 3 Kostenverordnung). Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist der obsiegenden Beschwerdegegerin zu Lasten der solidarisch haftenden Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

**Demnach entscheidet die Rekurskommission
für Wettbewerbsfragen:**

1. Die Beschwerde der Telekurs Holding AG, der Europay (Switzerland) SA sowie der Telekurs Payserv AG wird abgewiesen.
2. [Verfahrenskosten]
3. [Parteientschädigung]
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]

B 3	4. Felix Service SA/Minolta (Schweiz) AG
-----	---

Décision sur recours du 14 décembre en la cause Felix Service SA (recours du 31 mars 1999), contre Minolta (Schweiz) AG et la Commission de la concurrence (décision du 1er mars 1999) en matière de restrictions à la concurrence

Vu les faits suivants:

A. La société Minolta (Schweiz) AG, dont le siège est à Dietikon, est l'importateur exclusif pour la Suisse des appareils photographiques de marque Minolta. Ces produits sont distribués par l'intermédiaire de représentants officiels de la marque, dont la taille varie du petit commerce de photographe aux grands distributeurs. Les appareils sous garantie sont réparés par Minolta (Schweiz) AG à Dietikon. Quant aux appareils hors garantie, ils pouvaient, pour une faible partie, être réparés par des réparateurs indépendants.

Durant plusieurs années, Minolta (Schweiz) AG vendit des pièces mécaniques de rechange à plusieurs réparateurs indépendants parmi lesquels la société Felix Service SA. Ces pièces étaient distribuées aux succursales européennes par une centrale située à Ahrensburg en Allemagne. Le 22 janvier 1997, la société Minolta (Schweiz) AG informa Felix Service SA ainsi que les autres réparateurs indépendants qu'elle avait décidé d'assurer elle-même l'ensemble des réparations des appareils de marque Minolta. Elle demanda en conséquence à Felix Service SA de ne plus accepter des commerces (détaillants) les demandes de réparation ou de les lui transmettre directement. La société intimée soulignait en outre que les appareils réparés par ses soins seraient di-

rectement renvoyés aux détaillants et que, désormais, elle ne livrerait plus de pièces de rechange.

Le 26 février 1997, Felix Service SA informa la Surveillance des prix que la société susmentionnée refusait de lui livrer des pièces de rechange et, de ce fait, "importait du travail dans ses ateliers". Le 28 février 1997, la Surveillance des prix transmit l'affaire au Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le Secrétariat).

Vraisemblablement en avril 1997 (la Commission de la concurrence retient le 28 avril 1997, mais aucune pièce au dossier n'atteste cette date), le Secrétariat ouvrit une enquête préalable en vertu de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence concernant le service de réparation Minolta (Schweiz) AG. Le 14 mai 1997, cette dernière fit parvenir au Secrétariat les réponses à un catalogue de questions concernant son service de réparation.

Le 4 juillet 1997, le Secrétariat conclut dans un rapport final à l'existence d'indices d'une restriction illicite à la concurrence et proposa l'ouverture d'une enquête.

B. Par courrier du 7 juillet 1997, le Secrétariat informa Minolta (Schweiz) AG qu'en accord avec le Président de la Commission de la concurrence, il avait décidé d'ouvrir une enquête concernant le service de réparation (refus de livrer des pièces de rechange); était joint à ce courrier le rapport final du 4 juillet 1997. L'enquête avait pour but d'examiner la compatibilité de l'organisation du service de réparation avec la législation sur les cartels. L'ouverture de cette enquête fut publiée dans la Feuille fédérale du 29 juillet 1997 (FF 1997 III 1133).

Le 10 octobre 1997, le Secrétariat soumit une série de questions à Minolta (Schweiz) AG, représentée dans l'intervalle par (...). Dans sa réponse du 27 novembre 1997, ladite société notait en conclusion que les réparateurs indépendants ne constituaient aucune concurrence pour Minolta attendu que la part des réparations d'appareils photos de marque Minolta confiée à ceux-ci était infime; que, dans environ neuf cas sur dix, les réparateurs indépendants ne réparaient pas eux-mêmes les appareils, mais les transmettaient à Minolta (Schweiz) AG faute de connaissances techniques suffisantes; que les frais de réparation étaient plus élevés et les délais d'attente plus longs pour les clients qui passaient par des réparateurs indépendants; et qu'enfin, les consommateurs faisaient un lien direct entre, d'une part, le fabricant et, d'autre part, le prix, la durée et la qualité des réparations. La société intimée soulignait par ailleurs qu'elle n'était pas en concurrence avec les réparateurs indépendants, mais avec les autres fabricants d'appareils photos. Et elle ajoutait que le service à la clientèle, qui comprend la réparation, revêtait, à côté de la vente proprement dite, une importance capitale dans la branche de la photo.

Le 24 mars 1998, le Secrétariat effectua une enquête auprès de plusieurs détaillants d'appareils photos de marque Minolta. Il ressort d'un tableau récapitulatif des principales réponses que, pour la plupart des détaillants, il n'était pas possible de différencier la qualité des réparations effectuées par Minolta (Schweiz) AG de celle des réparateurs indépendants; que, pour deux d'entre eux (sur un total de onze), Minolta (Schweiz) AG était meilleure au niveau des prix et des délais, alors qu'un autre détaillant notait que les délais des réparateurs indépendants étaient trop longs; que la majorité des détaillants s'adressaient directement à Minolta (Schweiz) AG; et qu'enfin, la plupart des clients ne savaient pas qui réparait leur appareil photo.

Par courrier du 31 mars 1998, Felix Service SA demanda au Secrétariat de prendre des mesures provisionnelles afin de contraindre Minolta (Schweiz) AG à lui livrer les pièces nécessaires pour effectuer les réparations hors garantie. Le 1er mai 1998, la société recourante retira sa requête de mesures provisionnelles.

C. Le 1er juillet 1998, le Secrétariat transmet à Minolta (Schweiz) AG et à Felix Service SA un projet de décision daté du 26 juin 1998. Le Secrétariat y constatait notamment que les appareils hors garantie étaient, pour une faible partie, réparés par des petites et moyennes entreprises (PME) spécialisées dans la réparation d'appareils électroniques. Il notait par ailleurs que le montant des réparations facturées par Minolta (Schweiz) AG aux réparateurs indépendants était insignifiant par rapport au chiffre d'affaires total des réparations effectuées directement par cette dernière et facturées aux détaillants et aux consommateurs. Il soulignait en outre qu'il n'était pas rentable de fabriquer les pièces de rechange Minolta à cause des connaissances techniques requises. Ladite autorité notait enfin que Minolta (Schweiz) AG faisait état de plaintes concernant les réparations effectuées par les réparateurs indépendants sans toutefois pouvoir en apporter la preuve et qu'elle soutenait que les clients faisaient un lien direct entre le fabricant et la qualité des réparations.

Pour le Secrétariat, le marché des pièces de rechange Minolta devait être considéré comme un marché en soi, motif pris qu'il fallait pour déterminer le marché des produits en exclure les consommateurs en tant que partenaires potentiels à l'échange. Dans ce contexte, il se référait à des décisions prises antérieurement par la Commission des cartels et par les autorités allemande, européenne ou américaine. Le Secrétariat soutint par ailleurs que le marché géographique était limité à la Suisse puisqu'il n'existait pas de «marché gris», les pièces ne pouvant pas être obtenues directement à la centrale européenne sise en Allemagne. Le Secrétariat parvenait ainsi à la conclusion que Minolta (Schweiz) AG détenait un monopole sur le marché des pièces de rechange de la marque Minolta et que la "substituabilité" de l'offre était nulle, de sorte que ladite société était en mesure de se comporter

de manière essentiellement indépendante par rapport aux réparateurs. L'autorité remarquait par ailleurs que l'existence d'une concurrence inter-marques sur le marché des produits finis n'y changeait rien au motif que les coûts d'adaptation (switching-costs) étaient trop élevés pour que le consommateur puisse faire jouer la concurrence inter-marques présente au niveau des produits finis. Pour le Secrétariat, le refus de Minolta (Schweiz) AG de livrer des pièces de rechange empêchait les réparateurs de réparer les appareils en question et conduirait à éliminer, à court terme, tout concurrent sur le marché de la réparation des appareils photos de cette marque. Il relevait enfin que le comportement de Minolta (Schweiz) AG ne se justifiait pas pour des raisons objectives propres à légitimer une pratique stratégique ("legitimate business reasons") de sorte qu'il devait être qualifié d'illicite au regard de la législation sur les cartels.

D. Dans sa prise de position du 7 août 1998, Felix Service SA notait en particulier que, contrairement à la Suisse, Minolta livrait en France toutes les pièces, y compris les composants électroniques, à des ateliers agréés où le personnel avait suivi des cours de formation. En ce qui concerne la qualité du travail, elle remarquait que certaines marques avaient résolu cette question en attribuant un label aux ateliers agréés.

Pour sa part, Minolta (Schweiz) AG souligna dans sa réponse du 15 octobre 1998 qu'elle n'avait jamais livré de pièces électroniques aux réparateurs indépendants depuis son implantation en Suisse; que, contrairement à ce que laissait entendre le Secrétariat, les réparateurs indépendants n'étaient pas à même d'effectuer les réparations complexes des parties électroniques faute de connaissances spécifiques dans ce domaine; que, dans neuf cas sur dix, les réparateurs indépendants leur envoyaient les appareils défectueux pour réparation ce qui entraînait pour les consommateurs des prix de réparation plus élevés découlant des frais d'envoi supplémentaires et d'une surtaxe perçue par les réparateurs indépendants, alors même qu'ils n'offraient aucune contre-prestation particulière; qu'enfin, ces derniers obtenaient sur les réparations (travail et pièces de rechange) un rabais de 33%.

La société intimée releva en outre que la part des montants des réparations facturées aux réparateurs indépendants représentait 1,26% du chiffre d'affaires total des réparations qu'elle effectuait. Dans ce contexte, elle alléguait que le Secrétariat aurait dû établir le volume du chiffre d'affaires concernant les pièces de rechange auprès des réparateurs indépendants. Elle souligna enfin qu'il était possible d'obtenir des pièces de rechange auprès des filiales européennes de Minolta ou auprès d'autres filiales aux Etats-Unis. Quant aux plaintes concernant les réparations défectueuses, elle notait qu'il n'avait pas été possible de réunir des preuves écrites, la plupart des demandes ayant été réglées par téléphone.

A propos du marché référence, Minolta (Schweiz) AG soutint qu'il était inadmissible d'exclure les consommateurs du marché. Selon celle-ci, la concurrence entre les fabricants d'appareils photos existerait non seulement au niveau du produit lui-même, mais également par rapport à la qualité du service après vente; elle ajouta que le consommateur accordait de plus en plus d'importance à ce type de prestation (prix, délai et qualité des réparations) au moment de l'acquisition d'un appareil photo. Ladite société reprocha en outre au Secrétariat de ne pas avoir fait la distinction entre les composants électroniques, qui n'ont jamais été livrés sur le marché suisse, et les autres pièces usuelles de rechange qui, elles, seraient substituables. Minolta (Schweiz) AG indiqua que pour l'année 1996, elle avait livré des pièces de rechange mécaniques aux réparateurs indépendants pour un chiffre d'affaires total de CHF 2'792.--, dont CHF 1'468.-- à Felix Service SA.

Quant au marché géographique, la société intimée releva que, contrairement à ce qu'affirmait le Secrétariat, il n'était pas limité à la Suisse puisqu'il existait d'autres possibilités d'approvisionnement auprès soit des autres filiales européennes, soit d'autres filières aux Etats-Unis. En conclusion, elle souligna que le refus de livrer des pièces de rechange mécaniques n'affectait pas les réparateurs indépendants vu le chiffre d'affaires minime, mais surtout qu'il était dans l'intérêt des consommateurs puisque, dans neuf cas sur dix, leur appareil défectueux était envoyé à Minolta pour réparation ce qui entraînait des coûts et des délais plus élevés. Pour l'intimée, son image commerciale souffrait également vu les nombreuses plaintes des clients en raison des réparations de mauvaise qualité effectuées par les réparateurs indépendants.

Minolta (Schweiz) AG conclut à une constatation inexacte et extrêmement lacunaire des faits pertinents et demanda un complément d'enquête.

Le 26 octobre 1998, le Secrétariat soumit un nouveau questionnaire à deux entreprises qui effectuaient des réparations notamment dans le secteur des appareils photos. De cette enquête, il ressortait en substance que Minolta (Schweiz) AG ne leur livrait plus de pièces de rechange; qu'il n'existait pas, à l'instar d'autres marques, de pièces de rechange interchangeables; que les pièces de rechange ou les composants électroniques ne pouvaient être fabriqués que par Minolta/Japon; qu'il était possible d'acquérir des pièces de rechange à l'étranger, mais que cela entraînait des délais de livraison trop longs et des coûts trop élevés; et qu'enfin, le refus de livrer des pièces de rechange exerçait un effet négatif sur leur activité et sur leur chiffre d'affaires.

Le 8 décembre 1998, le Secrétariat procéda à de nouvelles mesures d'instruction auprès de Felix Service SA et de Minolta (Schweiz) AG. Cette dernière fit notamment parvenir au Secrétariat une position écrite de son chef de service après-vente attestant l'existence de plain-

tes de clients pour des réparations non effectuées par Minolta. Quant à Felix Service SA, elle notait dans un courrier du 25 janvier 1999 que Minolta France livrait toutes les pièces de rechange, y compris les composants électroniques, à des ateliers agréés et ajouta qu'elle avait été reconnue comme tel pour les appareils des marques Hasselblad, Angenieux, Kodak, Bauer et Nikon. Dans un document daté du 26 janvier 1996, Minolta (Schweiz) AG indiquait de son côté que sa part de marché atteignait 24% et observait que ses principaux concurrents confiaient 10 à 20% des réparations à des réparateurs indépendants, alors que d'autres, en particulier les petits fabricants, les leur confiaient entièrement. Elle y remarquait enfin que c'était pour des raisons objectives propres à légitimer une pratique stratégique ("legitimate business reasons") qu'elle avait décidé de ne plus livrer des pièces de rechange.

Le 3 février 1999, le Secrétariat informa Felix Service SA et Minolta (Schweiz) AG de son intention de proposer à la Commission de la concurrence de clore l'enquête sans suite. Dans le même courrier, il joignit le bordereau des pièces du dossier et fixa aux deux parties un dernier délai pour prendre position.

