

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

**2009/2**

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL

Vertrieb Bundespublikationen  
CH-3003 Bern

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

Preis Einzelnummer:

CHF 30.-

Preis Jahresabonnement:

CHF 120.- Schweiz

CHF 145.- Ausland

(Form: 701.000.09/2)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la  
concurrence

CH-3003 Berne  
(Editeur)

Diffusion:

OFCL

Diffusion publications  
CH-3003 Berne

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

Prix au numéro:

CHF 30.-

Prix de l'abonnement annuel:

CHF 120.- Suisse

CHF 145.- étranger

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della  
concorrenza

CH-3003 Berna  
(Editore)

Distribuzione:

UFCL

Distribuzione pubblicazioni  
CH-3003 Berna

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

Prezzo per esemplare:

CHF 30.-

Prezzo dell'abbonamento:

CHF 120.- Svizzera

CHF 145.- estero

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

2009/2

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

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

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

Juli/juillet/luglio 2009

<b>Systematik</b>	<b>A</b>	<b>Tätigkeitsberichte</b>
	A 1	Wettbewerbskommission
	A 2	Preisüberwacher
	<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b>
	B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission
	1	Vorabklärungen
	2	Empfehlungen
	3	Stellungnahmen
	4	Beratungen
	5	BGBM
	B 2	Wettbewerbskommission
	1	Vorsorgliche Massnahmen
	2	Untersuchungen
	3	Unternehmenszusammenschlüsse
	4	Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG
	5	Andere Entscheide
	6	Empfehlungen
	7	Stellungnahmen
	8	BGBM
	9	Diverses
	B 3	Bundesverwaltungsgericht
	B 4	Bundesgericht
	B 5	Bundesrat
B 6	Preisüberwacher	
B 7	Kantonale Gerichte	
<b>C</b>	<b>Zivilrechtliche Praxis</b>	
C 1	Kantonale Gerichte	
C 2	Bundesgericht	
<b>D</b>	<b>Entwicklungen</b>	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
D 2	Bibliografie	
<b>E</b>	<b>Diverses</b>	

<b>Systematique</b>	<b>A</b>	<b>Rapports d'activité</b>
	A 1	Commission de la concurrence
	A 2	Surveillance des prix
	<b>B</b>	<b>Pratique administrative</b>
	B 1	Secrétariat de la Commission de la concurrence
	1	Enquêtes préalables
	2	Recommandations
	3	Préavis
	4	Conseils
	5	LMI
	B 2	Commission de la concurrence
	1	Mesures provisionnelles
	2	Enquêtes
	3	Concentrations d'entreprises
	4	Sanctions selon l'article 50 ss LCart
	5	Autres décisions
	6	Recommandations
	7	Préavis
	8	LMI
	9	Divers
	B 3	Tribunal administratif fédéral
	B 4	Tribunal fédéral
	B 5	Conseil fédéral
B 6	Surveillance des prix	
B 7	Tribunaux cantonaux	
<b>C</b>	<b>Pratique des tribunaux civils</b>	
C 1	Tribunaux cantonaux	
C 2	Tribunal fédéral	
<b>D</b>	<b>Développements</b>	
D 1	Actes législatifs, communications	
D 2	Bibliographie	
<b>E</b>	<b>Divers</b>	

<b>Sistematica</b>	<b>A</b>	<b>Rapporti d'attività</b>
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza dei prezzi
	<b>B</b>	<b>Prassi amministrativa</b>
	B 1	Segreteria della Commissione della concorrenza
	1	Inchieste preliminari
	2	Raccomandazioni
	3	Preavvisi
	4	Consulenze
	5	LMI
	B 2	Commissione della concorrenza
	1	Misure cautelari
	2	Inchieste
	3	Concentrazioni di imprese
	4	Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart.
	5	Altre decisioni
	6	Raccomandazioni
	7	Preavvisi
	8	LMI
	9	Diversi
	B 3	Tribunale amministrativo federale
	B 4	Tribunale federale
	B 5	Consiglio federale
B 6	Sorvegliante dei prezzi	
B 7	Tribunali cantonali	
<b>C</b>	<b>Prassi dei tribunali civili</b>	
C 1	Tribunali cantonali	
C 2	Tribunale federale	
<b>D</b>	<b>Sviluppi</b>	
D 1	Atti legislativi, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
<b>E</b>	<b>Diversi</b>	

## Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice

2009/2

<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b> <b>Pratique administrative</b> <b>Prassi amministrativa</b>	
<b>B 1</b>	<b>Sekretariat der Wettbewerbskommission</b> Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
<b>1.</b>	<b>Vorabklärungen</b> <b>Enquêtes préalables</b> <b>Inchieste preliminari</b>	
	1. Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY	122
<b>B 2</b>	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
<b>2.</b>	<b>Untersuchungen</b> <b>Enquêtes</b> <b>Inchieste</b>	
	1. Sécateurs et cisailles	143
<b>3.</b>	<b>Unternehmenszusammenschlüsse</b> <b>Concentrations d'entreprises</b> <b>Concentrazioni di imprese</b>	
	1. Hewlett-Packard Company / Electronic Data Systems Corporation	159
	2. Dassault Aviation/TSA/Thales	168
	3. Dörig Käsehandel AG/Alois Koch Käsehandel AG	169
	4. Sun Store AG/Aristea SA/Distripharma SA/Galenica	173
	5. Fiat/Chrysler	184
	6. GE/Safran	185
	7. Swiss Prime Site AG/Jelmoli Holding AG	186
<b>D</b>	<b>Entwicklungen</b> <b>Développements</b> <b>Sviluppi</b>	
<b>D 2</b>	<b>Bibliografie</b> <b>Bibliographie</b> <b>Bibliografia</b>	191
	<b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>	192
	<b>Index (deutsch, français e italiano)</b>	

## B Verwaltungsverfahrenliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa

### B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segretaria della Commissione della concorrenza

B 1	<b>1. Vorabklärung</b> Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	<b>1. Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY</b>

Schlussbericht vom 27. April 2009 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 Kartellgesetz (KG) betreffend geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG.

#### Abkürzungen:

Aduno	Aduno SA
AMEX	American Express Kreditkarte
ATM	Bancomat (automated teller machine)
BFS	Bundesamt für Statistik
B&S	B&S Card Service GmbH
CC	Card Committee MasterCard (Issuer/Acquirer Forum MasterCard)
ConCardis	ConCardis GmbH
Cornèr Bank	Cornèr Banca SA
CS	Credit Suisse
DMIF	Domestic Multilateral Interchange Fee(s)
EC-Karte	Eurocheque (EC) Karte
EMC	Executive Management Committee
EMV Chip	EMV ist eine neue, internationale Spezifikation für die Abwicklung von kartenbasierten Finanztransaktionen (Kredit-, Debit- und Kundenkarten) am Verkaufspunkt POS (Point of Sale). Die Abwicklung läuft dabei über einen Mikrochip.
EV	Erdölvereinigung
EVR	Einvernehmliche Regelung der Weko vom 29. März 2005 in Sachen Kreditkarten – Interchange Fees
HACR	Honor All Cards Rule
HAIR	Honor All Issuer Rule
IAFV	Issuer/Acquirer Forum Visa

MAECC	Maestro Card Committee (Issuer/Acquirer Forum Maestro)
MC	MasterCard
(D)(M)IF	(Domestische) (Multilateral) Interchange Fee
MSC	Merchant Service Charge
NDR	Non Discrimination Rule
PIN-Code	Personal Identification Number
POS	Point of Sale (Verkaufspunkt)
SEPA	Single European Payment Area
SIX Multipay	SIX Multipay AG, früher Telekurs Multipay AG
SNB	Schweizerische Nationalbank
Swisscard	Swisscard AECS AG
UBS	UBS AG
VEZ	Verband Elektronischer Zahlungsverkehr
Viseca	Viseca Card Services SA
VPSC	V PAY Steering Committee
ZKB	Zürcher Kantonalbank

#### A SACHVERHALT

##### A.1 Ausgangslage und Gegenstand

1. Visa Europe ist dabei, in ganz Europa inklusive der Schweiz, eine neue Debitkarte unter der Bezeichnung V PAY einzuführen. Da Visa Europe plant, V PAY mit einer Domestic Multilateral Interchange Fee (DMIF) einzuführen, wurde durch eine Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ein Widerspruchsverfahren eingeleitet, welches mit der Eröffnung der vorliegenden Vorabklärung am 11. März 2009 abgeschlossen wurde.