E. Par prononcé du 1er mars 1999, la Commission de la concurrence a jugé que Minolta (Schweiz) AG ne détenait pas une position dominante sur le marché de référence au sens de la loi sur les cartels et que, partant, le refus de ladite société de livrer des pièces mécaniques de rechange aux réparateurs ne constituait pas une pratique illicite.

Dans sa décision, l'autorité intimée remarquait en substance que la durée de vie du produit, la fréquence et le coût des réparations, ainsi que la transparence et le comportement des concurrents plaidaient en faveur d'un "marché-système" sur lequel les appareils photographiques et les services après-vente formaient un produit composé et, par conséquent, un seul marché de référence. Selon l'autorité intimée, la concurrence qui règne sur le marché des équipements était en mesure de discipliner le comportement de Minolta dans l'offre de services après vente. Elle releva enfin qu'en 1998, la société Minolta détenait sur le marché une part d'environ 24% et qu'elle était ainsi confrontée à un nombre important de concurrents (entre 15 et 20). Et elle ajoutait: "étant donné que le marché des produits est défini comme étant un 'marché-système', il convient de considérer que la part des ventes d'appareils photographiques correspond à la part sur le 'marché-système' (...) Minolta ne détient pas de position dominante sur le 'marché-système'. Son comportement ne soulève dès lors pas de problèmes d'un éventuel abus de position dominante".

F. Par écritures du 31 mars 1999, mises à la poste le même jour, Felix Service SA recourt contre cette décision auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence. Appelée à préciser ses conclusions, la société recourante a déclaré dans un courrier complémentaire du 16 avril 1999 ce qui suit:

Nous contestons les affirmations de tout le point 1 [soit le chiffre 1 de la décision querellée]. Pour notre entreprise Minolta s'est mise en position dominante dans le service qui est un marché différent de la vente (...).

Nous demandons que la décision du 1er mars soit rejugée et que, quelque soit l'organisme, il ait connaissance complète de tous les faits, donc des deux rapports [soit le projet de décision du 26 juin 1998 établi par B. et la décision attaquée préparée par L.].

Ladite société requiert par ailleurs qu'il soit tenu compte des documents fournis à M. Besson concernant le chapitre A point 7 du rapport de L., ainsi que des arguments figurant dans le rapport de B. à propos du marché de référence (en particulier des lettres a à d). Elle demande enfin que L. effectue une visite de l'entreprise.

La société recourante soutient en bref que la délimitation entre deux marchés différents - d'une part, vente et, d'autre part, réparation - est clairement définie dans le projet de décision du 26 juin 1998 alors qu'elle est "obturée" dans la décision attaquée; que celle-ci ne mentionne plus les jugements internationaux qui figuraient dans le projet du 26 juin 1998; qu'il ne faudrait pas se fonder sur les réparations facturées aux indépendants mais sur les "pièces détachées vendues par Minolta", cette question étant importante pour déterminer la position dominante; qu'il faudrait également tenir compte des chiffres de 1996 et non point de 1997, soit de ceux établis avant le refus de Minolta (Schweiz) AG de livrer des pièces détachées. Elle note par ailleurs que les pièces détachées génèrent de la facturation dans un rapport de, un tiers, pièces et deux tiers, main-d'œuvre et souligne que le préjudice subi est plus important qu'on ne le laisse supposer. Felix Service SA relève par ailleurs que la motivation permettant de conclure à l'existence d'un "marché-système" est sommaire, alors que le projet de décision du 26 juin 1998 était étayé de références qui disaient exactement le contraire.

G. Dans sa réponse du 21 avril 1999, Minolta (Schweiz) AG relève en substance que le nombre d'appareils de marque Minolta réparés par la recourante représente moins de un pour cent de toutes les réparations effectuées en Suisse; qu'en fait, Felix Service SA fait réparer par Minolta (Schweiz) AG la plus grande partie des appareils qu'on lui confie; qu'en introduisant un intermédiaire supplémentaire (consommateur - négociant - Felix Service SA - Minolta (Schweiz) AG), on prolonge inutilement la durée de réparation. L'intimée souligne en outre que, comme le consommateur part de l'idée que Minolta (Schweiz) AG effectue elle-même les réparations, tant les coûts que la durée des réparations exercent des conséquences directes sur l'image de marque Minolta. Elle note enfin, qu'avant sa décision de ne plus livrer des pièces

de rechange mécaniques en 1997, Felix Service SA en avait acquis pour un montant de CHF 1'205.-- seulement en 1996.

Dans sa réponse du 19 mai 1999, la Commission de la concurrence propose le rejet du recours pour autant qu'il soit recevable. Elle se demande tout d'abord si le recours de Felix Service SA respecte les exigences concernant la motivation et la teneur des conclusions.

Quant au fond, elle relève que, si elle ne conteste pas que le refus de livrer de Minolta (Schweiz) AG ait pu causer un préjudice à la recourante, elle est cependant de l'avis que cet état de fait n'est pas pertinent pour la constatation de l'abus de position dominante de la part de Minolta (Schweiz) AG dès lors que le marché de référence constitue un "marché-système" dans la mesure où il existe suffisamment d'interdépendances entre le service après-vente et la vente d'appareils photographiques. L'autorité intimée soutient par ailleurs que la notion de marché telle que définie dans la décision querellée n'est pas incompatible avec celle figurant dans le projet de décision du 26 juin 1998. Dans ce sens, elle précise qu'en admettant l'existence d'un "marché-système" fondé sur les cinq critères retenus (durée de vie du produit, fréquence et coût des réparations, transparence et comportement des concurrents), elle a mis en évidence l'existence d'un lien étroit entre l'offre et la demande de deux autres "produits", à savoir les appareils photographiques et le service après-vente de ces mêmes appareils.

La Commission de la concurrence souligne enfin que le refus de Minolta (Schweiz) AG de livrer des pièces de rechange n'a pas d'effets anti-concurrentiels contraires à la loi sur les cartels motif pris que le comportement concurrentiel de l'entreprise en situation de monopole sur le marché secondaire du service après vente était, dans ce cas, suffisamment discipliné par la concurrence existant sur le marché primaire des appareils photographiques.

H. Le 22 août 2000, des débats publics auxquels ont assisté les parties, le vice-président de la Commission de la concurrence ainsi que deux collaborateurs du Secrétariat ont eu lieu au siège de la Commission de recours pour les questions de concurrence.

Le 24 août 2000, la Commission de recours pour les questions de concurrence a demandé à la société recourante et à la Commission de la concurrence des précisions et compléments sur divers points. La réponse du 14 septembre 2000 de la recourante, tout comme le complément de motivation du 22 septembre 2000 de l'autorité de première instance ont été communiqués aux parties. Le 27 septembre 2000, Minolta (Schweiz) AG s'est prononcée sur le courrier de la recourante. L'autorité intimée en a fait de même le 9 octobre 2000. Quant à Felix Service SA, il a répondu en date du 16 octobre 2000. Ces différents courriers ont été communiqués pour information aux parties le 19 octobre 2000. Ces avis seront repris au besoin ci-après.

Considérant en droit:

1. L'acte attaqué est une décision au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021; art. 5 al. 1 let. a), susceptible d'un recours auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence (art. 44 de la loi sur les cartels - citée infra consid. 2 - et art. 44 ss., 71a ss. PA en lien avec les art. 20 ss. de l'ordonnance du 3 février 1993 concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage [RS 173.31]).

2. Aux termes de l'article 39 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart; RS 251), la loi fédérale sur la procédure administrative est applicable aux procédures dans la mesure où les articles 40 et suivants n'y dérogent pas. L'article 43 règle la participation de tiers à l'enquête: peuvent s'annoncer afin de participer à l'enquête concernant une restriction à la concurrence les personnes qui ne peuvent accéder à la concurrence ou l'exercer du fait de la restriction à la concurrence (let. a), les associations professionnelles ou économiques que leurs statuts autorisent à défendre les intérêts économiques de leurs membres, pour autant que des membres de l'association ou de l'une de ses sections puissent participer à l'enquête (let. b), ainsi que les organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs (let. c).

La teneur des articles 43 et 44 de la loi sur les cartels ne permet pas d'inférer que les tiers qui participent à l'enquête ont également qualité pour agir dans la procédure de recours. Au vu du système légal mis en place par le législateur et des travaux préparatoires, la Commission de recours pour les questions de concurrence a jugé que la qualité de partie devait être examinée sur la base des règles ordinaires de la procédure administrative (art. 6 et 48 PA; voir Autorités suisses de la concurrence, Droit et politique de la concurrence [DPC] 1997/2 consid. 1.7.1, p. 243 et les références citées).

Il convient donc d'examiner si Felix Service SA a qualité pour recourir au sens des articles 6 et 48 PA.

2.1. Ont qualité de parties les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision (art. 6 PA). Selon l'article 48 lettre a PA, a qualité pour recourir quiconque est touché par la décision attaquée et possède un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Le recourant doit être touché dans une mesure et avec une intensité plus grandes que la généralité des administrés. L'intérêt invoqué - qui ne doit pas nécessairement être un intérêt juridiquement protégé, mais qui peut également être un intérêt de fait - doit se trouver dans un rapport étroit et spécial avec l'objet de la contestation. Un

intérêt digne de protection existe lorsque la situation de fait ou de droit du recourant peut être influencée par le sort de la cause; il faut donc que l'admission du recours procure au recourant un avantage de nature économique, matérielle ou idéale (ATF 125 I 7, 124 II 499, 123 II 376 consid. 4a, 121 II 171 consid. 2b, 120 Ib 379 consid. 4b et renvois, 123 II 115 consid. 2a). Ces exigences tendent à exclure l'action populaire et doivent faire l'objet d'un examen particulièrement attentif lorsque, comme en l'espèce, ce n'est pas le destinataire de la décision qui recourt, mais un tiers (voir FRITZ GYGI, *Vom Beschwerderecht in der Bundesverwaltungsrechtspflege*, in *recht* 1986, p. 8 ss.; le même auteur, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, Bern 1983, p. 148; LUCREZIA GLANZMANN-TARNUTZER, *Die Legitimation des Konkurrenten zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht*, thèse Saint-Gall 1996, p. 23; PAUL RICHLI, *Verfahren und Rechtsschutz*, in ROGER ZÄCH, *Das Kartellgesetz in der Praxis*, Zürich 2000, p. 158 ss). Enfin, l'intérêt à obtenir un jugement doit être, en principe, actuel et immédiat; on peut cependant renoncer à l'exigence d'un intérêt actuel lorsque la question soulevée pourrait se poser à nouveau en tout temps et dans des circonstances identiques ou analogues (ATF 118 Ib 1 consid. 2b, 111 Ib 56 consid. 2b et 182 consid. 2c).

Le Tribunal fédéral a dénié la qualité pour recourir à l'actionnaire d'une société anonyme touchée par une décision administrative, même s'il était actionnaire unique ou principal, parce qu'il n'était qu'indirectement concerné par la décision incriminée (ATF 116 Ib 331 consid. 1c; voir également 124 II 499). Selon la jurisprudence (voir notamment ATF 125 I 7 consid. 3d et les références citées), le fait que la mesure critiquée expose des concurrents à une concurrence accrue n'est pas en soi suffisant pour leur reconnaître la qualité de partie, ils doivent en outre se trouver dans un rapport spécial, étroit et digne d'être pris en considération avec l'objet du litige. Dans le même sens, la Commission de recours pour les questions de concurrence a précisé que la qualité pour recourir d'un concurrent devait être admise lorsque ce dernier est, de manière notable, entravé dans son activité économique par les mesures qui restreignent la concurrence (DPC 1997/2, p. 243 ss). Elle a en outre souligné que l'entrave devait se concrétiser dans une mesure suffisante (dans le même sens, l'ATF 125 I 7 précise: "Oft wird zudem verlangt, dass der Konkurrent eine spürbare Verschlechterung der wirtschaftlichen Position geltend macht"; voir également PAUL RICHLI, *Legitimation von Konkurrenten zur staatsrechtlichen Beschwerde gegen die Erteilung einer Bewilligung an eine Apotheke zum Versand von Arzneimitteln*, in *Aktuelle Juristische Praxis [AJP]* 3/99 p. 351).

La qualité pour agir a été reconnue aux concurrents lorsque l'octroi d'un contingent provoquait un effet économique défavorable sous la forme de la perte d'un client potentiel (ATF 100 Ib 421); dans ce cas, le Tribunal fédéral a tenu compte du fait que le contingentement créait une relation particulière entre concurrents. Il a en outre admis qu'un

organe de révision pouvait recourir contre la reconnaissance d'un concurrent qui exerce la même activité parce qu'il se trouvait dans un rapport étroit avec l'objet du litige (ATF 99 Ib 104 consid. 1b; voir également ATF 97 Ib 593). En revanche, il a jugé qu'un commerçant n'était pas atteint par la délivrance d'une autorisation de construire à un concurrent dès lors qu'il était, en tant que personne appartenant à la même branche économique, touché uniquement de manière générale dans sa position économique (ATF 109 Ib 198). De même, il a considéré comme n'étant pas digne de protection l'intérêt des producteurs qui souhaitaient protéger leur chiffre d'affaires contre des produits concurrents (ATF 123 II 376 consid. 5b/cc; 113 Ib 363 consid. 3c; 100 Ib 331 consid. 2c). Enfin, le Tribunal fédéral a jugé que les inconvénients causés aux anciens producteurs par l'autorisation de mise dans le commerce d'un nouveau produit devaient être considérés comme de simples conséquences possibles du développement du marché, mais qu'ils n'impliquaient pas un rapport étroit et digne d'être protégé avec le litige (ATF 123 II 376 consid. 5b/cc).

2.2. In casu, il n'est pas contesté que la société Felix Service SA exerce une partie de son activité dans le secteur de la réparation d'appareils photographiques. Il est également établi que jusqu'en février 1997 Minolta (Schweiz) AG lui a livré - comme à d'autres réparateurs indépendants - des pièces de rechange mécaniques pour la réparation d'appareils photographiques de la marque Minolta. Il est également admis que, par suite du refus de la société intimée de livrer des pièces de rechange, la société recourante subit un dommage économique à l'instar d'autres entreprises (dans le cadre de l'enquête complémentaire du 26 octobre 1998, les deux entreprises visées ont déclaré subir une baisse de leur chiffre d'affaires suite à la décision de Minolta (Schweiz) AG de ne plus livrer de pièces de rechange). Ainsi donc, on ne peut guère nier que la société Felix Service SA est touchée directement dans ses intérêts économiques. Il est vrai, comme l'a rappelé à diverses occasions le Tribunal Fédéral dans les arrêts susmentionnés, que la remise en cause de rapports commerciaux ou les inconvénients découlant de la concurrence ne confèrent pas sans autre la qualité pour agir. Cependant, on doit bien admettre que les restrictions verticales créent une relation particulière entre concurrents et qu'en outre la situation de fait de la recourante peut être influencée par le sort de la cause dès lors que, suivant l'issue de celle-ci, Felix Service SA pourra maintenir, respectivement perdre, une part de marché dans le secteur de la réparation d'appareils photographiques de la marque Minolta. De plus, la décision de Minolta (Schweiz) AG peut être suivie par les fabricants d'autres marques et, ainsi, multiplier l'effet économique négatif.

Force donc est de constater que l'entrave est concrétisée dans une mesure suffisante, que le préjudice économique a une certaine intensité en ce sens que la société Felix Service SA est touchée dans une mesure plus grande que la généralité des administrés, qu'elle a un

intérêt direct à la cause de sorte que, par rapport à l'acte attaqué, elle est dans une relation particulière et suffisamment étroite (cf. LUCREZIA GLANZMANN-TARNUTZER, op. cit., p. 177 s.).

La société est dès lors habilitée à recourir (art. 48 let. a PA).

2.3. L'autorité inférieure laisse entendre que le recours est irrecevable faute de conclusions claires et en raison d'une motivation insuffisante. Selon la jurisprudence, pour qu'un mémoire puisse être considéré comme recours au sens de la loi sur la procédure administrative (art. 52 PA), il faut au moins qu'une personne individualisée y exprime sa volonté d'intervenir comme recourant en vue d'obtenir la modification d'une situation de droit déterminée, créée par une décision qui la touche personnellement (ATF 112 Ib 634 consid. 2b = JdT 1988 I 216; voir en outre ATF 117 la 126 = JdT 1993 I 224 et Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 57.10). S'agissant des conclusions, jurisprudence et doctrine admettent qu'elles ne doivent pas nécessairement être formulées de façon expresse, en particulier si leur rédacteur n'est pas un homme de loi; le Tribunal fédéral a même admis que si la conclusion formulée ne concorde pas avec celle que l'on peut déduire de l'argumentation juridique du recours, il ne sera tenu compte que de cette dernière (ATF 102 la 95; ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, vol. I, p. 373 et jurisprudence citée).

Appelée à préciser ses conclusions, la société recourante a déclaré dans un courrier complémentaire du 16 avril 1999 ce qui suit :

Nous contestons les affirmations de tout le point 1. Pour notre entreprise, Minolta s'est mise en position dominante dans le service qui est un marché différent de la vente (...).

Nous demandons que la décision du 1er mars soit rejugée et que, quelque soit l'organisme, il ait connaissance complète de tous les faits, donc des deux rapports.

Felix Service SA demande qu'il soit procédé à une comparaison entre, d'une part, le projet de décision du 26 juin 1998 où l'on considérerait le marché de la vente et celui des services comme deux marchés distincts et, d'autre part, la décision attaquée dans laquelle la Commission de la concurrence a considéré que ces deux marchés constituaient un "marché-système". Pour la recourante, il s'agit de deux marchés distincts. Elle allègue que l'entreprise Minolta (Schweiz) AG détient une position dominante sur le marché des pièces de rechange. Elle souligne par ailleurs que la motivation contenue dans la décision attaquée portant sur l'existence d'un "marché-système" est insuffisante et que l'état de fait n'a pas été établi correctement.

Il ressort donc de ce qui précède que Félix Service SA demande l'annulation de la décision attaquée et le renvoi de l'affaire à l'autorité inférieure pour nouvel examen et, si l'on se réfère à l'argumentation

contenue dans le recours, qu'elle conclut à l'existence de deux marchés distincts et, partant, implicitement, à ce que Minolta soit contraint de livrer les pièces de rechange aux réparateurs, son refus constituant un abus de position dominante illicite au regard de l'article 7 alinéas 1er et 2 lettre a LCart (soit les conclusions qui figuraient dans le projet de décision du 26 juin 1998).

Il appert de ce qui précède que le courrier précité permet de dégager les conclusions et les motifs de sorte qu'il peut être considéré comme recours au sens de la loi sur la procédure administrative (art. 52 PA). Quant aux autres conditions de recevabilité (art. 44 ss, 50 et 63 al. 4 PA), elles sont également respectées.

Le recours est donc recevable.

3. Suite au refus de Minolta (Schweiz) AG de livrer des pièces de rechange aux réparateurs indépendants, le Secrétariat a ouvert, en accord avec un membre de la présidence, une enquête (art. 23 al. 1 LCart). Cette enquête a été publiée dans la Feuille fédérale du 29 juillet 1997 (FF 1997 III 1133; art. 28 al. 1 LCart). Conformément à l'article 30 alinéa 2 LCart, les parties ont eu la possibilité de communiquer leur avis par écrit sur la proposition du Secrétariat à la Commission de la concurrence. A cette occasion, ce dernier leur a également communiqué un bordereau des pièces versées au dossier. La société recourante ne prétend pas que l'autorité inférieure a violé les règles de procédure. Elle laisse cependant entendre que la décision attaquée est sommairement motivée dans la mesure où l'autorité inférieure ne se prononce pas sur le revirement du Secrétariat qui, dans son projet de décision du 26 juin 1998, admettait être en présence de deux marchés distincts - soit celui de la vente d'appareils photographiques et celui du marché des pièces de rechange - alors qu'il les a finalement considérés comme un "marché-système" dans la décision attaquée.

Le droit d'être entendu consacré à l'article 29 alinéa 2 de la Constitution fédérale (Cst. RS 101, ancien art. 4 Cst) implique notamment l'obligation pour l'autorité de motiver ses décisions, afin que le justiciable puisse les comprendre et exercer ses droits de recours à bon escient (ATF 117 la 1 consid. 3a, 116 II 625 consid. 4d, 114 la 233 consid. 2d, 112 la 107 consid. 2b, 111 la 1 consid. 2a, 107 la 246 consid. 3a). Selon la jurisprudence, il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 117 Ib 64 consid. 4, 114 la 233 consid. 2d, 112 la 107 consid. 2b et 3b, 107 la 246 consid. 3a, 102 la 1 consid. 2e). Elle n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à ceux qui, sans arbitraire, apparaissent pertinents (ATF 117 Ib 64 consid. 4, 114 la 233 consid. 2, 112 la 107 et les références citées).

En l'espèce, la décision attaquée est motivée sommairement dans la mesure où elle ne contient aucune explication sur le changement de pratique. Cependant, selon une jurisprudence constante, le défaut de motivation peut être réparé dans le cadre d'une procédure de recours lorsque l'autorité de recours a le même pouvoir de cognition que l'autorité inférieure, que cette dernière a suffisamment motivé sa décision dans sa réponse au recours et que le recourant a eu la possibilité de prendre position sur cette réponse dans un mémoire complémentaire (JAAC 57.5 consid. 2 et références citées; ATF 107 la 1; Grisel, *op. cit.*, p. 379 s.). En l'espèce, l'autorité de première instance s'est expliquée sur la divergence d'approche du marché pertinent dans sa réponse du 19 mai 1999 et, surtout, dans son avis complémentaire du 22 septembre 2000 concernant la définition d'un marché-système. Etant donné que la recourante a eu l'occasion de se prononcer de manière approfondie sur ces motifs, il faut constater que le défaut de motivation a ainsi été réparé.

4. La loi sur les cartels a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1er). Elle vise trois types de restrictions de la concurrence: les accords en matière de concurrence (art. 5 ss. LCart), les pratiques des entreprises dominant le marché (art. 7 LCart) ainsi que les concentrations d'entreprises (art. 9 ss. LCart).

Elle s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ("Marktmacht") ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart). L'entreprise doit être comprise dans son acception économique: elle englobe 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 534; P. MERCIER, H. GILLIÉRON, O. MACH, S. AFFOLTER, *Grands principes du droit de la concurrence, Droit communautaire, Droit suisse*, Bâle 1999, p. 633). In casu, il n'est pas contesté que la recourante et Minolta (Schweiz) AG sont des entreprises au sens de la loi sur les cartels.

Dans les dispositions de droit matériel concernant les restrictions illicites à la concurrence (art. 5 à 8 LCart), la loi sur les cartels distingue entre les accords illicites (art. 5 et 6 LCart) et les pratiques illicites (art. 7 LCart). Les entraves à la concurrence sont illicites à la double condition que l'entreprise mise en cause, d'une part, détienne sur le marché une position dominante ("Marktbeherrschende Unternehmen") et, d'autre part, abuse de sa position et entrave ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantage les partenaires commerciaux (art. 7 al. 1 LCart; E. HOMBURGER, B. SCHMIDHAU-

SER, F. HOFFET et P. DUCREY, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zurich 1997, ad. art. 7 p. 11). Ainsi le fait qu'une entreprise, sans être dans une position dominante, s'appuie sur sa puissance ("Marktmacht") pour imposer certaines pratiques visant à limiter de façon abusive la liberté d'action de ses concurrents ou à désavantager ses partenaires commerciaux ne suffit pas pour l'application de l'article 7 LCart. De telles pratiques ne sont illicites que si elles sont fondées sur une puissance qualifiée, c'est-à-dire sur une position dominante ("Marktbeherrschende Unternehmen" voir FF 1995 I 546 et 564; HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, op. cit., ad. art. 4 n°65 p. 26; FRANÇOIS CHAUDET, *Droit suisse des affaires*, Bâle 2000, ch. 48.3, p. 617). Quant à l'alinéa 2 de l'article 7 LCart, il contient une liste exemplative de pratiques illicites, chaque cas devant être examiné à la lumière des critères généraux contenus dans la clause générale (comme le note F. Chaudet le texte allemand est plus clair que le texte français qui prévoit "Sont en particulier réputés illicites" (...) alors que selon la version allemande "Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere in Betracht" op. cit. ch. 49.2, p. 622; FF 1995 I 564).

Par entreprise dominante sur le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (art. 4 al. 2 LCart). Le critère déterminant est donc la capacité d'adopter des comportements indépendants à l'égard des autres opérateurs économiques. Et pour souligner que l'indépendance doit atteindre un certain degré, le législateur a recouru à l'adverbe "essentiellement" (dans le texte allemand également par l'emploi de l'expression "in wesentlichem Umfang"). L'indépendance peut se manifester au niveau de la fixation des prix, sous l'angle de l'éventail ou de la qualité des produits, en cas de discriminations ou de refus arbitraire de procéder à des échanges (HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, op. cit., ad. art. 4 n° 66, p. 27). La définition légale correspond à celle donnée par la Cour de justice des Communautés européennes: "position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs" (Arrêt de la Cour du 14 février 1978 en l'affaire *United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des communautés européennes*, Affaire 27/76, Rec. p. 207).

Enfin, cette disposition est rédigée de manière ouverte et indéterminée, le législateur ayant renoncé à établir un catalogue de critères comme c'était le cas dans l'ancienne loi sur les cartels et organisations analogues (art. 4 al. 2 de la loi fédérale du 20 décembre 1985 sur les cartels et organisations analogues [RO 1986 874]). Comme le souligne

le Conseil fédéral, de tels critères sont des indices, mais ils ne permettent pas de conclure directement à l'existence d'une position dominante, celle-ci devant être appréciée à la lumière de l'ensemble des circonstances de chaque cas particulier (FF 1995 I 547).

Pour établir si une entreprise a entravé de façon illicite la concurrence, il faut tout d'abord définir le marché en cause, puis déterminer si l'entreprise concernée est dominante sur le marché concerné et, enfin, dans l'affirmative, établir si son comportement est ou non constitutif d'une pratique illicite au sens de l'article 7 LCart.

5. Déterminer le marché suppose au préalable de fixer le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises. Le marché comporte deux dimensions: une porte sur les produits (délimitation matérielle; "Beherrschungsobjekt") alors que l'autre a trait à l'espace géographique (marché géographique) (MERCIER/GILLIÉRON/MACH/AFFOLTER, op. cit., p. 650; HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, op. cit., ad. art. 4 n° 56 et 57 p. 23; FRANCIS NORDMANN, Die schweizerische Fusionskontrolle im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, Zürich 1996, ch. 10.3.1.2.1, p. 201 et ch. 7.2.3, p. 76). La définition du marché joue un rôle capital puisqu'elle doit permettre de déterminer s'il existe des concurrents réels, capables de peser sur le comportement de l'entreprise mise en cause en l'empêchant d'agir de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché.

L'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (RS 251.40; ci-après OCCE) définit le marché des produits comme suit:

Le marché des produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (art. 11 al. 3 let. a).

La délimitation matérielle du marché doit reposer sur des critères objectifs. Elle doit être examinée à la lumière des circonstances de chaque cas particulier, soit, en d'autres termes, tenir compte des spécificités du secteur et des produits et/ou des services concernés, ainsi que de leur nature ("Die Aufgabe der Wettbewerbsbehörde liegt nun nicht darin, durch die Festlegung enger relevanter Märkte in möglichst vielen Fällen Marktmacht oder Marktbeherrschung festzustellen. Sie hat vielmehr bei der Marktabgrenzung sachliche Kriterien anzuwenden, um damit realistische Märkte festzulegen": HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, op. cit., ibidem; Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE C 372, 9 décembre 1997, p. 5; voir également PHILIPPE CHEVALIER, Dominance sur un marché de produits secondaires, in EU Competition Policy Newsletter, No 1, février 1998). D'autres auteurs soulignent dans le même sens que la détermi-

nation du marché en cause doit permettre d'évaluer si l'entreprise concernée a la possibilité d'entraver la concurrence et de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport à ses concurrents, clients et consommateurs et ajoutent: "On ne saurait donc, à cette fin, se limiter à l'examen des seules caractéristiques objectives des produits en cause, mais il faut également prendre en considération les conditions de concurrence et la structure de la demande et de l'offre sur le marché" (MERCIER/GILLIÉRON/MACH/AFFOLTER, op. cit, p. 234). De plus, comme le but de l'article 7 alinéa 1 LCart n'est pas d'empêcher en soi le recours à la puissance économique, mais de sanctionner uniquement les pratiques abusives, la notion de marché en cause est aussi indirectement subordonnée à l'abus reproché (un tel lien a été mis en évidence par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt du 13 février 1979 dans l'affaire Hoffmann-La-Roche & Co AG contre Commission des communautés européennes, affaire 85/76, Rec. p. 461).