2. Bei der DMIF handelt es sich um eine Gebühr pro getätigte Debitkartentransaktion, welche von den Acquirern an die Issuer bezahlt werden soll (vgl. Rz. 11 ff.). Sie soll für sämtliche in der Schweiz tätigen Issuer und

Acquirer von V PAY gelten, sofern diese keine bilateralen Vereinbarungen getroffen haben. Durch die Vorabklärung soll geklärt werden, ob Anhaltspunkte bestehen, welche die geplante DMIF als für V PAY eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG erscheinen lassen.

## **A.2 Meldung und Widerspruchsverfahren**

3. Im Vorfeld der Meldung haben verschiedene Treffen zwischen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) und Visa Europe stattgefunden: Ein erstes Treffen fand im August 2006 statt, als Visa Europe der Einladung des Sekretariats gefolgt war, um die V PAY-Debitkarte und ihre Funktionsweise im Einzelnen vorzustellen; zwei weitere Treffen folgten im November 2007 und Mai 2008, bei welchen Visa Europe dem Sekretariat den aktuellen Stand des Projekts V PAY darlegte.

4. Mit Eingabe vom 13. Juni 2008 erhielt das Sekretariat einen Entwurf der Meldung, worauf das Sekretariat mit Schreiben vom 22. Juli 2008 einen Fragebogen mit Ergänzungsfragen zur provisorischen Meldung an Visa Europe versandte.

5. Am 14. Oktober 2008 hat das Sekretariat die definitive Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG in Sachen Einführung von V PAY mit geplanter DMIF erhalten. Die Meldung wurde von Visa Europe für sich selbst und im Namen aller gegenwärtigen und künftigen V PAY Issuer und Acquirer eingereicht.

6. Mit Schreiben vom 21. November 2008 versandte das Sekretariat Fragebogen an ausgewählte Dritte (VEZ, Erdölvereinigung, MasterCard, diverse Issuer von Maestro, Postfinance), um Aussagen aus der Meldung besser beurteilen zu können. Zudem hat das Sekretariat bei den Rechtsvertretern von Visa Europe telefonisch weitere Informationen nachgefragt, welche mit den Schreiben vom 23. Dezember 2008 und 9. Januar 2009 von Visa Europe beantwortet wurden.

7. Am 16. Februar 2009 hat das Sekretariat in Anwesenheit des Präsidenten der Wettbewerbskommission (Weko) ein Hearing mit Visa Europe und weiteren Marktteilnehmern (ausgewählte Issuer und Acquirer sowie der VEZ) durchgeführt, um offene Fragen zu klären.

8. Ein weiteres Treffen zwischen dem Sekretariat und den Rechtsvertretern von Visa Europe fand am 3. März 2009 statt, um das weitere Vorgehen im Widerspruchsverfahren zu besprechen.

9. Am 11. März 2009 hat das Sekretariat innerhalb der fünfmonatigen Frist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG eine Vorabklärung eröffnet. Damit bleibt die Sanktionsdrohung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG für den gemeldeten Sachverhalt bestehen.

10. In der Kommissionssitzung vom 16. März 2009 wurde die Weko vom Sekretariat über die Eröffnung der Vorabklärung sowie über das beabsichtigte weitere Vorgehen informiert. In Folge verzichtete die Kommission auf die Anordnung der Eröffnung einer Untersuchung.

## **A.3 V PAY und die geplante DMIF**

### **A.3.1 Das V PAY 4-Parteien Debitkartensystem**

11. Das V PAY-Debitkartensystem von Visa ist, wie auch das Maestro-Debitkartensystem von MasterCard, ein sogenanntes 4-Parteiensystem, in welchem spezifische Leistungen von verschiedenen Marktteilnehmern erbracht werden (vgl. unten Abbildung 1):

12. Die Issuer (Kartenherausgeber) geben gegen eine Kartengebühr Debitkarten an die Kontoinhaber heraus, welche diese zum Bezug von Bargeld am ATM und zur bargeldlosen Bezahlung von Gütern und Dienstleistungen am POS einsetzen. Der Issuer verrechnet anschliessend den ausstehenden Rechnungsbetrag mit dem Kontoguthaben des Karteninhabers (Bezahlung des Kaufpreises). Der Debitkarte ist im Gegensatz zur Kreditkarte unter anderem eigen, dass die Herausgabe der Karte an eine Bankverbindung (Bankkonto) bei der Herausgeberbank gebunden ist.

13. Die Händler, welche die entsprechenden Debitkarten zur Zahlung akzeptieren, schliessen einen Akzeptanzvertrag mit einem Acquirer (Händlerbank) ab. Der Acquirer autorisiert die ausstehende Transaktion und vergütet dem Händler den Kaufpreis. Die Händler bezahlen dem Acquirer für jede durch den Kunden getätigte Transaktion eine Händlerkommission (die sog. Merchant Service Charge, MSC).

14. Zwischen Issuern und Acquirern werden die Transaktionsdaten übermittelt sowie der Kaufpreis weitervergütet. Die Interchange Fee ist eine Gebühr, welche vom Acquirer an den Issuer bezahlt wird. Die Interchange Fee stellt insofern für die Acquirer eine Kosten- und für die Issuer eine Ertragskomponente dar. In der Praxis wird die Interchange Fee je nach Kartensystem prozentual auf dem bei den Händlern getätigten Transaktionsbetrag und/oder als Fixbetrag pro Händlertransaktion (entsprechend bei V PAY) erhoben. Sie kann dabei bilateral zwischen Acquirer und Issuer oder multilateral zwischen mehreren Issuern einerseits und/oder Acquirern andererseits ausgehandelt werden oder sie kann vom Lizenzgeber zentral für Issuer und Acquirer festgelegt werden. Die Multilaterale Interchange Fee für inländische (domestische) Transaktionen bei der Debitkarte V PAY bildet Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung.

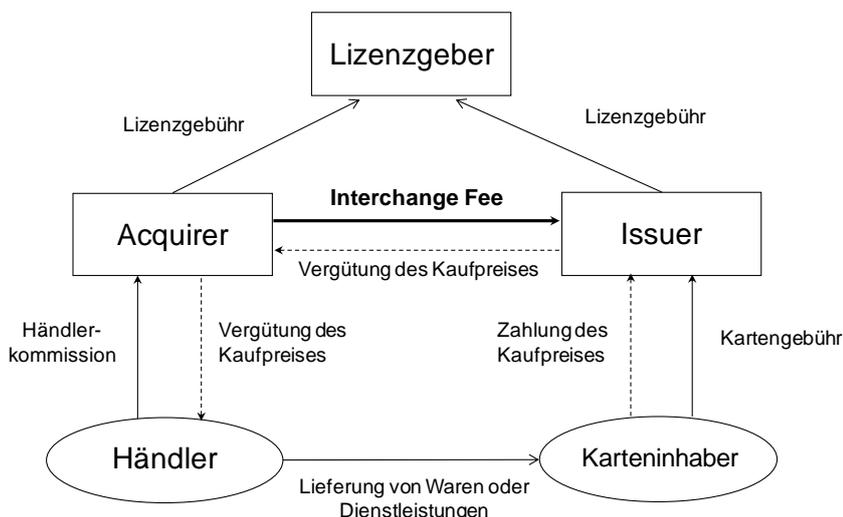


Abbildung 1: 4-Parteien Zahlkartensystem mit Akteuren und Geldflüssen

15. Zudem existiert bei den internationalen Debitkartenbrands (Maestro und V PAY) ein Lizenzgeber (in casu Visa Europe), welcher jedoch nicht aktiv im Kartengeschäft auftritt. Der Lizenzgeber bestimmt über ein Regelwerk (Betriebsreglement) die Zusammenarbeit zwischen Issuern und Acquirern sowie deren Kunden (Kartenhalter und Händler) innerhalb des jeweiligen Zahlungssystems und stellt als System-Provider die weltweite (europaweite) Abwicklung des Daten- und Werteflusses zwischen Issuern und Acquirern im Zusammenhang mit dem kartenbasierten Zahlungsverkehr sicher. Durch einen Lizenzvertrag verpflichtet sich der Lizenzgeber, dem Lizenznehmer das Recht auf Nutzung einer ihm gehörenden Marke sowie auf das dazugehörige System einzuräumen, wobei in der Regel eine Entschädigung anfällt: Issuer und Acquirer bezahlen verschiedene Lizenz-/Systemgebühren an den Lizenzgeber.

16. Im Unterschied zu V PAY und Maestro können Debitkartensysteme auch als 3-Parteiensysteme ausgestaltet sein. Issuing und Acquiring werden dann durch dasselbe Unternehmen ausgeführt. In der Schweiz sind zwei Debitkartensysteme als 3-Parteiensysteme ausgestaltet: das Debitkartensystem der Schweizerischen Post (Postfinance Card) und jenes der Migros (M-Card).