Cela dit, on ne peut cependant guère nier que la délimitation matérielle du marché pertinent comporte une marge d'indétermination (FRANÇOIS SOUTY note que "Les économistes ont de réelles difficultés à se mettre unanimement d'accord sur la manière de définir correctement la dimension du marché pertinent", in *Le droit de la concurrence de l'Union européenne*, 2ème édition, Paris 1999, p. 78). De fait, la délimitation du marché est une question d'appréciation qui fait appel à des connaissances techniques et, à certains égards, à des considérations qui relèvent d'une politique publique (HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, op. cit., ad. art. 9 n° 77 p. 42; voir dans le même sens en matière de marchés publics ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98, et les références citées). Selon la jurisprudence et la doctrine, le juge doit en pareil cas restreindre son pouvoir d'examen et laisser à l'autorité une certaine latitude de jugement (PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. I, Berne 1994, p. 382 ss.; GRISEL, op. cit., p. 336).

5.1. En l'espèce, les restrictions en cause touchent le marché des produits secondaires, soit des produits et/ou des services (services et réparations) dont l'achat fait suite à l'achat d'autres produits, les produits primaires (achat d'appareils photographiques), et qui sont utilisés en liaison avec ces produits (pour la définition des marchés de produits secondaires, voir CHEVALIER, op. cit.). La Commission de la concurrence a retenu in casu une très forte relation entre le marché des produits primaires et celui des produits secondaires. Elle a admis qu'une exploitation abusive d'une position de force sur le marché secondaire - services et réparations - aurait indéniablement de l'impact sur le marché primaire - achats. Ce faisant, elle a fondé cette appréciation sur les éléments suivants:

a) Compte tenu de la durée de vie moyenne d'un appareil photographique, on peut estimer chaque année à environ 10% le nombre

des clients possédant un appareil obsolète qui deviennent ainsi des acheteurs potentiels informés des conditions existantes sur le marché des services et devant décider de l'acquisition d'un appareil Minolta ou d'une autre marque.

b) La fréquence des réparations est d'environ 50% entre la deuxième et dixième année.

c) Les coûts de réparation sont relativement élevés (entre CHF 100.-- et CHF 200.--); ils peuvent donc induire certains consommateurs à remplacer plus tôt leur équipement.

d) La transparence du marché sur lequel les détaillants jouent un rôle fondamental au niveau de l'information portant sur les caractéristiques techniques et les services après-vente rend les clients moins captifs.

e) Les concurrents les plus importants de Minolta disposent également de leur propre atelier de réparation et, pour les autres marques, il existe une tendance à désigner des ateliers agréés.

Dans sa prise de position du 22 septembre 2000, la Commission de la concurrence souligne que si elle n'a pas maintenu l'argumentation basée sur l'hypothèse de deux marchés séparés, c'est parce que l'intimée a clairement démontré qu'elle ne pouvait pas se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants sur le marché des services et réparations des appareils photos. Comme un comportement abusif sur le marché des produits secondaires aurait des conséquences sur le succès de la marque Minolta, il s'ensuit selon l'autorité intimée un effet disciplinaire du marché primaire (achats) sur les marchés secondaires situés en aval (services et réparations) et elle ajoute: "Ainsi les raisons de justification objectives dans le cas Felix vs Minolta conduisent de manière circulaire à une redélimitation du marché et suggèrent la définition d'un marché-système".

Minolta (Schweiz) AG indique que dans neuf cas sur dix les réparateurs lui transmettent les appareils défectueux pour réparation, car ceux-ci ne disposent pas des connaissances techniques suffisantes. Dans sa réponse du 14 septembre 2000, la recourante soutient qu'il n'existe aucune preuve concernant ces chiffres avant 1997. La recourante se réfère à une autre marque et avance, sans apporter de preuves et d'éléments très précis, que les réparateurs indépendants réparent 50,67% des appareils défectueux hors garantie de cette marque. Point n'est besoin cependant d'examiner plus avant cette question dès lors que, comme nous le verrons ci-après, cet élément ne joue pratiquement aucun rôle en l'espèce.

Felix Service SA soutient que le marché des pièces de rechange d'appareils photographiques de marque Minolta constitue un marché spécifique, distinct de celui de la vente. Dans sa réponse du 16 octobre

2000, la société recourante souligne par ailleurs qu'en suivant la théorie du marché-système les PME ne seront plus à même de se battre.

Quant à l'intimée, elle note que l'intermédiaire des réparateurs indépendants allonge les délais et entraîne un prix final de réparation plus élevé en raison des surtaxes perçues par ceux-ci et des frais d'envoi. Elle souligne par ailleurs que la qualité des réparations exécutées par les réparateurs indépendants n'est pas toujours assurée. Selon elle, il est de surcroît inadmissible d'exclure du marché les consommateurs. Elle soutient que la concurrence entre les fabricants d'appareils photos existe non seulement au niveau du produit lui-même, mais également par rapport à la qualité du service après vente, qui englobe le secteur de la réparation.

5.2. Comme relevé ci-dessus (consid. 5), la détermination du marché en cause doit permettre d'évaluer si Minolta (Schweiz) AG peut se comporter de "manière essentiellement indépendante" par rapport aux autres participants au marché.

La notion (large) de participants au marché englobe non seulement les concurrents, soit les réparateurs indépendants et fabricants, mais également les distributeurs, dont la taille varie du petit commerce aux grandes surfaces, et, finalement, les consommateurs. Des enquêtes effectuées auprès des distributeurs, il appert que la majorité d'entre eux envoie directement pour réparations les appareils photographiques défectueux à Minolta (Schweiz) AG, alors qu'une minorité les confie à des réparateurs indépendants. S'agissant des consommateurs, l'enquête laisse apparaître que la plupart des clients ne savent pas qui répare leur appareil et qu'une infime minorité d'entre eux envoie directement leur appareil pour réparation au fabricant, alors que la plupart d'entre eux s'adressent directement aux distributeurs où ils l'ont acheté. Les informations fournies par les enquêtes font ainsi clairement apparaître le rôle central que jouent en particulier les distributeurs sur le marché en cause. Dans ses observations complémentaires du 22 septembre 2000, la Commission de la concurrence insiste sur cet aspect et souligne l'importance de l'information des consommateurs qui, selon elle, leur permet de faire un choix sur des produits auxquels sont liés de "façon systémique" des biens complémentaires de sorte qu'ils constituent des "produits-systèmes".

Il découle de ce qui précède qu'il existe des raisons objectives d'englober dans la définition du marché pertinent non seulement les fabricants et réparateurs indépendants, mais également les distributeurs et, finalement, les consommateurs. Corrélativement, la Commission de la concurrence a tenu compte des répercussions du marché des produits secondaires (service et réparations) sur la demande émanant des consommateurs. Dans le cadre de la forte concurrence inter-marques, la qualité et les coûts des services après-vente sont certainement des éléments pris en considération par les acheteurs potentiels, ces der-

niers étant par ailleurs de plus en plus sensibilisés à ces questions par la presse spécialisée.

Par ailleurs, il ressort du dossier que la durée de vie moyenne d'un appareil photographique est de dix à quinze ans, qu'entre la deuxième et la dixième année, environ 50% des appareils doivent être réparés au moins une fois et que chaque année environ 10% de tous les appareils photos sont remplacés. Ces données, non contestées par la recourante, laissent apparaître une certaine pression du marché secondaire sur le marché primaire attendu que le possesseur d'un appareil photographique d'une marque donnée tiendra compte le jour où il décide de changer d'appareil de l'expérience acquise, soit, en particulier, de la qualité, du facteur temps et des coûts des réparations. Cela est d'autant plus vrai que, comme l'a montré l'enquête de la Commission de la concurrence, la fréquence des réparations est relativement élevée puisque un possesseur sur deux d'appareil Minolta doit recourir aux services après-vente entre la deuxième et dixième année pour des coûts non négligeables. La qualité, le facteur temps et le coût des réparations peuvent également induire certains consommateurs à remplacer leur équipement plus tôt, voire même les inciter à changer de marque. On ne peut donc guère nier que le service après-vente exerce une influence sur les consommateurs dans le choix d'une marque d'appareil photographique. Ne pas reconnaître l'existence d'une connexité entre le marché des produits primaires et secondaires serait contraire à la réalité du marché.

La Commission de la concurrence considère en outre que, sous l'angle de la transparence du marché, les distributeurs jouent un rôle fondamental en ce qui concerne le marché non seulement des produits primaires, mais également secondaires. Elle estime ainsi qu'ils accroissent la transparence en ce sens qu'ils décourageront leur clientèle d'acheter une marque qui offre un service après-vente anormalement cher. Cet argument est indirectement corroboré par le fait, non contesté par la recourante, que la majorité des distributeurs envoie directement pour réparation les appareils défectueux à Minolta (Schweiz) AG. Il ressort également du dossier que la plupart des possesseurs d'appareils photographiques s'adressent directement aux distributeurs où ils l'ont acheté. De plus, directement confrontés aux consommateurs, les distributeurs ont, comme le remarque pertinemment la Commission de la concurrence, un intérêt propre à accroître la transparence du marché en conseillant leur clientèle sur tous les aspects d'un achat, soit également sur la qualité et les coûts du service après-vente. Dans un marché où la concurrence intermarque est vive, on cherche à valoriser les liens de clientèle, or là également la qualité, la rapidité et le coût des réparations jouent un rôle déterminant. Restreindre le marché déterminant aux seuls réparateurs indépendants comme cela figurait dans le projet de décision du 26 juin 1998 ne serait au demeurant de toute manière pas plus convaincant. Cela dit, si l'on inclut également

les distributeurs dans le marché déterminant, on peut admettre que, sous l'angle de la réalité économique, il serait plutôt artificiel de vouloir scinder le marché de la vente de celui de la réparation en niant toute corrélation entre les deux. Au demeurant, comme nous l'avons rappelé ci-dessus (consid. 5), la Commission de céans laisse à la Commission de la concurrence une large marge d'appréciation, attendu que l'application des dispositions en cause nécessite des connaissances techniques (cf. DPC 1998/4, consid. 6, p. 676). Aussi longtemps que l'interprétation de l'autorité de décision paraît défendable, à savoir qu'elle n'est pas insoutenable ou qu'une erreur manifeste d'appréciation n'a pas été commise, les autorités de contrôle n'interviennent pas (RHINOW/KRÄHENMANN, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1990, no 66 B II b, p. 206; KÖLZ/HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zurich 1993, no 277, p. 166; KNAPP, *Précis de droit administratif*, 4e édition, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991, no 174-176, p. 37).

Selon l'autorité de première instance, les concurrents les plus importants de Minolta (Schweiz) AG disposent également de leur propre atelier de réparation et, pour les autres marques, il existe une tendance à désigner des ateliers agréés. Ceci démontre que les fabricants d'appareils photos cherchent à valoriser les liens de clientèle en accordant une attention toute particulière à l'interaction entre le marché des produits primaires et secondaires.

Pour le recourant, la décision querellée est contraire à la jurisprudence des pays voisins et de la Communauté européenne. Il est vrai que s'agissant par exemple du marché automobile, on a reconnu l'existence de deux marchés, soit celui de la vente et celui des pièces de rechange. Mais contrairement au secteur automobile où il est possible de copier les pièces d'origine, il est, aux dires de l'autorité de première instance, techniquement impossible et économiquement pas rentable de fabriquer des pièces de rechange pour la réparation d'appareils photographiques de la marque Minolta. Les réparateurs indépendants sont en fait déjà entièrement contrôlés par Minolta (Schweiz) AG. Il appert en effet du dossier qu'elle ne vend pas de pièces électroniques aux réparateurs indépendants, mais uniquement des pièces mécaniques. On peut donc partir de l'idée que ces derniers réparent uniquement la partie mécanique des appareils défectueux de marque Minolta. De plus, contrairement à d'autres secteurs, seules des pièces d'origine Minolta peuvent être utilisées pour la réparation desdits appareils, faute d'un marché de pièces OEM (Original Equipment Manufacturer). Restreindre le marché uniquement aux produits secondaires comme le demande la recourante permettrait peut-être de les protéger. Cependant le but de la loi sur les cartels est d'abord de promouvoir la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1er LCart). Comme le souligne le Secrétariat dans son papier de discussion du 18 janvier 1999, avec une utilisation excès-

sive de la théorie de deux marchés séparés, "le risque est celui de protéger les concurrents à la place de la concurrence (qualité, prix, quantité)".

Quoi qu'il en soit, la définition du marché doit résulter d'une analyse au cas par cas et non de l'application automatique d'une règle. Une telle analyse a amené la Commission européenne en l'espace de moins de deux ans à des conclusions différentes sur la position dominante d'entreprises sur les marchés secondaires en cause (CHEVALIER, op. cit.).

Elle n'a pas jugé que Kyocera occupe une position dominante sur le marché des fournitures destinées à ses propres imprimantes, en dépit de la part importante qu'elle détient sur ce marché, au motif qu'elle subit une concurrence intensive sur le marché primaire - celui des imprimantes, où les conditions sont telles que cette concurrence a également pour effet de limiter sa liberté d'action sur le marché secondaire, autrement dit celui des fournitures pour imprimantes. Elle a ainsi également tenu compte du fait que les acquéreurs d'imprimantes sont bien informés du prix demandé pour ces fournitures, que cet élément semble entrer en ligne de compte dans leur décision d'achat, ainsi que de la durée d'utilisation des imprimantes (Rapport 1995 sur l'application des règles de concurrence dans l'Union européenne, partie II, p. 148). Dans le même sens, la Commission des cartels (in Publication de la Commission des cartels [PublCC] 1977, p. 55) n'a pas jugé utile d'examiner plus avant des contrats de service pour appareils à copier relevant au passage que l'on considère en général les appareils à copier avec les services et les pièces de rechange ensemble comme un seul produit.

5.3. Il ressort de ce qui précède que la Commission de la concurrence s'est fondée sur des éléments objectifs pour déterminer le marché déterminant et conclure à l'existence d'un "marché-système". Il résulte que, dans le contexte spécifique de l'espèce retracée ci-dessus, la thèse de la recourante, consistant à scinder strictement le marché en deux, ne paraît pas plus convaincante que celle défendue par l'autorité intimée et qu'elle risque de conduire à une parcellisation du marché qui ne refléterait pas la réalité économique. Force donc est de constater que la Commission de la concurrence n'a pas outrepassé son pouvoir d'appréciation.

5.4. Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché des produits (art. 11 al. 3 let. b de l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises). L'autorité intimée a retenu que l'ensemble des conditions de la concurrence sur l'ensemble du territoire suisse sont suffisamment homogènes. Cela n'est pas contesté par les parties. Au demeurant, il n'est pas nécessaire d'examiner plus avant cette question qui, en l'espèce, n'est pas déterminante pour l'issue du procès.