17. Das Debitkartenprodukt Visa Electron, wurde im Jahr 1997 von der Cornèr Bank in den Schweizer Markt eingeführt. Die Kartenherausgabe wurde darauffolgend im Jahr 2000 wieder eingestellt. Dafür emittiert die Cornèr Bank seit 2005 in der Schweiz eine sogenannte „Prepaid Debitkarte“ der Marke Visa Electron (Emotion Card und Cornèrcard). Die Prepaid Visa Electron Karten sind aufgrund der geringen Verbreitung für den Schweizer Debitkartenmarkt immer noch vernachlässigbar und werden nicht weiter berücksichtigt.

18. Im Zusammenhang mit der vorliegenden Meldung ist zentral, dass bis heute keines der oben aufgeführten Debitkartensysteme in der Schweiz eine domestische Interchange Fee anwendet (weder bilateral noch multilateral). Bei den beiden 3-Parteiensystemen Postfinance Card und M-Card sind Issuer und Acquirer in einem Unternehmen zusammengefasst, weshalb auch keine

Interchange Fee entrichtet wird. Die Maestro-Issuer beabsichtigten im Jahr 2004 mit Bezug auf ihr angeblich defizitäres Debitkartensystem für die Schweiz eine DMIF von 0.4 % des Transaktionswertes einzuführen und reichten beim Sekretariat eine entsprechende Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ein. Das Sekretariat eröffnete daraufhin eine Vorabklärung und hielt im Schlussbericht fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass bei einer Einführung der geplanten DMIF eine erhebliche Wettbewerbsabrede vorliegen würde, welche nicht eindeutig durch Effizienzgründe gerechtfertigt werden kann, so dass eine Untersuchung eröffnet werden müsste. In der Folge verzichteten die Maestro-Issuer bis heute auf die Einführung einer DMIF. Die Ausführungen des Sekretariates zur geplanten DMIF für Maestro wurden in Anschluss auf die getätigte Vorabklärung im Schlussbericht (2006) festgehalten.<sup>1</sup> Am 30. Dezember 2008 wurde dem Sekretariat erneut eine Interchange Fee für Maestro gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG gemeldet.

### A.3.2 Organisation von Visa Europe

19. Die ehemalige Visa International Service Association ist die Eigentümerin und Lizenzgeberin der Marke Visa. Sie wurde durch eine Restrukturierung im Jahr 2007 von einer unkotierten Mitgliedervereinigung in eine Aktiengesellschaft umgewandelt und am 19. März 2008 an der New York Stock Exchange an die Börse gebracht. Im Verlauf der Restrukturierung wurden die Visa-Organisationen aller Regionen ausser Visa Europa zu einer einzigen juristischen Person, der Visa Inc., zusammengeführt.

<sup>1</sup> RPW 2006/4, 601 ff., Schlussbericht vom 4. Juli 2006 betreffend Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG (nachfolgend: Maestro-Schlussbericht).

20. Im Verlauf der Restrukturierung der weltweiten Visa-Organisation wurde Visa Europe im Oktober 2007 unabhängig von Visa Inc. und schloss einen zeitlich unbegrenzten und unwiderruflichen Lizenzvertrag ab, um die Marke Visa zu gebrauchen und das Visa-Geschäft in Europa zu betreiben (dazu zählt der EWR sowie die Schweiz, die Türkei und Israel). Visa Europe besitzt damit das Recht, den Banken ihrer Region eine Lizenz für das Issuing und/oder Acquiring einzuräumen.

21. Bei Visa Europe handelt es sich um eine Mitgliedervereinigung, der über 4'600 europäischen Mitgliederbanken angehören und von diesen betrieben wird. Die Hauptkategorien der Mitgliedschaft sind Principal, Associate und Participant. Die *Principal Members* sind automatisch sowohl zum Issuing als auch Acquiring von V PAY berechtigt. Die Associate beziehungsweise *Participant Members* sind zu denjenigen Tätigkeiten berechtigt, die sie mit einem Principal Member (sog. Sponsor) ver-

einbart haben. Der Principal ist verantwortlich für die Einhaltung der Regeln durch seine Participant beziehungsweise Associate Members.

22. In der Schweiz sind folgende Unternehmen Mitglieder von Visa Europe: UBS, CS, Corner Bank, Valartis, Migros Bank, Bank Coop, RBA Banken, ZKB/Kantonalbanken, Raiffeisen, Telekurs, PostFinance und die SCS Allianz, Jelmoli, Viseca, Aduno sowie Top Card.

### A.3.3 Verfahren zur Festlegung der geplanten DMIF

23. Die V PAY DMIF-Rate wird durch den Vorstand von Visa Europe, auf der Grundlage einer Empfehlung des V PAY Steering Committee (VPSC) beschlossen. Die Empfehlung basiert auf bilateralen Gesprächen des Visa Managements mit den Schweizer Mitgliedern (V PAY Issuer oder Acquirer). Das Verfahren zur Festlegung der Höhe der DMIF bei V PAY wird nachfolgend dargestellt:

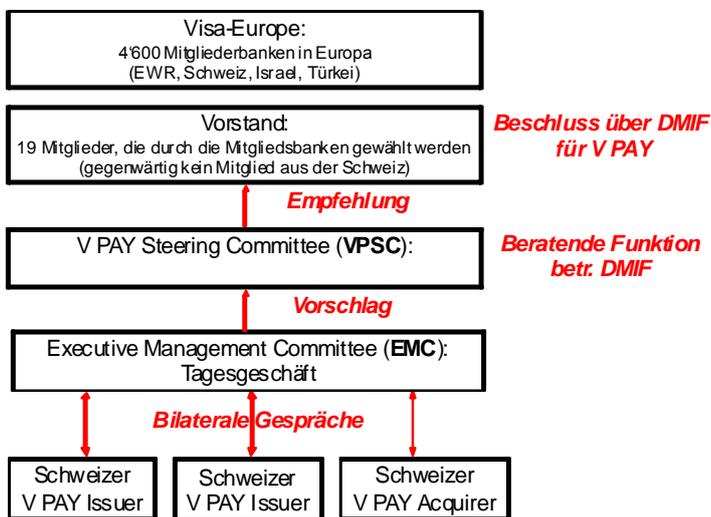


Abbildung 2: Festlegung DMIF für V PAY

24. Die Bestimmung der V PAY DMIF-Rate erfolgt in folgenden Schritten:

- Zunächst erfolgen bilaterale Gespräche zwischen einzelnen Banken (d.h. allen relevanten V PAY Kartenherausgebern und Händlerbanken) und dem Visa Management (EMC), inklusive den Visa Managern, die für die Beziehungen zwischen diesen Banken und der V PAY Organisation von Visa Europe verantwortlich sind.<sup>2</sup>
- Im Nachgang zu diesen Gesprächen versucht das Visa Management, eine Position bezüglich einer kommerziell akzeptablen DMIF-Rate zu beziehen, die sowohl Kartenherausgebern als auch Händlerbanken einen Anreiz bietet.
- Danach wird dem VPSC der Vorschlag zur Beratung vorgetragen.
- Das VPSC informiert im Anschluss den Vorstand von Visa Europe. Dabei ist zu beachten, dass das

VPSC keine Entscheidungskompetenz in Bezug auf die DMIF-Rate hat.

- Die abschliessende Entscheidung zur DMIF-Rate fällt in den Verantwortungsbereich des Vorstand von Visa Europe.

25. Das Verfahren zur Festlegung der DMIF für V PAY sieht somit keine multilateralen Diskussionen unter aktuellen Schweizer Wettbewerbern vor. Zudem sollen, nach Angaben der Parteien, in diesem Verfahren keinerlei wettbewerblich sensible Informationen (wie etwa in Bezug auf Kosten, Kostenstrukturen, strategische Investitionen etc.) zwischen den Mitgliedern ausgetauscht werden können.

<sup>2</sup> Es wird von Visa Europe beabsichtigt, dass das Visa Management in diesen bilateralen Gesprächen eine Reihe von relevanten Aspekten berücksichtigen soll, wie z.B. Marktbedingungen oder die Notwendigkeit, sowohl für Kartenherausgeber als auch Händlerbanken in einem zweiseitigen Markt einen Anreiz zu schaffen und eine angemessene Kostenentschädigung zu gewährleisten.