6. Des pièces du dossier, il ressort que, sur le marché de la vente d'appareils photos, Minolta détenait en 1998 une part s'élevant à 24%. Quant au nombre de concurrents, il est de 15 à 20. Ces données ne sont pas contestées.

Comme nous venons de le voir, il existe une très forte relation entre le marché des produits primaires et secondaires. Vu l'ampleur des parts de marché détenues par Minolta (Schweiz) AG ainsi que la taille et le nombre de ses concurrents sur le marché des produits primaires, force est de constater que l'intimée n'est pas à même de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants sur le marché des produits secondaires.

Vu la conclusion à laquelle parvient la Commission de céans, point n'est besoin de d'examiner si le comportement de l'intimée est ou non constitutif d'une pratique illicite au sens de l'article 7 LCart.

7. Le recours est ainsi mal fondé et doit en conséquence être rejeté.

Vu l'issue de la procédure, les frais de justice doivent être mis à la charge du recourant qui succombe, sous déduction de l'avance de frais qu'il a déjà versée (art. 63 al. 1 PA et art. 5 al. 3 de l'ordonnance fédérale du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative [RS 172.041.0]). De plus, il n'y a pas lieu de lui octroyer des dépens.

L'intimée qui n'est pas représentée par un avocat dans la présente procédure, n'a pas subi de frais indispensables et relativement élevés. Il n'y a donc pas lieu de lui allouer des dépens (art. 64 al. 1 PA).

**Par ces motifs, la Commission de recours pour
les questions de concurrence:**

1. Rejette le recours.
 2. [Frais]
 3. [...]
 4. [Voie de recours]
 5. [Notification]
-

D Entwicklungen Développements Sviluppi

D 2 Bibliografie Bibliographie Bibliografia

DANZON Patricia M., CHAO Li-Wie, "Cross-national price differences for pharmaceuticals: how large and why? ", *Journal of Health Economics* 19 (2000), 159 ff.

DUTTA Shantanu, HEIDE Jan B., BERGEN Mark, "Vertical Territorial Restrictions and Public Policy: Theories and Industry Evidence", *Journal of Marketing*, Vol. 63 (Oktober 1999), 121 ff.

NIELS Gunnar, TEN KATE Adriaan, "Predatory Pricing Standards: Is There a Growing International Consensus?" in: *The Antitrust Bulletin* 2000, 787 ff.

SACHER Seht, SILVIA Louis, "Physician Networks, Integration and Efficiency" in: *The Antitrust Bulletin* 2000, 761 ff.

SHULL Bernard, WHITE Lawrence J., "A Symposium on the Changes in Banking, With Implications for Antitrust: Introduction" in: *The Antitrust Bulletin* 2000, 553 ff.

STEINER Robert L., "The Third Relevant Market" in: *The Antitrust Bulletin* 2000, 719 ff.

VAN MIERT Karel, "Markt Macht Wettbewerb. Meine Erfahrungen als Kommissar in Brüssel", DVA, München, 2000

VON BÜREN Roland/DAVID Lucas (Hrsg.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2 Kartellrecht*, Basel; Genf; München 2000 (WEBER Rolf H.: Einleitung; STOFFEL Walter A.: Wettbewerbsabreden; ZÄCH Roger: Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen und Ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen; DUCREY Patrik: Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; TERCIER Pierre: Droit privé de la concurrence; RICHLI Paul: Kartellverwaltungsverfahren; ZURKINDEN Philipp: Sanktionen und Ausführung internationaler Abkommen; DÄHLER Rolf: Wettbewerbsbehörden)

ZWEIFEL Peter, EISEN Roland, "Versicherungsökonomie", Springer-Verlag Berlin, 2000

E	Diverses Divers Diversi
E 1	1. OCDE Rapport annuel

OCDE/Comité du droit et de la politique de la concurrence

Rapport annuel sur la politique de la concurrence en Suisse (1er juillet 1999 – 30 juin 2000)

I. Modifications de la loi et de la politique de la concurrence, envisagées ou adoptées

1. Résumé des nouvelles dispositions relevant du droit de la concurrence et des matières connexes

1. La Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart) n'a pas fait l'objet de révision depuis la date de son entrée en vigueur le 1er juillet 1996.

2. Toutefois, le Département fédéral de l'économie a mis sur pied en automne 1999 une Commission d'experts chargée de réviser la LCart, notamment en vue de l'introduction de sanctions directes.

2. Autres mesures prises dans ce domaine (notamment instructions ou directives)

3. Aucune mesure ni directive n'a été prise dans ce domaine.

II. Mise en œuvre de la législation et de la politique de la concurrence

1. Action contre les pratiques anticoncurrentielles, y compris les ententes et abus de positions dominantes

a. 1) Résumé de l'activité des autorités de la concurrence

4. Durant la période considérée, le Secrétariat de la Commission de la concurrence (Comco) a clos 15 enquêtes préalables:

- 9 concernaient des accords illicites (art. 5 LCart);
- Les cas d'abus de position dominante (art. 7 LCart) portaient sur 6 cas;

5. Sur ces 15 enquêtes préalables:

- 7 ont été closes sans suite faute d'indices de restrictions illicites à la concurrence selon la LCart;

- Dans 2 cas, des mesures propres à supprimer ou à empêcher les restrictions à la concurrence ont été prises à l'amiable avec les entreprises concernées;
6. Durant la période considérée, la Comco a clos 12 enquêtes ordinaires.
- 8 enquêtes concernaient des cas d'accords illicites (art. 5 LCart);
 - 2 enquêtes portaient sur des cas d'abus de position dominante (art. 7 LCart);
 - 2 enquêtes ont été examinées sous l'angle des dispositions relatives aux accords illicites et abus de position dominante (art. 5 et 7 LCart) simultanément.
7. Au 30 juin 2000, 20 enquêtes préalables et 16 enquêtes ordinaires sont en cours.
-

Légende:

- DPC = Droit et Politique de la Concurrence (publication des autorités suisses de la concurrence, disponible sur le site internet: www.wettbewerbskommission.ch)
- 1 = enquête préalable : clôture sans suite (pas d'indice de restrictions illicites à la concurrence)
- 2 = enquête préalable : clôture sans suite (accord avec les parties selon art. 26 al. 2 LCart)
- 3 = enquête préalable : clôture avec suite (ouverture d'une enquête)
- 4 = enquête préalable: en cours au 30 juin 2000
- 5 = enquête: clôture
- 6 = enquête: en cours au 30 juin 2000

Nom de l'affaire	art. 5 LCart (accords)	art. 7 LCart (pos. dom.)	art. 5 et 7 LCart	Résultats (cf. légende)	Référence au DPC
Ramoneurs suisses	X			1	pas publié
SWICO Recycling-Garantie	X			1	1999/3, p. 373 ss.
Emoluments des agences de voyage	X			1	pas publié
Swisscom – Lignes louées		x		1	1999/3, p. 375 ss.
Coopération Kassensturz – saldo	X			1	2000/1, p. 8 ss.
Accord de soumission dans le canton de Tessin	X			1	pas publié
Professeurs de tennis	X			2	pas publié
Apothekerzeitung		x		2	pas publié
Lokoop AG/CFF		x		3	2000/1, p. 1 ss.
Tarifs privés des médecins	X			4	-
Liste des médicaments à la charge des assurés (LPPA)	X			4	-
Europay / Which SA			X	4	-
Assurances responsabilité civile pour voitures et moto	X			4	-
Abonnements des remontées mécaniques Valais	x			4	-
Kinofilmverleih			x	4	-
ASTAG Frachttarife	x			4	-
Jahresumsatzprämie Pressewerbung	x			4	-
Migros/Watt – EBM		x		4	-
Migros/Watt – SIR		x		4	-

Bödeli AG/Tele 24		x		4	-
XDSL-offre Swisscom		x		4	-
Marché des ascenseurs			x	4	-
Marché de l'essence à Bienne	x			4	-
Normes de l'association Bio Suisse			x	4	-
Etanchéité et asphaltage à Genève	x			4	-
Terminaux de cartes de crédit	x			4	-
Réparation d'appareils électriques	x			4	-
Accord de soumission des constructeurs Suisses	x			4	-
Prix des cigarettes	x			4	-
Marché des médicaments (SANPHAR)	X			5	2000/3, p. 320
Produits d'assurance-maladie obligatoire (Zurich)			X	5	1999/3, p. 463
Bahnhofkioske			x	5	1999/3, p. 400 ss
Institut Suisse de Météorologie		x		5	1999/3, p. 415 ss
Prix des quotidiens tessinois	x			5	2000/1, p. 16 ss
Prix des boissons restaurants Romandie	x			5	2000/1, p. 25 ss
BKW FMB Energie AG		x		5	2000/1, p. 29 ss
Accords d'approvisionnement des détaillants	x			5	2000/2, p. 212 ss
Accord dans la distribution des livres	x			5	1999/3, p. 441 ss
Cartel des vitamines (Roche, BASF, RP)	x			5	2000/2, p. 186 ss
Distribution des voitures Volkswagen	x			5	2000/2, p. 196 ss
Tarifs conseillés des auto-écoles (AFEC)	X			3 + 5	2000/2, p. 167 ss
Tarifs privés des médecins Zurich	X			6	-
Teleclub/Cablecom		x		6	-
JC Decaux/Affichage Holding	x			6	-

Lokoop/CCF		x		6	-
Migros/Watt – FEW		x		6	-
Tarifs téléphonie mobile			x	6	-
Marché suisse de l'essence	x			6	-
Distribution des voitures Citroën	x			6	-
Revêtements des routes (nord-est de la Suisse)	x			6	-
Accord de soumission (bibliothèque nationale)	x			6	-
Accord sur la distribution des montres	x			6	-
Clause de paiement en espèce (cartes de crédit)		X		3 + 6	-
Distribution de produits dentaires		X		3 + 6	-
Industrie dentaire		X		3 + 6	-
Association des médecins d'Argovie (AAV)	X			3 + 6	-
Distribution de médicaments vétérinaires	X			3 + 6	-

Résumé des cas importants

8. **Auto-école**¹: Le 8 mai 2000, la Comco a interdit aux moniteurs de l'Association des écoles de circulation du canton de Fribourg (AFEC) de s'entendre à l'avenir sur les tarifs pour les cours pratiques auto, moto et camion ainsi que pour les cours de sensibilisation au trafic. Pour la Comco, les recommandations de prix constituent des cartels présumés illicites lorsqu'elles sont suivies par les entreprises auxquelles elles sont destinées. Peu importe que ces recommandations ne soient pas obligatoires. Dans le cas d'espèce, l'enquête a établi que les accords de prix en question étaient suivis par les moniteurs auto-école, ce qui a eu pour effet d'affecter notablement, voire de supprimer la concurrence efficace entre les moniteurs de conduite dans le canton de Fribourg. Les résultats de cette enquête ont confirmé les indices de restrictions illicites de la concurrence que le secrétariat avait mis en évidence suite à plusieurs enquêtes préalables menées au printemps 1999 dans plusieurs cantons suisses.

9. **Sanphar**²: L'Association Sanphar réglementait l'ordre des marges et des rabais en matière de distributions des médicaments en Suisse,

¹ DPC 2000/2, p. 167 ss.

² DPC 2000/3, p. 320 ss.

ainsi que des conditions imposées aux grossistes de l'association. Le 7 juin 2000, la Comco a décidé d'interdire ces accords car ils affectaient notablement la concurrence. En matière de prix (marges et rabais), l'accord Sanphar s'appliquait à trois niveaux. Premièrement, les importateurs et les producteurs de médicaments s'entendaient pour n'octroyer aux grossistes que des rabais se situant dans une fourchette de +/-2% du prix ex factory. Deuxièmement, les grossistes ne pouvaient octroyer à leurs clients des rabais dépassant la marge des grossistes-Sanphar. Troisièmement, les pharmaciens, les droguistes et les médecins dispensants devaient fixer leurs marges selon un pourcentage ou une somme déterminée en fonction des prix de vente finaux des médicaments. Quant aux conditions appliquées aux grossistes, l'accord Sanphar réglait la gamme minimale de produits et de clients dont devaient disposer les grossistes qui désiraient profiter de conditions d'achat avantageuses auprès d'un producteur ou d'un importateur. Les conditions fixées par cet accord constituaient des barrières à l'entrée sur le marché de nouveaux grossistes pouvant concurrencer les entreprises déjà établies.

10. **SMA**³: Dans sa décision SMA, la Commission a constaté que l'Institut Suisse de Météorologie détenait une position dominante sur différents segments du marché de la fourniture de données météorologiques et qu'il avait abusé de cette position dans la mesure où ses prestations variaient d'un client à l'autre. Confirmant une ordonnance de mesures provisionnelles, la Commission a obligé l'Institut à offrir ses prestations à des conditions équivalentes ainsi qu'à lui présenter le calcul de ses coûts. Bien que l'Institut dépende de l'administration fédérale, la Commission l'a considéré comme une entreprise soumise aux règles de concurrence. La Commission a également rejeté l'argument selon lequel la législation fédérale sur la météorologie s'opposerait à l'application de la LCart. La SMA a interjeté un recours contre la décision.

11. **Recommandation de prix pour les boissons**⁴: Dans cette affaire, la Commission a examiné des recommandations de prix pour certaines boissons servies dans la restauration. Ces recommandations ont été émises par cinq associations professionnelles de Gastrosuisse à l'attention de leurs membres. Après avoir mené une enquête préalable qui a confirmé l'existence d'indices pour un accord illicite sur les prix, le secrétariat de la Commission a conclu un "accord à l'amiable" dans lequel les parties concernées ont déclaré que chaque restaurateur pouvait définir ses prix librement; elles se sont également engagées à ne plus émettre de semblables recommandations. Cet accord a été approuvé par la Commission.

³ DPC 1999/3, p. 415 ss.

⁴ DPC 2000/1, p. 25 ss.

12. **Tarifs dans la téléphonie mobile**⁵: Le 15 mai 2000, le secrétariat de la Commission de la concurrence a ouvert une enquête au sujet de la situation concurrentielle sur le marché de la téléphonie mobile en Suisse. Cette procédure a été motivée par l'existence d'indices de position dominante collective et par le niveau des tarifs offerts sur le marché. On peut en effet constater que les prix des trois opérateurs actuellement actifs en Suisse revêtent une structure et des montants fort semblables. Cette situation prévaut aussi bien pour les prix des appels sortants (Origination) que pour ceux des appels entrants (Termination). L'enquête démontrera si cette situation est imputable à des restrictions illicites à la concurrence sous forme d'abus de position dominante et/ou d'entente restrictive.

13. **Lignes louées**⁶: Le 31 août 1999, le secrétariat de la Commission de la concurrence a clos sans suite une enquête préalable concernant certains comportements reprochés à Swisscom dans le domaine des lignes louées. Il s'agissait d'examiner sa politique de prix (augmentations et système de rabais) ainsi que certaines modifications au niveau de l'offre d'infrastructures. L'examen n'a pas révélé d'indices d'abus de position dominante. Dans ce contexte, on peut aussi noter que la Commission de la concurrence a délivré un avis consultatif au sujet de la position de Swisscom dans le domaine des lignes louées dans une procédure d'interconnection devant la Commission de la communication (DPC 2000/1, p. 70).

14. **Enquête sur le marché des vitamines**⁷: Par décision du 17 avril 2000, la Comco a déclaré illicites les accords passés entre les membres du cartel mondial des vitamines qui avaient déployé des effets en Suisse depuis 1990 jusqu'en 1999. Ce cas a lancé un débat politique sur un possible renforcement du régime des sanctions prévus par la LCart. Un groupe d'experts est actuellement chargé d'examiner des propositions de réforme, notamment l'introduction de sanctions directes.

a. 2) Résumé de l'activité de la Surveillance des prix

15. Le Surveillant des prix a pour tâche d'empêcher les augmentations ou le maintien de prix abusifs fixés par des cartels et des entreprises puissantes sur le marché. Aujourd'hui, l'activité de la Surveillance des prix s'exerce avant tout à l'encontre des prix administrés par l'Etat et fixés par des entreprises puissantes⁸. Parmi les principaux dossiers traités par la Surveillance des prix au cours de la période du 1er juillet

⁵ Feuille Fédérale du 30 mai 2000, p. 2826

⁶ DPC 1999/3, p. 375

⁷ DPC 2000/2, p. 186 ss.

⁸ Pour un aperçu des activités du Surveillant des Prix, DPC 1999/5

1999 au 30 juin 2000, mentionnons l'appréciation des hausses de tarifs soumises par des autorités au sens des articles 14 et 15 de la loi fédérale sur la surveillance des prix (LSPr), le projet tarifaire GRAT/Tarmed (création d'une structure pour la tarification des prestations médicales), les taxes de télé-réseau, les tarifs postaux et les prix des produits Microsoft.

16. Les modifications de prix fixés ou approuvés par des autorités doivent être au préalable soumises au Surveillant des prix pour avis. Plus de 120 annonces de hausses de prix ont été analysées au cours de la période. Les annonces des communes ont concerné principalement les tarifs d'eau et d'épuration des eaux ainsi que les taxes d'élimination des ordures, tandis que celles des cantons se sont rapportées essentiellement au domaine de la santé.

17. L'analyse du **nouveau tarif médical GRAT/TarMed**⁹ a montré, contrairement à ce qui avait été annoncé, que la révision tarifaire n'était pas neutre du point de vue des coûts, mais qu'elle aurait induit des coûts supplémentaires d'environ CHF 1 mia. Les adaptations effectuées à la suite de l'intervention de la Surveillance des prix ont apporté des améliorations considérables. Toutefois, la neutralité des coûts n'est toujours pas garantie et à ce jour, aucune solution contractuelle n'a encore été trouvée.

18. Les abonnés au **télé-réseau de Cablecom**¹⁰ ont aussi profité de l'activité du Surveillant des prix. Suite aux négociations menées, les taxes d'abonnement n'ont pas pu être augmentées de manière uniforme à Fr. 24.- mais varient dans une fourchette de CHF 17.-- à CHF 22.--. En outre, la taxe est réduite à CHF 14.-- par mois pour les auditeurs n'écoutant que la radio.

19. Les augmentations des prix d'envoi des **lettres et colis** annoncées par la Poste pour le 1er juillet 2000 ont fait l'objet d'analyses approfondies et une recommandation a été adressée à l'autorité fédérale compétente (Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication, DETEC). L'autorité n'a pas encore pris sa décision.

20. Suite au reproche de consommateurs au sujet des prix des **produits Microsoft** nettement plus élevés en Suisse qu'aux USA, la Surveillance des prix a ouvert une enquête visant à déterminer si et dans quelle mesure ces écarts de prix se maintiennent, leurs raisons exactes et les éventuelles mesures à prendre.

⁹ DPC 1999/5, p. 760 ss.

¹⁰ DPC 1999/5, p. 772 ss.

a. 3) Résumé de l'activité de la Commission fédérale de la communication

21. La Commission de la communication (ComCom) a été instaurée lors de la révision de la loi sur les télécommunications (LTC) en tant qu'autorité de réglementation sectorielle. Sa mission principale consiste à délivrer des concessions pour l'offre de services de télécommunication dans la mesure où elle n'a pas déjà délégué cette compétence à l'Office fédéral de la communication (OFCOM, art. 5 LTC).

22. La Commission de la concurrence, quant à elle, s'est vue confier un rôle consultatif dans le domaine de l'interconnexion. Seules des entreprises en position dominante peuvent être contraintes d'accorder l'interconnexion. La Commission de la concurrence doit se prononcer sur la question de la position dominante pour le compte de la ComCom (art. 11 al. 3 LTC).

23. Dans ce contexte, notons que la Commission de la concurrence a délivré un avis consultatif au sujet de la position de Swisscom dans le domaine des lignes louées dans une procédure d'interconnexion déposée par l'entreprise Comcare contre Swisscom devant la Commission de la communication (DPC 2000/1, p. 70). Dans cette affaire, la ComCom avait déjà rejeté les mesures provisionnelles dans une décision incidente du 28 juin 1999 aussi bien en ce qui concerne l'interconnexion pour les lignes louées que pour les supports (c.-à-d. l'accès direct aux raccordements d'usagers (dégrouper de la boucle locale ou "unbundling"). C'est dans le cadre de la procédure principale, qui est encore pendante, que l'expertise de la Commission de la concurrence a établi que Swisscom disposait d'une position dominante en matière de lignes louées dans le domaine de la boucle locale, mais pas pour le reste du réseau. Vu la complexité de la procédure, une décision de la ComCom n'est pas attendue avant l'été 2000.

a. 4) Résumé de l'activité de la Commission de recours pour les questions de concurrence

24. La Commission de recours en matière de concurrence a rendu plusieurs décisions touchant des aspects formelles de l'application de la LCart:

- Elle a tout d'abord été saisie d'un recours interjeté par une entreprise qui estimait que la Comco ne pouvait pas la convoquer à une audition après que la recourante avait pris position sur le projet de décision du secrétariat. La Commission de recours n'est pas entrée en matière sur le recours car elle a estimé que l'entreprise n'avait pas démontré que la décision de convocation de la Comco, pour autant que celle-ci constitue une décision incidente, lui causait un préjudice difficilement réparable¹¹.

?

¹¹ DPC 1999/3, p. 495 ss.

- Elle a aussi été saisie d'un recours contre la décision par laquelle la Comco avait prolongé de 29 jours le délai de réponse d'une partie sur le projet de décision du secrétariat. La Commission de recours a accepté le recours de cette entreprise car elle a estimé que la Comco n'avait pas suffisamment motivé la modification de sa pratique (délai habituellement de 30 jours)¹².
- Elle a également approuvé un recours visant à restituer l'effet suspensif que la Comco avait retiré lors d'une décision incidente rendue en matière de mesures provisionnelles. Selon la Commission de recours, le retrait de l'effet suspensif d'une décision de la Comco doit reposer sur des motifs convaincants, surtout si la Comco prend des mesures provisionnelles¹³.
- Elle a enfin approuvé un recours contre une décision de mesures provisionnelles prise par la Comco. La Commission de recours a estimé que les quatre conditions cumulatives permettant de prendre des mesures provisionnelles, à savoir le pronostic favorable de la requête au fond, le préjudice difficilement réparable, l'urgence de la mesure et la proportionnalité, n'étaient pas toutes remplies en l'espèce¹⁴.

25. La Commission de recours a aussi pris position sur certains aspects matériels de la LCart.

- Dans son arrêt du 23 septembre 1999 concernant les listes de tarifs pour les services et réparations des chaudières et brûleurs à gaz et à mazout, elle a ainsi estimé que 1) les comportements parallèles ne constituent pas des accords en matière de concurrence au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart et 2) les aides de calcul non obligatoires doivent être appréciées à la lumière de l'article 5 alinéa 2 LCart¹⁵.
- Dans son arrêt du 9 mars 2000, la Commission de recours a rappelé que les enquêtes préalables sont des procédures informelles dont le rapport de clôture ne constitue pas une décision formelle au sens de la loi sur la procédure administrative (LPA)¹⁶.

a. 5) Résumé de l'activité des tribunaux cantonaux

26. Aucune activité particulière n'est à mentionner sous cette rubrique.

a. 6) Résumé de l'activité du Tribunal fédéral

27. Le Tribunal fédéral (TF) a rendu deux arrêts importants en matière de concurrence. Le premier concerne la vente de médicaments par la

¹² DPC 1999/3, p. 497 ss.

¹³ DPC 1999/3, p. 501 ss.

¹⁴ DPC 1999/4, p. 618 ss.

¹⁵ DPC 1999/3, p. 503 ss.

¹⁶ DPC 2000/1, p. 100 ss.

poste et ses effets en relation avec la loi sur le marché intérieur. Le second traite des importations parallèles de biens protégés par des brevets:

- La société MediService SA vend des médicaments par la poste. Elle a obtenu, en mars 1997, une autorisation d'exploiter une pharmacie officielle dans le canton de Soleure. Le 28 janvier 1998, le Conseil d'Etat du canton de Vaud a adopté un Règlement interdisant la vente par correspondance et l'envoi postal de médicaments. MediService a déposé un recours de droit public devant le TF visant à annuler le Règlement précité. Dans son arrêt, le TF a jugé que l'interdiction de l'envoi postal de médicaments par des pharmacies ne peut être opposée à la recourante, de sorte que celle-ci peut accéder librement au marché suisse en vertu de la loi sur le marché intérieur (LMI)¹⁷.
- Selon l'arrêt Kodak¹⁸, les droits découlant d'un brevet s'épuisent uniquement sur le plan national. Les importations parallèles de produits protégés par le droit des brevets peuvent ainsi être entravées dans le cadre du droit des brevets. Les éventuelles restrictions à la concurrence qui en découlent doivent être examinées à la lumière de la LCart. En effet, bien qu'une répartition des marchés soit due à la délimitation territoriale de l'ordre juridique national, la répartition artificielle des marchés n'entre pas dans les attributions du titulaire du brevet. En particulier, une différence de prix importante du produit breveté lors de sa mise en circulation en Suisse constitue, en comparaison avec des conditions cadres économiques et juridiques analogues à l'étranger, un abus illicite relevant du droit des cartels (art. 7 LCart).

a. 7) Résumé de l'activité du Conseil fédéral

28. Aucune activité particulière n'est à mentionner sous cette rubrique.

a. Description d'affaires importantes, notamment celles qui ont des conséquences sur le plan international

29. Enquête sur les prix imposés dans les librairies alémaniques. Par décision du 6 septembre 1999, la Comco a interdit l'application du système des prix imposés pratiqué sur les livres de langue allemande. L'objet de l'interdiction n'est pas le système des prix imposés entre les éditeurs et les libraires en tant que tel, mais le fait que, dans le cas concret, une coordination horizontale imposait ce système de prix à

¹⁷ Cette loi garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al.1 LCart).

¹⁸ ATF 126 III 213, reproduit dans DPC 2000/1, p. 122 ss.

l'ensemble de la branche. Cette décision fait actuellement l'objet d'un recours devant la Commission de recours en matière de concurrence.

2. Fusions et acquisitions

a) Statistiques sur le nombre et le type de fusions notifiées et/ou contrôlées

30. Quarante opérations de concentration ont été notifiées durant la période considérée: 17 durant le deuxième semestre 1999 et 23 durant le premier semestre 2000. La Commission n'a procédé à aucun examen approfondi.

31. Le tableau suivant fait état de l'activité de la Comco en matière de fusions d'entreprises.

Légende:

- ⊕ = Pas d'objection après examen préalable (art. 32 LCart)
- ⊗ = Pas d'objection après examen (art. 33 LCart)
- O = Autorisation sous réserve du respect de charges et de conditions
- ◆ = Sanctions pour violation de l'obligation préalable de notification
- ∇ = Notification retirée par les parties
- (∇) = Procédure en cours au 30 juin 2000
- * = Opération non soumise au contrôle des concentrations (pas de notification)
- F = Fusion;
- AC = Acquisition du contrôle
- EC = Entreprise commune

Noms des entreprises participantes et type	Résultat	Publication DPC
2^{ème} semestre 1999		
HSBC Holdings plc / Republic New York Corp. (F)	⊕	pas publié
Telekurs AG (UBS AG, Credit Suisse, Viseca) (EC)	*	pas publié
Basellandschaftliche Kantonalbank / ATAG Asset Management (AC)	*	pas publié
Valora Holding AG/Melisa (AC)	⊕	1999/3, p. 468
CSG/Belcom Holding (AC)	⊕	1999/3, p. 476
TeleZüri AG (EC)	⊕	1999/3, p. 479
Swisscom/Debitel (AC)	⊕	1999/3, p. 480
Bon Appétit Holding – Usego Hofer Curti	⊕	1999/3, p. 478
ITV/IVG – TUI (Suisse) AG (AC)	⊕	1999/3, p. 482
SBB AG – Transpetrol GmbH (EC)	⊕	1999/3, p. 487
Exxon-Mobil (F)	⊕	1999/3, p. 478
Hoechst-Rhône Poulenc (Aventis) (F)	⊕	1999/3, p. 487
Holtzbrinck – Verlagsgruppe Handelsblatt/Dow Jones (AC)	⊕	1999/4, p. 603