### A.3.4 Betriebsreglement von Visa Europe für V PAY

26. Visa Europe ist als Lizenzgeberin für das V PAY Betriebsreglement verantwortlich. Alle Mitglieder von Visa Europe, die V PAY herausgeben (Issuing) oder im V PAY Acquiring tätig sein möchten, müssen das Betriebsreglement von Visa Europe einhalten.<sup>3</sup>

27. Das Betriebsreglement von Visa Europe für V PAY beinhaltet folgende Grundsätze:

- eine "**Honour-All-Issuer-Regel**", die besagt, dass V PAY Händler alle V PAY-Debitkarten akzeptieren müssen, die ihnen korrekt als Zahlungsmittel präsentiert werden (Regel 6.1.1). Händler sind jedoch nicht verpflichtet, auch andere Produkte von Visa Europe zu akzeptieren (Regel 6.1.A.),
- eine "**Keine-Zusatzgebühren-Regel**" (Regel 6.2.C), die den Händlern das Erheben zusätzlicher Gebühren für die Bezahlung mit V PAY-Debitkarten untersagt, es sei denn, das nationale Recht räume den Händlern ausdrücklich das Recht ein, eine Zusatzgebühr zu erheben.
- eine "**Transparenz-Regel**" (Regel 1.19), welche abgeändert wurde und ab [Datum] die Publika-

on aller registrierten intra-regional und domestic MIF vorsieht.

- eine "**No-Blending-Regel**" wird ab [Datum] in Kraft treten, welche besagt, dass Händlerbanken in ihren MSCs nicht mehr Transaktionen über Bezahlkartensysteme von Visa Europe mit Transaktionen anderer Bezahlkartensysteme mischen (blend) dürfen und ausserdem den Händlern unterschiedliche MSCs für unterschiedliche Kartentypen von Visa anbieten müssen.

28. Das Betriebsreglement findet in ganz Europa, inklusive der Schweiz, Anwendung. Eine Ausnahme ist gegeben, wenn nationales Recht ausdrücklich eine andere Regelung vorsieht.

### A.3.5 Geplantes Gebührenmodell für V PAY in der Schweiz

29. Die geplante DMIF für V PAY ist als ein nach Transaktionswert gestufter Rappen-Betrag pro Debitkartentransaktion definiert. Wobei die geplante DMIF für V PAY-Debitkarten in der Schweiz im gewichteten Durchschnitt CHF 0.20 betragen soll. Die vorgeschlagene Höhe dieser „ersten“ V PAY DMIF-Rate für die Schweiz basiert auf einer Kostenschätzung von Visa Europe und präsentiert sich wie folgt:

Tabelle 1: Übersicht über Gebührenmodell von V PAY in der Schweiz

Transaktionswert (in CHF)	Höhe der DMIF (in CHF)
[kleine Beträge]	[...]
[mittlere Beträge]	[...]
[hohe Beträge]	[...]
[bestimmte Händlerkategorien]	[...]
<b>Erwarteter gewichteter Durchschnitt</b>	<b>0.20</b>

Quelle: Meldung vom 14. Oktober 2008

30. Für bestimmte Händlerkategorien sollen abweichende Interchange Fees implementiert werden. Aufgrund der fehlenden Markterfahrung mit V PAY behält sich Visa Europe vor, die V PAY DMIF-Raten für verschiedene spezielle Händlerkategorien anzupassen, solange allfällige Anpassungen den gewichteten Durchschnitt von CHF 0.20 nicht übersteigt.

31. Analog zur Einvernehmlichen Regelung im Kreditkartenentscheid (2006)<sup>4</sup>, schlägt Visa Europe vor, die DMIF für V PAY in Zukunft aufgrund von Kostenerhebungen vordefinierter „zulässiger Kosten“ festzulegen.

32. Aufgrund fehlender Daten vor der Markteinführung von V PAY hat Visa Europe versucht, in Analogie zum Kreditkartenentscheid der Weko, die „zulässigen Kosten“ zu definieren und eine Kostenschätzung zur Bestimmung der Höhe der „ersten“ DMIF-Rate für V PAY in der Schweiz anzustellen, wobei auch SEPA-relevante Kostenelemente in die Schätzung miteinbezogen wurden. Die Kostenschätzung ergab, dass die DMIF zur Deckung der „zulässigen Kosten“ CHF [...] betragen müsste. Die

von Visa Europe für die Schweiz vorgeschlagene und gemeldete DMIF-Rate für V PAY liegt mit durchschnittlich CHF 0.20 deutlich unterhalb dieses Wertes.

33. Visa Europe beabsichtigt nach der Markteinführung von V PAY in der Schweiz regelmässig Kostenerhebungen in einem 2-jährigen Rhythmus vorzunehmen und die Ergebnisse der Weko mitzuteilen.

### A.3.6 Projektstatus und Gebührenmodelle für V PAY im Ausland

34. In den letzten zwei Jahren wurde V PAY bereits in vier europäischen Ländern auf den Markt gebracht – überall mit einer DMIF-Rate: Deutschland EUR [Betrag],

<sup>3</sup> In Staaten, in denen nationale V PAY Gremien und V PAY Gruppenmitglieder bestehen, können diese ebenfalls Regeln formulieren, um speziellen nationalen Begebenheiten zu begegnen.

<sup>4</sup> RPW 2006/1, S. 65 ff., Verfügung der Wettbewerbskommission vom 5. Dezember 2005 betreffend Kreditkarten-Interchange Fee.

Frankreich EUR [Betrag], Italien EUR [Betrag] und Bulgarien EUR [Betrag]. Die für die Schweiz geplante DMIF-Rate von CHF 0.20 zählt damit zu den tiefsten V PAY DMIF-Raten in Europa.

35. Visa Europe verfügt europaweit bereits über wichtige Zusagen von Banken, einen Teil ihres Kartenportfolios auf V PAY umzustellen. Insgesamt haben 22 europäische Banken zugesagt, mehr als [...] Mio. Debitkarten in V PAY zu konvertieren: In Italien waren ungefähr 80 % aller Debitkarten von Maestro, als V PAY auf den Markt kam. Heute hat Visa Europe Zusagen italienischer Banken, die V PAY einen Marktanteil von [...] % verschaffen könnten. In Deutschland sind gegenwärtig alle Debitkarten von Maestro, aber Visa Europe hat Zusagen von deutschen Banken, annähernd [...] % dieser Karten zu V PAY zu migrieren und weitere Zusagen werden erwartet.

36. Die effektiven Marktanteile von V PAY in diesen Ländern sind trotz den Zusagen immer noch verhältnismässig klein. So konnte V PAY bis heute in Italien einen Marktanteil von rund [...] % erreichen. Insgesamt wurden bis Ende März 2008 europaweit [Anzahl] V PAY Karten herausgegeben.

37. Die Erfahrung aus den Markteinführungen von V PAY in anderen europäischen Ländern zeigt auf, dass es V PAY in diesen Ländern trotz DMIF nicht gelungen ist, in einem Land direkt beim Markteinstieg oder kurz darauf grosse Marktanteile zu erzielen, welche die in den jeweiligen Ländern bereits etablierten Systeme vom Markt hätten zu verdrängen vermögen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass in den Ländern, in welchen V PAY bereits in den Markt eingeführt wurde, andere Marktteilnehmer (Maestro und auch die jeweiligen nationalen Debitkartensysteme) in den allermeisten Fällen ebenfalls eine DMIF erheben.

38. Visa Europe beabsichtigt, die Lancierung von V PAY in ganz Europa in den kommenden Jahren fortzuführen. Die nächsten Länder werden [...] und voraussichtlich die Schweiz sein.

### A.3.7 Aussagen von Visa Europe zu Eigenheiten von V PAY und Notwendigkeit einer DMIF

39. Im Folgenden werden Argumente von Visa Europe aufgeführt, inwiefern gewisse Eigenheiten von V PAY die Notwendigkeit einer DMIF begründen respektive eine solche rechtfertigen sollen. Auf die nachfolgenden Argumente wird, sofern notwendig, vom Sekretariat unter Berücksichtigung der Stellungnahmen von Drittparteien im Rahmen der Erwägungen eingegangen werden.

40. Durch die Einführung einer weiteren Debitkarte in der Schweiz soll gemäss Visa Europe der Wettbewerb im Schweizer Debitkartenmarkt gefördert und Innovationen hervorgerufen werden:

41. Durch die Einführung von V PAY wird [...] die Wettbewerbssituation im Schweizer Acquiring für Debitkarten gefördert. [...] der Wettbewerb unter den Acquirern bezüglich V PAY-Transaktionen wesentlich ausgeglichener sein wird als beim Maestro-Acquiring, in welchem die SIX Multipay über einen Marktanteil von rund [...] % verfügt.<sup>5</sup>

42. Die Ausgestaltung von V PAY bietet gemäss Visa Europe einige beachtliche Vorteile für alle Marktteilnehmer,

wie z.B. die *geringeren Lizenz-/Systemgebühren*<sup>6</sup> sowie den erhöhten Betrugsschutz durch *EMV Chip + PIN Technologie* und den Verzicht auf den Magnetstreifen.<sup>7</sup> Zusätzlich kann V PAY für *kontaktfreies Bezahlen* verwendet werden und ist bereits vollständig *SEPA-konform*.

43. Die Markteinführung von V PAY und die damit verbundenen Innovationen fordert vor allem von Seiten der Issuer (Herausgeberbanken) beträchtliche Anfangs-/investitionen, wie beispielsweise IT-Anpassungen, Austausch von Karten, Schulung von Verkaufspersonal, Information für Händler und Karteninhaber etc.

44. Visa Europe bezweifelt, ob die Vorteile von V PAY für die Issuer, welche sich aus dem verbesserten Wettbewerb, den Innovationen sowie aus der wettbewerbsfähigen Gebührenstruktur ergeben, ausreichen, um die nötigen Anfangs-/investitionen für die Herausgeberbanken lohnenswert zu machen. Visa Europe ist deshalb der Ansicht, dass den Kartenherausgebern ein spezieller Anreiz in der Form einer DMIF geboten werden muss, damit V PAY erfolgreich in den Debitkartenmarkt eingeführt, respektive langfristig erfolgreich angeboten werden kann.

45. Visa Europe gibt weiter an, in Betracht gezogen zu haben, ob es eine Alternative sein könnte, die Interchange Fee durch bilaterale Verträge mit den einzelnen Banken festzulegen. Visa Europe kam jedoch zu dem Schluss, dass ein solches Vorgehen nicht angemessen wäre, vor allem im Hinblick auf den Verwaltungsaufwand, die entsprechenden Verträge zu verhandeln und durchzuführen<sup>8</sup> und vor dem Hintergrund möglicher „Hold-up“ Probleme für Acquirer und neue Marktteilnehmer<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Diese Annahme gründet auf dem Umstand, dass im Kreditkartenacquiring die Marktanteile für Visa-Kreditkarten leicht besser verteilt sind als für MasterCard-Kreditkarten und der Annahme, dass die Verteilung der Abwicklung bei den Debitkarten auf die einzelnen Acquirer ähnlich sein wird, wie bei den Kreditkarten.

<sup>6</sup> In einer von Visa Europe in Auftrag gegebenen Studie wurden die Unterschiede in den Systemgebühren zwischen einzelnen Zahlungssystemen für unterschiedlich grosse Issuer (gem. Transaktionsvolumen) untersucht. Visa Europe schliesst aus der Studie, dass sie für V PAY eine im Vergleich zu MasterCard wettbewerbsfähige Gebührenstruktur (Lizenz-/Systemgebühren) für Issuer und Acquirer aufweisen.

<sup>7</sup> V PAY ist, gemäss Angaben der meldenden Parteien, die einzige Debitkarte in der Schweiz, die nur mit EMV Chip + PIN Technologie funktioniert. Diese Eigenheit soll zu einer grösseren Benutzungssicherheit gegenüber anderen Debitkarten führen, die immer noch Kontoinformationen auf dem Magnetstreifen speichern.

<sup>8</sup> Vertreter von Visa Europe haben, anlässlich des Hearings, wie folgt argumentiert: „On the particular question of bilateral agreements in Switzerland in relation to V PAY, it would be a second best solution because there are a big number of banks, you would thus have transaction costs that would also act as a disincentive for foreign acquirers which like to enter the Swiss market. They would have to conclude a separate agreement with each issuer with whom they want to do business.“

<sup>9</sup> Vgl. dazu RPW 2006/1, S. 106, Rz. 331: „Da jeder Acquirer aufgrund der HACR mit jedem Schweizer Issuer gezwungenermassen einen Vertrag abschliessen muss, besitzen die Issuer eine grosse Verhandlungsmacht. Die Acquirer sind dieser weitgehend ausgeliefert, was zu unerwünscht hohen Interchange Fees führen kann.“

46. Die Einführung von V PAY ohne DMIF in der Schweiz würde, gemäss den Parteien, bei den Herausgeberbanken die Notwendigkeit mit sich bringen, eine Jahresgebühr zu erheben, die wesentlich höher als jene von Maestro sein müsste, namentlich um die Switching Costs der Herausgeberbanken zu V PAY zu kompensieren. Das würde V PAY für Karteninhaber weniger attraktiv machen.

47. Gleichzeitig soll eine DMIF laut Visa Europe das nötige Gleichgewicht zwischen der gemeinsamen Nachfrage von Karteninhabern und Händlern nach den Dienstleistungen des V PAY Zahlungssystems einerseits und der Erbringung dieser Dienstleistungen durch Herausgeberbanken und Händlerbanken andererseits herstellen. Visa Europe bezeichnet die geplante DMIF insofern als einen notwendigen Ausgleichsmechanismus und folglich nicht als Abrede.

48. Zudem [...] Verweis zeigt die Studie „Die Kosten des Bargelds“ (2007)<sup>10</sup> an, dass die Schweizer Issuer heute wegen dem für sie defizitären Maestro Debitkartensystem wenig Anreize haben, den Debitkartengebrauch in der Schweiz zu fördern. Vielmehr setzen sie auf die volkswirtschaftlich weniger attraktive Kreditkarte. Durch V PAY und die damit geplante DMIF (welche letztendlich eine Ertragskomponente der Issuer darstellt) könnte [...] die Debitkarte für die Issuer im Vergleich zur Kreditkarte attraktiver gemacht werden und somit die Issuer dazu veranlasst werden, in Zukunft vermehrt Debitkarten [...] zu fördern. Eine Förderung der Debitkarte könnte zudem im Handel zu einer Substitution von ineffizienten Bargeldzahlungen führen. Würde es gelingen, mittels V PAY und geplanter DMIF, den Anteil an Debitkarten im Schweizer Markt auf Kosten der Kreditkarten resp. des Bargelds zu erhöhen, so würden letztendlich die Gesamtkosten für den Handel um schätzungsweise CHF 120 Mio. sinken.

#### A.4 Standpunkte befragter Drittparteien

49. Mit Schreiben vom 21. November 2008 versandte das Sekretariat Fragebogen an ausgewählte Dritte (VEZ, Erdölvereinigung, MasterCard, diverse Issuer von Maestro und Postfinance), um die Aussagen und Argumente von Visa Europe aus der Meldung besser beurteilen zu können.<sup>11</sup>

50. Zusätzlich führte das Sekretariat am 16. Februar 2009 in Anwesenheit des Präsidenten der Weko ein Hearing mit Visa Europe, ausgewählten Issuern und Acquirern sowie dem VEZ durch.<sup>12</sup> Nachfolgend werden wichtige Aussagen und Standpunkte der Befragten zusammengefasst.

##### A.4.1 Markteintritt von V PAY mit geplanter DMIF

51. Alle Befragten begrüssen grundsätzlich die Markteinführung von V PAY in der Schweiz. Eine weitere Debitkarte ermöglicht Wettbewerb gegenüber dem Marktführer Maestro und im Acquiring gegenüber der SIX Multipay und erlaubt durch unterschiedliche Produktplatzierung und Innovationen weitere Kundenbedürfnisse abzudecken. Mehr Wettbewerb wird letztendlich zu tieferen Preisen und Gebühren führen (z.B. tiefere Lizenz- und Verarbeitungskosten der Card Schemes).

52. Die Meinungen gehen auseinander, bezüglich der Frage, ob die Markteinführung von V PAY mit oder ohne DMIF erfolgen soll respektive muss:

53. Die befragten Marktteilnehmer (Visa Europe, Issuer, Acquirer) sind sich einig, dass V PAY der Markteintritt in der Schweiz nur gelingen wird, wenn eine DMIF implementiert wird. Einige Vertreter gehen sogar soweit zu sagen, dass V PAY nur erfolgreich in den Markt eingeführt wird, wenn für V PAY eine DMIF implementiert wird und gleichzeitig Maestro nicht ebenfalls eine DMIF einführen wird. Insofern wird der Wettbewerb nur gestärkt werden, wenn V PAY aufgrund der DMIF für den Markteintritt über einen Wettbewerbsvorteil gegenüber dem Marktführer Maestro verfügt.

54. Demgegenüber ist der VEZ nicht der Ansicht, dass es im Debitkartenbereich eine DMIF braucht, auch nicht für die Markteinführung. In ihrer Argumentation wird auf die Unterschiede zwischen Debit- und Kreditkarten hingewiesen. So werde beispielsweise die Autorisation bei den Debitkarten nicht über Bezugslimiten sondern über den Kontosaldo erteilt. Zudem wird ausgeführt, dass sich die Rahmenbedingungen allgemein verbessert haben und die Kosten der Zahlkarten in letzter Zeit generell rückläufig waren. Aus diesem Grund könne nicht nachvollzogen werden, wieso sich die Tarife verteuern müssen. Steigende Tarife stehen zudem im Widerspruch zur Behauptung, dass nach Einführung der Interchange Fee mehr Wettbewerb herrsche. Der VEZ lehnt insofern auch die Aussage von Visa Europe ab, dass durch die Einführung von V PAY mit geplanter DMIF die Kosten für den Handel um rund 120 Mio. CHF sinken werden.<sup>13</sup> Der Handel rechnet im Gegenteil mit einem Anstieg seiner Kosten durch die Einführung von V PAY mit geplanter DMIF, vor allem dann, wenn dies Maestro ebenfalls dazu veranlasst, eine DMIF zu implementieren.