Alcan-Pechiney-Algroup (F)	⊕	1999/4, p. 606
GE Capital / Lisca AG (F)	⊕	1999/4, p. 602
Gétaz/Romang-Miauton (AC)	⊕	2000/1, p. 54
Volvo-Scania (F)	⊕	2000/1, p. 51
Freecom-Dangaard (AC)	⊕	2000/1, p. 43
Rheinmetall-Contraves (AC)	⊕	2000/1, p. 50
1^{er} semestre 2000		
Rentenanstalt / STG Holding AG (AC)	*	pas publié
Banque Nationale de Paris / Paribas (AC)	⊕ (♦)	à paraître
Kuoni/TUI (EC)	⊕	2000/3, p. 399
Berner Oberland Medien AG (F)	(V)	2000/3, p. 414
Basler Kantonalbank / Coop Bank (AC)	⊕	2000/1, p. 40
" avec. " (SBB, Migros, Kiosk AG) (EC)	⊕	2000/1, p. 36
NZZ AG/Buchdruckerei Buchs AG (AC)	⊕	2000/1, p. 41
Railtour Suisse SA/RailAway AG (EC)	⊕	2000/1, p. 45
GU Sat.1/Ringier AG (EC)	⊕	2000/1, p. 46
Dow Jones reuters Business Interactive	⊕	2000/1, p. 43
Actebis-CHS (AC)	⊕ (♦)	2000/1, p. 69
European Aeronautics Defence & Space Company (EC)	⊕	2000/1, p. 66
British Petroleum-Amoco/Mobil (EC)	⊕	2000/1, p. 53
TA-Media/X. (AC)	⊕	2000/3, p. 398
Rätia Energie AG (EC)	⊕	2000/2, p. 235
Südostschweiz Pressevertrieb AG (EC)	⊕	2000/2, p. 230
EM.TV & Merchandising AG (EC)	⊕	2000/2, p. 233
Veba/Viag (F)	⊕	2000/2, p. 224
Radio RI (EC)	⊕	2000/2, p. 249
NZZ/Bertelsmann – SSB (EC)	⊕	2000/2, p. 253
COS-Primus/Online (F)	⊕	-
Totalfina-Elf Aquitaine (F)	⊕	2000/2, p. 228
Tobler-Alruma (AC)	⊕	2000/2, p. 255
Alstom-Alstom ABB Power Generation (AC)	⊕	2000/2, p. 257
Bon Apétit-Bell Gastro	⊕	2000/2, p. 256

b) Description des affaires importantes

32. **Valora Holding/Melisa**¹⁹. Cette affaire concernait l'acquisition d'une entreprise spécialisée dans la distribution de livres et de produits de presse en langue italienne dans le canton du Tessin par un groupe actif dans la distribution de livres et de produits de la presse. La Commission a estimé que l'opération avait des effets sur deux marchés : (1) fourniture en temps utiles de points de vente au Tessin d'assortiments de presse en langue italienne et allemande, (2) distribution en temps utiles de titres en langue italienne et allemande par des points de vente de presse au Tessin. La Commission a autorisé l'opération après avoir constaté que le marché de la distribution de la presse contenait des éléments d'un monopole naturel et que l'opération ne créait ni ne renforçait une position dominante.

33. **Rätia Energie AG**²⁰. Dans cette procédure, la Commission a autorisé dans le délai d'examen préalable d'un mois la concentration des actifs d'entreprises de fourniture d'électricité au sein d'une entreprise commune (Rätia Energie AG). S'agissant des marchés affectés, elle a séparé les domaines de la production, du transport, de la distribution et de la fourniture d'énergie électrique. S'agissant des conséquences de l'opération, la Commission a distingué effets horizontaux, verticaux et autres. Elle a identifié les éventuels effets négatifs résultant de l'intégration de réseaux de transport et de capacités de production. Elle les a nié dans le cas d'espèce en se référant notamment à la future loi sur le marché de l'électricité dont le projet prévoit un "Third Party Access". A noter par ailleurs, que l'affaire Rätia Energie AG constitue le premier cas dans lequel la Commission a analysé une opération de concentration sur le plan des "spill-over effects" et des "ancillary restrictions".

III. Le rôle des autorités de la concurrence dans la mise en œuvre des autres politiques, par exemple les mesures de réforme réglementaire et les mesures de politique commerciale ou industrielle

1. Activités des autorités de la concurrence en relation avec la LCart

34. Une tâche essentielle des autorités de la concurrence réside dans leur participation au processus législatif en formulant des préavis, aussi

¹⁹ DPC 1999/3, p. 468

²⁰ DPC 2000/2, p. 235 ss.

bien sur le plan fédéral que cantonal (art. 46 LCart). En outre, la Comco observe de façon suivie la situation de la concurrence et peut adresser aux autorités des recommandations visant à promouvoir une concurrence efficace (art. 45 LCart). Il convient d'illustrer ici les applications de ces prérogatives.

a) Préavis

35. **Révision du règlement sur les tarifs applicable aux avocats et avocates exerçant dans le canton de Bâle-Campagne**²¹. Le projet de révision prévoyait un tarif horaire de base. Lorsque les honoraires des avocats étaient calculés en fonction de la valeur litigieuse, ils devaient se situer dans une certaine "fourchette de prix". Une majoration était admise, pour autant qu'elle n'excédait pas le 280% du montant de base. Le projet contenait aussi des dispositions permettant de réduire les honoraires pour certaines procédures ou lors de révocation anticipée du mandat. Enfin, le calcul des débours devait s'effectuer selon un tarif fixe, ce qui pourrait constituer une limitation de la concurrence entre avocats. Dans le cadre de ses compétences découlant de l'article 46 alinéa 2 LCart, la Commission de la concurrence a recommandé au canton de Bâle-Campagne d'opter pour une solution plus libérale. Ainsi, les honoraires des avocats et avocates devraient se calculer d'entente avec le client, en tenant compte de la complexité et de l'importance de l'affaire, de la responsabilité assumée par l'avocat, du résultat obtenu et de la situation financière du client.

36. **Modification de la loi vaudoise sur la santé publique**²². L'actuelle loi vaudoise sur la santé interdit en principe aux professionnels de la santé de faire de la publicité. Le projet de révision prévoit que les personnes au bénéfice d'une autorisation de pratiquer peuvent désormais faire de la publicité concernant leur activité, pour autant qu'elle ne soit ni excessive ni trompeuse. La Commission de la concurrence a encouragé cette formulation, arguant que la publicité est nécessaire dans le domaine de la santé puisqu'elle donne plus d'informations aux patients, améliore l'innovation et permet aux nouveaux professionnels de la santé de se faire connaître du public. Par ailleurs, les méfaits de la publicité en matière de santé sont limités non seulement par la loi sur la concurrence déloyale qui permet de réprimer la publicité trompeuse ou mensongère, mais aussi par le secret médical qui évite que les professionnels de la santé fassent de la publicité "personnalisée".

²¹ DPC 1999/4, p. 616 ss.

²² DPC 2000/1, p. 97 ss.

b) Recommandations

37. Aucune activité n'est à mentionner dans ce domaine.

2. Activités des autorités de la concurrence en relation avec la Loi sur le marché intérieur (LMI)

38. Pendant la période considérée, la Comco a émis une recommandation (art. 8 LMI) concernant un projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP). Elle n'a pas établi d'expertise selon l'article 10 LMI. Enfin, le secrétariat a fourni plusieurs renseignements aux cantons et communes sur les marchés publics, le principe de non-discrimination et la reconnaissance mutuelle des certificats de capacités.

a) Recommandations (art. 8 LMI)

39. Sur la base de l'article 8 alinéa 2 LMI, la Comco a adressé aux autorités cantonales une recommandation en matière de marchés publics. Le projet de révision de l'AIMP avait pour but d'intégrer les obligations découlant de l'accord bilatéral concernant les marchés publics dans l'accord intercantonal. En plus, la Comco a favorisé des valeurs seuils uniformes car des différences dans le domaine des marchés publics cantonaux peuvent conduire à des obstacles à la libre concurrence.

b) Autres

40. Le secrétariat de la Comco a pour sa part répondu à plusieurs questions émanant d'autorités ou de particuliers portant sur les marchés publics. Il s'est ainsi exprimé sur des projets de législation sur les marchés publics de plusieurs communes et sur des questions particulières telles que les procédures d'adjudication, les dispositions relatives aux voies de droit ou les dispositions portant sur le respect des conditions de travail. De plus, le secrétariat a informé les cantons et les communes de la portée d'un arrêt du Tribunal fédéral sur les recommandations de la Comco du 17 mai 1999 concernant les contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure. Le secrétariat a aussi mené une discussion avec les autorités cantonales et intercantionales sur les valeurs seuils des procédures d'adjudication en vue d'élaborer une recommandation sur ce sujet. Il a de plus soutenu les travaux de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration (OPCA) en vue de l'élaboration d'un rapport relatif aux effets de la LMI sur le marché intérieur et sur la libre circulation des services et des personnes. Ce rapport ainsi que celui de la Commission de gestion du Conseil national (établi sur l'évaluation de l'OPCA) ont été publiés le 30 juin 2000²³.

²³ Ces documents peuvent être obtenus auprès du secrétariat des Commissions de gestion et de la Délégation des Commissions de gestion, 3003 Berne (tél.: 031/ 322 97 13; fax: 031/ 322 98 66).

Enfin, le Secrétariat a fourni des renseignements concernant la reconnaissance des certificats de capacité et s'est prononcé sur un projet communal de règlement de services des taxis.

IV. Ressources des autorités chargées de la concurrence

1. Ressources globales

a) Budget annuel

41. Le budget annuel total comprend les dépenses en personnel et en matériel de la Comco et de son Secrétariat. En 1999, il se montait à CHF 4'770'100 (soit \$2'873'554 au cours de CHF/\$ 1.66 en juillet 2000). Le budget annuel total pour l'année 2000 s'élève à CHF 4'884'000.-- (soit \$2'942'168), ce qui représente une augmentation d'environ 2,4% par rapport à l'exercice précédent.

b) Effectifs

42. La Comco est une autorité de décision composée de 14 membres de milice. Les dossiers sont préparés par le Secrétariat permanent employant 43 personnes: 4 membres de la direction, 39 collaborateurs dont 16 juristes, 15 économistes et 8 secrétaires.

2. Ressources humaines affectées

43. Durant la période du 1er juillet 1999 au 30 juin 2000, les ressources humaines du Secrétariat ont été utilisées dans les proportions suivantes: a) 70% pour la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles; b) 20% pour le contrôle des fusions et pour l'application de la législation et c) 10% pour les actions de plaidoyer sous forme d'avis ou de recommandations aux tribunaux dans les procédures de recours.

V. Rapports et études sur les questions concernant la politique de la concurrence (ou références bibliographiques)

44. Les autorités de la concurrence publient régulièrement leurs activités dans la revue "Droit et politique de la concurrence" (DPC).

AMSTUTZ Marc, Begriff der Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 und Artikel 5 f. KG: Anwendbarkeit des Kartellrechts auf einseitige vertragliche Konkurrenzverbote?, AJP/PJA 11/1999, p. 1477 ss.

BRECHBÜHL Beat/TRIEBOLD Oliver, Koppelungsgeschäfte marktbeherrschender Unternehmen - Der Fall Microsoft und das schweizerische Verhaltensrecht, AJP/PJA 2000, p. 27 ss.

BELLANGER François/BOVET Christian, Marché de l'affichage public ou marché public de l'affichage?, Baurecht/Droit de la construction 4/1999

BORNER Silvio, Nationale oder internationale Erschöpfung von Patenten, sic! 4/1999, p. 476 s.

BORER Jürg, Beurteilung von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: ZÄCH R. (édit.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zurich 2000, p. 35 ss.

BOVET Christian, Premières expériences dans le contrôle des concentrations, Journée du droit de la concurrence 1998, in: BOVET C. (édit.), Libéralisation des télécommunications. Concentrations d'entreprises, Zurich 1999, p. 61 ss.

BOVET Christian, Le contrôle des concentrations en droit de la concurrence (II) Procédure, in: Fiches juridiques suisses, Fiche N° 434, Section XIII, mise au point juin 1999 (paru aussi en allemand)

BOVET Christian, Swiss Competition Law 1998-1999, SZW 2000, p. 85 ss.

BÜRGI Johannes A./LANG Christoph G., Rettungsanker Patentrecht zum Schutz selektiver Vertriebssysteme in der Schweiz?, sic! 4/1999, p. 379 ss.

CELLI Alessandro L./KALBERER David M., Abfallentsorgung beim Elektroschrott im Spannungsverhältnis zwischen Umweltrecht und Wettbewerbsrecht - SWICO-Umweltkonvention, sic! 1999, p. 327 ss.

COMTE Jean-Louis, Internationale Erschöpfung der Patentrechte?, sic! 4/1999, p. 478 ss.

COTTIER Thomas/CAPLAZI Alexandra, Marktzugang, Strukturhaltung und Sozialdumping: Ungelöste Spannungsfelder im öffentlichen Beschaffungswesen, in: Forstmoser P. et al. (édit.) Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz. Festschrift für Professor Roger ZÄCH zum 60. Geburtstag, Zurich 1999, p. 257 ss.

DIETRICH Marcel, Unternehmenszusammenschlüsse - Formelles Fusionskontrollrecht, Artikel 9-10, 32-38 KG, in: ZÄCH R. (édit.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zurich 2000, p. 75 ss.

DROLSHAMMER Jens, Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht, RSJ/SJZ 2000, p. 218 ss.

DROLSHAMMER Jens, Der Stand des schweizerischen Kartellrechts im Jahr 1999: Die Sicht der Unternehmen - Ein Plädoyer für eine kooperative und internationalistische Kartellrechts-Community und Kartellrechtskultur in der Schweiz, in: BAUDENBACHER C. (édit.), Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 187 ss.

DUCREY Patrik, Abgrenzung zwischen vorsorglichen Massnahmen im Kartellverwaltungs- und Kartellzivilrecht, in: Roger ZÄCH (édit.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zurich 2000, p. 115 ss.

GUGLER Philippe, Le traitement de la dominance collective dans le cadre du contrôle des concentrations prévu par la législation suisse sur la concurrence, Revue de la concurrence et de la consommation, Paris, no 113 - janvier-février 2000, p. 45 ss.

GUGLER Philippe, Le contrôle des concentrations en Suisse: le cas d'united bank of Switzerland (UBS), Revue de la concurrence et de la consommation, Paris, no 114 - mars-avril 2000, p. 5 ss.

GUGLER Philippe/KRONE-GERMANN Irenka, WTO's Millenium Round: Towards an Integration of Multilateral Competition Rules?, *International Business Law Journal*, no.2, 2000, p. 159 ss.

GUGLER Philippe/KRONE-GERMANN Irenka, Cycle millénaire de l'OMC - Vers une intégration de règles multilatérales de concurrence?, in: *Revue de droit des affaires internationales*, N° 2, 2000, p. 159 ss.