##### A.4.2 Dauer und Kosten des Markteintritts

55. Als realistischer Zeitrahmen für den Markteintritt von V PAY sehen die befragten Marktteilnehmer zwei bis drei Jahre. Es wird darauf verwiesen, dass das Tempo der Markteinführung primär von den Issuern vorgegeben werde, welche für den Markteintritt entscheidende Umstellungen und Anpassungen vornehmen müssen, bevor das neue Produkt herausgegeben und zur Bezahlung verwendet werden kann. Die Issuer müssen neue Karten herausgeben, Innovationen einführen und es fallen ihnen Kosten für IT und Schulungen an.

56. Zudem erfolgt die technische Abwicklung der Debitkarten (Maestro und V PAY) auf der Acquiring-Seite weitgehend über das entsprechende Kreditkartennetzwerk. Insofern sind im Acquiring für den Markteintritt von

<sup>10</sup> Die Kosten des Bargeldes, Empirischer Kostenvergleich der Zahlungsverkehrsmittel Maestro und Bargeld in der Schweiz, Rudolf Minsch, Dario Fauceglia, Urs Bernegger, St. Gallen, 16. Juli 2007.

<sup>11</sup> Es gilt zu berücksichtigen, dass diese Auskunftsbegehren des Sekretariates vor Eingang der Meldung von MasterCard für die geplante Einführung einer Fallback Interchange Fee für Maestro verschickt wurden und insofern die Standpunkte der befragten Marktteilnehmer diesen Umstand in ihren Antworten nicht berücksichtigen.

<sup>12</sup> Zum Zeitpunkt des Hearings war bereits bekannt, dass MasterCard am 30. Dezember 2008 ebenfalls eine Meldung eingereicht hat.

<sup>13</sup> Vgl. dazu Rz. 48.

V PAY begrenzte Anfangsinvestitionen nötig und die befragten Acquirer sind bereits in der Lage, V PAY-Transaktionen in der Schweiz abzuwickeln.

#### A.4.3 Auswirkungen von V PAY auf den Wettbewerb

57. Die Aussage von Visa Europe, dass es durch V PAY zu mehr Wettbewerb im Acquiring kommt, wird von befragten Acquirern im Hearing bestätigt. Der klare Marktführer SIX Multipay habe aufgrund seiner Grösse enorme Mengen- und Kostenvorteile bei der Abwicklung von Maestro, bei einem neuen Produkt hingegen, könne von einer gleichen Ausgangslage für alle Acquirer gesprochen werden. Die befragten Acquirer befürworten deshalb ein weiteres Debitkartenprodukt, auch mit einer DMIF.

58. Die Issuer gehen davon aus, dass sie durch die Markteinführung einer weiteren Debitkarte mehr Möglichkeiten zu unterschiedlicher Produktplatzierung erhalten und somit weitere Kundenbedürfnisse abdecken können. Der Wettbewerb wird durch ein weiteres Debitkartenprodukt erhöht und somit werden voraussichtlich die Lizenz- und Verarbeitungskosten der Card Schemes tendenziell sinken.

59. Zudem denken die befragten Parteien und Marktteilnehmer nicht, dass es zu einer schlagartigen Umstellung aller Maestro Karten auf V PAY kommen wird, auch dann nicht, wenn V PAY mit einer DMIF eingeführt wird und Maestro weiterhin ohne DMIF funktioniert. Gründe dafür sind die Kundenbedürfnisse, die Akzeptanz sowie die Dauer der Kartenverträge.

60. [Ein Marktteilnehmer] gibt im Auskunftsbegehren zudem an, dass „V PAY seit mehreren Jahren für kartenherausgebende Banken erhältlich ist, so dass dessen Verfügbarkeit an sich nicht neu ist. Nach dem Wissen von [einem Marktteilnehmer] bietet jedoch bis heute kein Issuer (in der Schweiz) dieses Produkt an“.

#### A.4.4 Angekündigte Innovationen durch V PAY

61. Die befragten Marktteilnehmer stehen den von Visa Europe hervorgebrachten Produktinnovationen durch V PAY skeptisch gegenüber (vgl. dazu Rz. 42). Sie äussern sich kritisch zur Wünschbarkeit der Innovationen und zum technischen Neuigkeitswert an sich:

62. Alle Befragten geben an, dass die *EMV Chip + PIN Technologie* kein Novum ist. Heute sind 100 % der Maestro-Karten und Terminals in der Schweiz EMV Chip + PIN-kompatibel und auch bei der Postfinance Card ist diese Technologie bereits seit einiger Zeit implementiert. Die Tatsache, dass V PAY indessen konsequent auf Chip + PIN setzt und gänzlich auf die Datenspeicherung auf den Magnetstreifen verzichten, ist indessen eine Neuheit.

63. Auch *kontaktloses Bezahlen* kann nicht mehr als Innovation bezeichnet werden. So bietet beispielsweise auch MasterCard über ein eigenständiges Produkt die kontaktlose Abwicklung von Zahlungsvorgängen sowohl in der Schweiz als auch in Europa und weltweit an.

64. Visa Europe führt dazu aus, dass die Technologie des kontaktlosen Bezahls in der Schweiz bereits von

verschiedenen *Kreditkarten* verwendet wird und insofern keine Innovation im engeren Sinne darstellt. Der Einsatz von kontaktlosem Bezahlen bei *Debitkarten* wie V PAY stellt demgegenüber in der Schweiz ein Novum dar.

65. Die *SEPA-Konformität* ist insofern keine Innovation, da auch Maestro gemäss MasterCard SEPA-konform ist. Einigen Marktteilnehmern zufolge betrifft die SEPA-Konformität nur Euro Transaktionen und ist im Schweizer Markt deshalb hinsichtlich Umsetzung von untergeordneter Bedeutung.

66. Visa Europe meint hierzu, dass durch die SEPA-Konformität von V PAY die mögliche Belegung des Wettbewerbs im Acquiring in der Schweiz zusätzlich unterstützt wird.

67. Gewisse [Marktteilnehmer] geben weiter an, dass viele Innovationen bereits heute grundsätzlich verfügbar wären (d.h. werden von MasterCard International bereitgestellt) und auch von Karteninhabern und Händlern gewünscht werden. Sie werden aber aus wirtschaftlichen Gründen mangels Erträgen (keine DMIF für Maestro) von den Schweizer Issuern nicht eingeführt. Gerade die Markteinführung einer neuen Debitkarte (V PAY) würde grosse Investitionen (Kartenherausgabe und -Akzeptanz, Verarbeitung und Marketing) seitens der Issuer und Acquirer bedingen. Einen positiven Business Case vorausgesetzt haben Issuer und Acquirer dennoch ihr Interesse an der neuen Debitkarte V PAY bekundet (vgl. Rz. 51).

## B ERWÄGUNGEN

### B.1 Geltungsbereich

68. 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).

69. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Sowohl Visa Europe als auch die gegenwärtigen und künftigen V PAY Issuer und Acquirer sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

70. Auf die Frage, ob die betroffenen Unternehmen Wettbewerbsabreden treffen, wird nachstehend unter Art. 5 KG (Rz. 72 ff.) eingegangen.

### B.2 Vorbehaltene Vorschriften

71. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG.

### B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede über Preise

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

### B.3.1 Wettbewerbsabrede

73. Eine unzulässige Wettbewerbsabrede liegt gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vor, wenn folgende Tatbestandselemente erfüllt sind: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung. Dabei können die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf gleicher (horizontal) oder auf verschiedenen (vertikal) Marktstufe(n) tätig sein.

#### B.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

74. In den bisherigen Zahlkartenfällen wurde die Domestische Interchange Fee multilateral in den dafür bestimmten nationalen Kartengremien (IAFV für Visa-Kreditkarten, CC für MasterCard-Kreditkarten und MAECC für Maestro-Debitkarten) zwischen den Issuern und den Acquirern verhandelt. Aufgrund der gemeinsamen Verhandlungen in diesen Gremien konnte das Vorliegen einer Abrede problemlos bejaht<sup>14</sup> und die DMIF als horizontale Abrede sowohl auf dem Acquiring- wie auch dem Issuing-Markt qualifiziert werden.<sup>15</sup>

75. Im Unterschied zu den bisherigen Zahlkartenfällen soll die DMIF für V PAY nicht durch die in der Schweiz aktiven Issuer und Acquirer in Kartengremien gemeinsam ausgehandelt werden, sondern durch den Vorstand von Visa Europe, auf der Grundlage einer Empfehlung des VPSC, die bilaterale Gespräche mit den einzelnen Schweizer Mitgliedern widerspiegelt, festgelegt werden (vgl. dazu oben Rz. 23 ff.). Es stellt sich die Frage, ob diese veränderte Vorgehensweise dazu führt, dass keine horizontale Abrede auf Stufe der Issuer und Acquirer mehr vorliegt.