HIRSBRUNNER Simon, Neue Wettbewerbspolitik der europäischen Union gegenüber Vertriebsvereinbarungen - Wie reagiert die Wettbewerbskommission, *AJP/PJA* 2000, p. 272 ss.

HUILTY Reto M., Verbot von Parallelimporten - Heimatschutz oder Schildbürgerstreich, *sic!* 2000, p. 231 ss.

HOFFET Franz, Zum Verständnis des Begriffs der Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 und Artikel 5 f. KG. Bemerkungen zum Entscheid "Engra T" des Bundesgerichts vom 13. November 1998, *sic!* 3/1999, p. 346 ss.

HOFFET Franz, Unternehmenszusammenschlüsse - Materielles Fusionskontrollrecht, Artikel 9-10 KG, in: Roger ZÄCH (édit.), *Das Kartellgesetz in der Praxis*, Zurich 2000, p. 45 ss.

HOFFET Franz/HOEHN Thomas, Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich. Anmerkungen zur bisherigen Praxis der schweizerischen Wettbewerbskommission, *sic!* 3/1999, p. 232 ss.

IMMENGA Ulrich, Zur extraterritorialen Anwendung der europäischen Fusionskontrolle, FORSTMOSER P. et al. (édit.) "Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz. Festschrift für Professor Roger ZÄCH zum 60. Geburtstag", Zurich 1999, p. 347 ss.

JACCARD Michel, Droit de la concurrence et signature numérique. Quelques réflexions à la lumière de la concentration Swisskey SA, *sic!* 1/1999, p. 17 ss.

KELLERHALS Andreas, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des gemeinschaftlichen Wirtschaftsfolgerechts, FORSTMOSER P. et al. (édit.) *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz. Festschrift für Professor Roger ZÄCH zum 60. Geburtstag*, Zurich 1999, p. 359 ss.

KRAUSKOPF-FORERO Patrick, Die Kontrolle von Freizeichnungen im Vertrags- und Wettbewerbsrecht, *Baurecht/Droit de la construction* 1/99, p. 26 ss.

LANG Christoph G., Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, *thèse*, Berne 2000

MEIER-SCHATZ Christian J., Bankenfusionen unter Schweizer Recht, in: ZÄCH R.(édit.), *Das Kartellgesetz in der Praxis*, Zurich 2000, p. 185 ss.

- MEISSER David, Parallelimporte und Immaterialgüterrecht, *sic!* 4/1999, p. 524 ss.
- PALASTHY Andras, Droit des cartels, clause de non concurrence et restrictions accessoires: une jurisprudence critiquable, in: CEDIDAC bulletin d'information no 31, Juin 1999
- PALASTHY Andras, Die Verweigerung der Durchleitung von Strom nach dem Kartellgesetz (KG), *AJP/PJA* 3/2000, p. 298 ss.
- PALASTHY Andras, Zusammenschlusskontrolle in der Stromwirtschaft: EG- und Schweizer Wettbewerbsrecht, in: Jusletter 19. Juni 2000 (<http://www.weblaw.ch/jusletter>)
- RAASS Adrian, Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich - Kritik an der Kritik, *sic!* 10/1999, p. 669 ss.
- RAASS Adrian/HÜBSCHER Barbara, Entgegnung zum Beitrag von A.L. CELLI und D.M. KALBERER, *sic!* 1999, p. 340 s.
- RAASS Adrian/SAURER Markus, Kein Kontrahierungszwang im Parfumhandel - ein Entscheid des Handelsgerichts Zürich ökonomisch durchleuchtet, *sic!* 5/1999, p. 586 s.
- RAASS Adrian/KUMMER Christoph, Simulation von Unternehmenszusammenschlüssen: Theorie und Praxis, *AJP/PJA* 3/2000, p. 360 ss.
- REYMOND Jean-Marc, Tarifs et indications en matière d'honoraires: quelle influence sur la concurrence?, in: *Revue de l'avocat* 10/1999, p. 4 ss.
- RICHLI Paul, Verfahren und Rechtsschutz, in: ZÄCH R. (édit.), *Das Kartellgesetz in der Praxis*, Zurich 2000, p. 130 ss.
- RUFFNER Markus/AMMANN Jürg M., Kartellrecht und Stromlieferverträge, *sic!* 4/1999, p. 470 ss.
- SAURER Markus, Kartellgesetzliche Intervention oder Deregulierung? - Die Wahl zwischen imperfekten Alternativen bei der Fusion Bell-SEG, in: ZÄCH R. (édit.), *Das Kartellgesetz in der Praxis*, Zurich 2000, p. 167 ss.
- STOECKLI Hubert, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, thèse, Fribourg 1999
- STOFFEL Walter A., Unzulässige Wettbewerbsabreden, in: ZÄCH R. (édit.), *Das Kartellgesetz in der Praxis*, Zurich 2000, p. 19 ss.
- STOFFEL Walter A./DEISS Joseph (édit.), *La décartellisation en Suisse: influences européennes*, Fribourg 1999
- VALLENDER Klaus A., Grundzüge der "neuen" Wirtschaftsverfassung, *AJP/PJA* 6/99, p. 677 ss.
- VEIT Marc D., Die Simulation von Unternehmenszusammenschlüssen als Alternative zur strukturellen Marktanalyse, *AJP/PJA* 10/1999, p. 1269 ss.
-

VOGT Hans-Ueli, Auf dem Weg zu einem Kartellverwaltungsverfahrenrecht, in: AJP/PJA 1999, p. 837 ss.

VON BALLMOOS Thomas, Marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs - Zwei Kriterien im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen oder zweimal dasselbe?, AJP/PJA 3/99, p. 295 ss.

VON BÜREN Roland, Neue Entwicklungen im Wirtschaftsrecht: Kartellrecht, in: Jusletter du 5 juin 2000 (<http://www.weblaw.ch/jusletter>)

VON BÜREN Roland/KINDLER Thomas, Das schweizerische Kartellrecht, in: Koller et al. (édit.) Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Berne 1999

WAGNER Manfred, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), in: KOLLER et al. (édit.) Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bern 1999

ZÄCH Roger (édit.), "Towards WTO Competition Rules", Berne 1999

ZÄCH Roger, Einzelfragen der Kartellrechtspraxis, in: ZÄCH R. (édit.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zurich 2000, p. 1 ss.

ZÄCH Roger, Parallelimporte im Patentrecht: Kartellrechtliche Sicht, sic! 4/2000, p. 275 ss.

ZURKINDEN Philipp, Die Regelung der Fusionskontrolle im schweizerischen Wettbewerbsrecht, in: KOLLER et al. (édit.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Berne 1999

ZURKINDEN Philipp, Sollen nationale oder supranationale Wettbewerbsbehörden, sowohl im Untersuchungs- als auch im Entscheidstadium, von der politischen Gewalt völlig unabhängig sein? Bejahendenfalls, wie kann eine solche Unabhängigkeit gesichert werden?, sic! 1/2000, 62

Abkürzungsverzeichnis**Registre des abréviations****Indice delle abbreviazioni****A**

AF	Arrêté fédéral
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl.Bull.	Amtliches Bulletin
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA	Bundesamt
BB	Bundesbeschluss
BBI	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGBM	BG über den Binnenmarkt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BoeB	BG über das öffentliche Beschaffungswesen
BR	Bundesrat
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV	Bundesverfassung
BZP	BG über den Bundeszivilprozess

C

CC	Code civil
CE	Communauté Européenne
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
CHF	Schweizer Franken/ Francs suisses/Franchi svizzeri
CO	Code des obligations
Cost.	Costituzione federale
CPC	Code (cantonal) de procédure civile
CPS	Code pénal suisse
cst.	Constitution fédérale

D

DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG	Direction Générale (UE)

E

EU	Europäische Union
----	-------------------

F

FF	Feuille fédérale
FMG	Fernmeldegesetz

G

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU	Gemeinschaftsunternehmen

H

HGer	Handelsgericht
HMG	Heilmittelgesetz

I

IPRG	BG über das internationale Privatrecht
IVöB	Interkant. Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux

K

KG	Kartellgesetz
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KSG	Konkordat über die Schiedgerichtsbarkeit
KVG	BG über die Krankenversicherung

L

LAA	LF sur l'assurance-accidents
LAMal	LF sur l'assurance-maladie
LCA	LF sur le contrat d'assurance
LCart	LF sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	LF contre la concurrence déloyale
LCsl	LF contro la concorrenza sleale
LDA	LF sur le droit d'auteur
LDIP	LF sur le droit international privé
LETC	LF sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale / Legge federale
LL	LF sul lavoro
LMG	BG über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände

LMI	LF sur le marché intérieur	RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)
LMP	LF sur les marchés publics	RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)
LOTG	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 cooperazione e lo sviluppo economico	SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SJ	La semaine judiciaire
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OGer	Obergericht	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OJ	LF sur l'organisation judiciaire	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OMC	Organisation mondiale du commerce	StR	Ständerat
OMP	O sur les marchés publics	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OR	Obligationenrecht	T	
OTVA	O concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TA	Tribunal administratif
P		TApp	Tribunale d'Appello
PA	LF sur la procédure administrative	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
PCF	LF sur la procédure civile fédérale	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	THG	BG über technische Handelshemmnisse
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	U	
Publ.CCSPR	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UE	Union Européenne
PüG	Preisüberwachungsgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Q		URG	BG über das Urheberrecht
R		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	V	
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)		

VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
W		ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)	ZPO	Zivilprozessordnung
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)	X	
		Y	
		Z	

Index

A

abgestimmtes Verhalten 608 f.
 Abrede 572, 585, 590, 607 ff., 618, 620, 624,
 627 ff., 634 f.
 accordi 571
 accordo diretto o indiretto sui prezzi -
 accords 698, 729, 740 ff., 744 ff., 749
 aktuelle Konkurrenz 618
 aktuelle Wettbewerber -
 aktuelle und potenzielle Konkurrenten 609,
 656, 676, 628
 Angebotssubstituierbarkeit -
 associations économiques et professionnel-
 les -
 associazioni economiche o le organizzazioni
 del ramo -
 Aufgreifkriterien 647 f.
 Auflagen 629
 Aussenseiter -
 austauschbar 576

B

barrières à l'entrée 745
 barrières légales -
 Beseitigung wirksamen Wettbewerbs 585,
 618
 betroffener Markt 638, 656, 661, 675
 Branchenorganisationen -

C

clauses de réciprocité -
 communication 746 ff.
 concurrence actuelle -
 convention tarifaire -

D

d'efficacité économique -
 Diskriminierungen -

E

efficienza economica -
 enge Abgrenzung 576
 erhebliche Wettbewerbsbeschränkung 632

F

Festsetzung von Preisen 587, 618
 funktionale Substituierbarkeit -
 funktionelle Austauschbarkeit -

G

Gemeinschaftsunternehmen 595, 639 ff., 645,
 651, 654, 658, 673

I

indirekte Preisabrede -

K

kollektive Marktbeherrschung 578
 Kollusion -
 Konkurrenzverbot 756
 Kreuzpreiselastizität -

L

libre accès au marché -

M

marché de référence 672, 721 ff.
 marché géographique 672, 718, 720, 731, 737
 marchés publics 756
 Marktabgrenzung 618, 631, 649, 652, 655,
 657, 660, 665, 731
 Marktanteile 639, 644 f., 649, 652, 655 f., 661,
 664, 666 ff., 674 f.
 Marktanteilsaddition 637 ff., 642, 644 f.,
 656 f.
 Marktanteilsberechnung -
 marktbeherrschende Stellung 569, 570 f., 578
 f., 639, 642, 644 f., 650, 652, 656 f., 660,
 662, 665, 668, 670, 676 f., 760
 Marktbeherrschung 578, 731
 Marktgegenseite 563 f., 574, 577, 579, 610,
 613, 618, 629 f., 637, 640 f., 644, 649, 656,
 659, 660, 664
 Marktöffnung 563, 566 f.
 Marktschranken -
 Marktstrukturen -
 Marktzutritt 627 ff., 656, 661

Marktzutrittschranken 676
 Meldepflicht 640, 647
 mesures provisionnelles 718, 745, 748 f.
 Missbrauch einer marktbeherrschender
 Stellungen -
 missbräuchliches Verhalten -
 Monopolrente -
 Monopolstellung 576

N

non-discrimination 755

Ö

Öffnung der Märkte 681
 offreurs -

P

Parallelverhalten 625
 position dominante 672 f., 690, 721 ff., 727
 ff., 737, 740 f., 745 f., 748, 753
 potenzielle Konkurrenz 618, 627 ff., 656, 670,
 676
 Preiswettbewerb 622, 681
 principe de la proportionnalité -
 Produktdifferenzierung -

R

Räumlich relevanter Markt 577, 610, 613, 615,
 618, 640, 655, 660, 665 f.
 räumliche Marktabgrenzung 655
 règlement tarifaire -
 relevanter Markt 574, 610, 631, 667

 Sachlich relevanter Markt 574, 576 f., 610,
 613, 618, 631, 637, 641, 644, 652, 659, 664,
 665
 Sanierungsfusion -
 Sanktionierung -
 Sanktionsandrohung -
 Schwellenwerte 637, 640, 643, 648, 654, 659,
 674
 staatliche Markt- oder Preisordnung -
 Statuten -
 substituierbar 563, 574, 577, 610, 612, 637,
 641, 644, 649, 654, 659, 664

Substitutionsmöglichkeit -
 Substitutionsprodukt -
 suppression d'une concurrence efficace -

T

tarif minimum -
 Tarife -
 tarifs recommandés -

U

unabhängig 563, 570, 573 f., 578
 unerheblich -
 Unternehmen 561 ff., 568 f., 572 ff., 577 ff.,
 583 ff., 588, 591 f., 594, 596, 598, 600 ff.,
 605, 607 ff., 615, 618 ff., 624, 627 f., 631
 ff., 637 ff., 642 ff., 651 f., 654 ff., 673 ff.,
 701, 703 f., 706, 712 f., 715, 729 f., 739, 756
 f.
 unverhältnismässiger Eingriff -

V

valeurs seuils 755
 Verhältnismässigkeitsprinzips -
 Verstärkung einer marktbeherrschenden
 Stellung 639, 642, 644 f., 650, 652, 657,
 660, 662, 677
 Vertikalabreden -
 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen -

W

Werbebeschränkungen -
 Wettbewerbsabreden 563, 572, 584 f., 587,
 591, 605, 608 f., 618, 630, 739, 756, 758 f.
 wirtschaftliche Effizienz -
 Wirtschaftsverbände -