76. Bereits in den früheren Zahlkartenfällen haben die Wettbewerbsbehörden festgehalten, dass Kredit- und Debitkartensysteme komplexe Mehrparteienbeziehungen beinhalten, welche sowohl horizontale wie vertikale Aspekte aufweisen.<sup>16</sup> Diese Aussage gilt ebenfalls für V PAY. Zudem ist die grundlegende Funktionsweise der V PAY-DMIF identisch mit der DMIF der bisher untersuchten Fälle.

77. Der Unterschied zwischen dem aktuellen und den früheren Fällen ist derjenige, dass die DMIF formell vertikal festgelegt wird, was die vertikalen Aspekte etwas verstärkt, ohne dass jedoch das horizontale Element erheblich an Bedeutung verlieren würde. Nach Auffassung des Sekretariates kann die DMIF für V PAY deshalb sowohl als vertikale Abreden zwischen Visa und den einzelnen Issuern bzw. Acquirern als auch wie bisher als horizontale Abrede zwischen den Issuern einerseits und den Acquirern andererseits betrachtet werden:

- Eine *vertikale Abrede* besteht zwischen Visa Europe und den Issuern bzw. Acquirern von V PAY. Visa Europe gibt die DMIF vor und die Issuer sowie Acquirer haben sich verpflichtet, diese einzuhalten. Es handelt sich daher um eine rechtlich verbindliche Wettbewerbsabrede. Im Einzelfall könnte dann keine vertikale Abrede angenommen werden, wenn einzelne Issuer und Acquirer bilaterale Interchange Fees vereinbaren würden. Solche Ausnahmen dürften aber auf-

grund der bisherigen Erfahrungen selten bis inexistenz sein.<sup>17</sup>

- Eine *horizontale Abrede* besteht je zwischen den Issuern und den Acquirern, welche die DMIF umsetzen, im Wissen, dass sich alle (oder beinahe alle) anderen Issuer und Acquirer gleich verhalten. Die *Wirkung der DMIF* ist und bleibt jedenfalls horizontal. Sie führt zu einem bewussten und gewollten Zusammenwirken zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe. Es handelt sich dabei um eine abgestimmte Verhaltensweise und somit um eine Abrede.<sup>18</sup>

78. Nach Auffassung des Sekretariates steht aufgrund der Wirkung der DMIF die horizontale Abrede im Vordergrund. Eine ähnliche Konstellation bestand auch im Fall der Buchpreisbindung, bei welchem das Bundesgericht ausdrücklich den Entscheid der Weko bestätigte und festhielt, dass „eine Vielzahl von Vertikalabreden einer Horizontalabsprache gleichzustellen sind, wenn sie auf irgendeine Weise verknüpft oder mit einer Horizontalabrede kombiniert sind, namentlich falls sie vom gleichen marktmächtigen Unternehmen ausgehen oder in irgendeiner Form, zum Beispiel durch das Einsetzen einer neutralen Aufsichtsinstitution, zentral koordiniert erscheinen“.<sup>19</sup> Das Bundesgericht hat weiter ausgeführt, dass als Preisabrede auch die abgestimmte Verhaltensweise zu gelten hat, einen einheitlichen Preis anzuwenden, selbst wenn dieser nicht durch die Buchhändler, sondern durch die Verleger bestimmt wird. Die Buchhändler wüssten, dass infolge der Buchpreisbindung die anderen Buchhändler die gleichen Preise verlangen würden wie sie selbst.<sup>20</sup>

79. Wie bei der Buchpreisbindung wird die DMIF für V PAY durch ein Bündel vertikaler Absprachen umgesetzt. Die vertikalen Absprachen sind alle identisch und gehen vom selben Unternehmen (Visa Europe) aus. Die vertikalen Absprachen sind zudem dadurch verknüpft, dass sie für alle Issuer und Acquirer die gleichen Regeln vorsehen (Operating Rules), namentlich haben alle dieselbe DMIF umzusetzen. Auch aufgrund der Honor All Cards Rule (in ihrem Teilgehalt als Honor All Issuer Rule) ist sichergestellt, dass kein Issuer vom System ausgeschlossen werden kann. Selbst wenn die Issuer und

<sup>14</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 82 f., Rz. 133 ff. (Kreditkartenentscheid); RPW 2006/3, S. 607, Rz. 46 ff. (Maestro-Schlussbericht).

<sup>15</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 84, Rz. 146 ff. (Kreditkartenentscheid); in RPW 2006/3, S. 608, Rz. 56 ff. (Maestro-Schlussbericht) wurde nur eine Abrede auf dem Issuing-Markt bejaht, da sich nur ein Acquirer an den Verhandlungen beteiligt hatte und die DMIF noch nicht umgesetzt worden war.

<sup>16</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 84, Rz. 146 ff. (Kreditkartenentscheid); in RPW 2006/3, S. 608, Rz. 56 ff. (Maestro-Schlussbericht).

<sup>17</sup> Selbst wenn einige Issuer und Acquirer eine bilaterale Interchange Fee aushandeln würden, gilt für alle Transaktionen ausserhalb der bilateralen Vereinbarung die DMIF.

<sup>18</sup> Eine abgestimmte Verhaltensweise liegt vor, wenn mehrere Unternehmen ihr Marktverhalten bewusst und gewollt zusammenwirken und die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des Wettbewerbs tritt, vgl. RPW 2004/4, S. 1075, Rz. 48, Vertrieb von Tierarzneimitteln; RPW 2006/3, S. 422 f., Rz. 17, ATM-Service-Fee.

<sup>19</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 14. August 2002 i.S. Buchpreisbindung, in: RPW 2002/4, S. 737, E. 6.2 (unter Hinweis auf BBl 1995 I 566 sowie zahlreiche Literaturstellen).

<sup>20</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 14. August 2002 i.S. Buchpreisbindung, in: RPW 2002/4, S. 742, E. 6.5.5.

Acquirer die DMIF nicht selbst multilateral verhandeln, so wenden sie diese doch multilateral an und koordinieren sich so horizontal. Letztlich ist genau dies der Zweck der DMIF: nicht die vertikale Beziehung zu Visa Europe soll geregelt werden, sondern das horizontale Verhalten der Issuer einerseits und der Acquirer andererseits soll abgestimmt werden.

80. Die Qualifikation der DMIF für V PAY als horizontale Abrede stimmt zudem mit der Praxis der EU-Kommission überein. Im Gegensatz zu den Schweizer Zahlkartenfällen betreffen die Leitentscheide der EU bereits Fälle, in denen eine Interchange Fee nicht durch die Issuer und Acquirer sondern durch die Systemeigentümerin (Visa und MasterCard) festgelegt wurden. Dabei hat die EU-Kommission jeweils darauf abgestellt, dass Visa und MasterCard Unternehmensvereinigungen darstellen. Art. 81 des EG-Vertrages umfasst nicht nur direkte Methoden zur Koordination von Unternehmen (Abreden und abgestimmte Verhaltensweisen) sondern auch institutionalisierte Kooperationsformen.<sup>21</sup> Selbst nach dem Börsengang von MasterCard geht die EU-Kommission davon aus, dass MasterCard die Interchange Fees im gemeinsamen Interesse der Banken festsetzt.<sup>22</sup> Die EU-Kommission gelangt zu folgendem Ergebnis: „Rather, as any other decision of the organisation’s managing bodies, the MIF remains to be the faithful expression of the association’s resolve to coordinate the commercial conduct of its members“.<sup>23</sup>

81. Im Schweizer Recht wird die Koordination innerhalb von Vereinigungen gemäss konstanter Praxis als horizontaler Tatbestand betrachtet.<sup>24</sup> Visa Europe ist als Mitgliedervereinigung konstituiert (vgl. oben Rz. 19 ff.). Dieses Element verstärkt die bereits getroffene Feststellung, dass im vorliegenden Fall die horizontale Abrede für die kartellrechtliche Beurteilung ausschlaggebend ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Schweizer Issuer und Acquirer keinen direkten Einfluss auf die Festlegung der DMIF haben, sondern diese durch den Visa Vorstand bestimmt wird. Dies entspricht dem Koordinationsmechanismus in vielen grösseren Verbänden. So wurden beispielsweise die Tarife des Verbandes Schweizerischer Unternehmungen für Bau und Unterhalt von Tankanlagen (VTR) durch eine ständige „Preiskommission“ festgelegt. Im entsprechenden Schlussbericht wurde festgehalten, dass die Mitglieder des Verbandes zumindest bewusst in Kauf nehmen, dass die Tarife durch diese Kommission festgelegt werden und daher von einem bewussten und gewollten Zusammenwirken der VTR-Mitglieder auszugehen sei.<sup>25</sup> Diese Schlussfolgerungen lassen sich auf den vorliegenden Fall übertragen. Auf eine eingehende Analyse der vertikalen Aspekte des Sachverhaltes im Hinblick auf Art. 5 Abs. 4 KG wird deshalb im Rahmen dieser Vorabklärung verzichtet.

### **B.3.1.2 Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung**

82. Visa Europe macht geltend, die V PAY DMIF stelle gar keine Wettbewerbsabrede dar, weil sie keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecke oder bewirke. Die DMIF stelle vielmehr einen Ausgleichsmechanismus dar, um die Kosten des Zahlungssystems entsprechend dem jeweiligen Grenznutzen auf zwei unterschiedliche „Nut-

zergruppen“ (d.h. Händler und Karteninhaber) zu verteilen, wobei die unterschiedlichen Preiselastizitäten berücksichtigt würden.

83. Bereits im Kreditkartenentscheid hat die Weko dieser Argumentation entgegengehalten, dass die DMIF den Preissetzungsspielraum der Issuer und Acquirer beschränkt, indem die Höhe der DMIF deren Kosten und Erträge beeinflusst.<sup>26</sup> Einerseits bewirkt die DMIF eine Wettbewerbsbeschränkung im Acquiring-Geschäft. Die DMIF stellt für die Acquirer den Mindestbetrag dar, auf deren Basis sie die Händlerkommissionen festlegen, d.h. die Händlerkommission muss mindestens so hoch wie die DMIF sein, wenn der Acquirer nicht Verluste in Kauf nehmen will. Dies führt dazu, dass die DMIF von Acquirern direkt auf die Händler überwältigt wird. Andererseits bewirkt die DMIF für die Issuer garantierte Mindesteinnahmen, welche die Preisfestsetzung gegenüber den Karteninhabern beeinflusst. Zudem schafft die IF für die Issuer einen Anreiz, Kartenprodukte mit einer höheren IF gegenüber solchen mit einer tieferen IF zu bevorzugen. Es wird deshalb vorliegend daran festgehalten, dass die DMIF für V PAY eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt. Dies entspricht im Übrigen auch der aktuellen europäischen Praxis.<sup>27</sup>

### **B.3.1.3 Fazit Wettbewerbsabrede**

84. Die DMIF für V PAY stellt eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG dar. Es handelt sich um eine horizontale Abrede zwischen den Issuern einerseits und den Acquirern andererseits. Auf eine eingehende Analyse der vertikalen Aspekte des Sachverhaltes im Hinblick auf Art. 5 Abs. 4 KG wird im Rahmen dieser Vorabklärung verzichtet.

### **B.3.2 Keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs**

#### **B.3.2.1 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede**

85. Gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs insbesondere bei Abreden über Preise vermutet. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von wesentlichen Preiselementen oder -komponenten und erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen.<sup>28</sup>

<sup>21</sup> Vgl. zum Ganzen: Entscheid der EU-Kommission vom 19.12.2007 betreffend MasterCard (COMP/34.679), Rz. 338 ff.

<sup>22</sup> Entscheid der EU-Kommission vom 19.12.2007 betreffend MasterCard (COMP/34.679), Rz. 381 ff.; in dem festgehalten wird: „Finally, it is a fact that the Global Board still takes decisions on a MIF virtually, on behalf of the banks“ (Rz. 388).

<sup>23</sup> Entscheid der EU-Kommission vom 19.12.2007 betreffend MasterCard (COMP/34.679), Rz. 397. MasterCard hat die Beurteilung der EU-Kommission vor dem EuG angefochten.

<sup>24</sup> Vgl. etwa RPW 1998/2, S. 189 ff. (Honorarrichtlinien SVIT); RPW 2003/2, S. 265 ff. (Tarification des honoraires des médecins genvois en matière des soins privés); RPW 2004/2, S. 331 ff. (ASTAG Preisempfehlungen/Kalkulationshilfen); RPW 2006/4, S. 591 ff. (Tarif des Verbandes Schweizerischer Unternehmungen für Bau und Unterhalt von Tankanlagen [VTR]).

<sup>25</sup> RPW 2006/4, S. 593, Rz. 21–25 (Tarif des Verbandes Schweizerischer Unternehmungen für Bau und Unterhalt von Tankanlagen [VTR]).

<sup>26</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 83, Rz. 140 ff. (Kreditkartenentscheid).

<sup>27</sup> Entscheid der EU-Kommission vom 19.12.2007 betreffend MasterCard (COMP/34.679), Rz. 410 ff. und 461 ff. mit im Wesentlichen der gleichen Argumentation.

<sup>28</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, S. 567 (BBI 1995 I 567).

86. Visa Europe verweist in der Meldung auf den Fall Swico/Sens in dem die Weko festgehalten hat, dass eine Vereinbarung über Höhe und Überwälzung eines verhältnismässig geringen Preiselementes keine Preisabsprache bildet, wenn sie auf dem Markt des Endprodukts keine preisharmonisierende Wirkung zeigt.<sup>29</sup>

87. Wie oben aufgezeigt wurde, bildet die geplante DMIF einen Preisbestandteil sowohl auf Acquirer als auch auf Issuer Seite (vgl. Rz. 83). Vor der Markteinführung von V PAY liegen jedoch keine empirischen Beobachtungen darüber vor, wieviel Prozent der Issuer-Erträge respektive der Acquirer-Kosten durch die geplante DMIF multilateral festgelegt werden. Gemäss Schätzungen der Parteien würde bei V PAY die Interchange Fee rund [15-30] % der Issuer-Erträge generieren und auf der Acquiringseite rund [30-55] % der MSC ausmachen.<sup>30</sup> Damit stellt die DMIF ein wesentliches Preiselement der MSC dar. Zudem entfällt ein wesentlicher Anteil an den Gesamterträgen der Issuer auf die DMIF. Es ist insofern auch davon auszugehen, dass die DMIF eine preisharmonisierende Wirkung zeitigt.<sup>31</sup>

88. Insofern fällt die geplante DMIF für V PAY als Preisabrede unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Dies entspricht dem Ergebnis der früheren Zahlkartenfälle.<sup>32</sup>

### B.3.2.2 Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

89. Nachfolgend wird geprüft, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann. Die Vermutung kann durch den Nachweis umgestossen werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) besteht.

90. Um festzustellen, ob die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

#### B.3.2.2.1. Relevanter Markt

91. Die Wettbewerbsbehörden haben sich bereits ausführlich zur Marktabgrenzung bei Kredit- sowie bei Debitkartensystemen geäussert. Es gibt keinen Anlass im vorliegenden Fall von der bisherigen Praxis abzuweichen, so dass die nachfolgende Marktabgrenzung im Wesentlichen derjenigen der bisherigen Zahlkartenfälle, insbesondere des Maestro-Schlussberichtes, entspricht.<sup>33</sup>

#### I. Zweiseitiger Markt

92. V PAY ist ein 4-Parteien Debitkartensystem (vgl. oben Rz. 11 ff.). Bei einem 4-Parteiensystem liegt ein so genannter zweiseitiger Markt vor. Märkte werden häufig dann als zweiseitig bezeichnet, wenn auf ihnen zwei (oder mehrere) Nachfragegruppen über eine Plattform interagieren. Im vorliegenden Fall besteht die eine Seite des Marktes aus den Händlern und den Acquirern, während die andere Seite des Marktes durch die Karteninhaber und Issuer gebildet wird (vgl. Abbildung 1).<sup>34</sup>

93. In einem 4-Parteiensystem bestehen somit mehrere Marktteilnehmer aus deren Sicht der Markt abgegrenzt

werden kann: Zunächst kann der Markt aus Sicht der *Karteninhaber* abgegrenzt werden, d.h. aus Sicht der Personen, welche eine Debitkarte bei den Issuern nachfragen (Issuing Markt). Auf der anderen Seite kann der Markt aus Sicht der *Händler* abgegrenzt werden, welche die Debitkarten als Zahlungsmittel entgegen nehmen und den Anschluss an ein Debitkartensystem bei den Acquirern nachfragen (Acquiring Markt). Schliesslich sind aber auch *Issuer* und *Acquirer* selber Marktteilnehmer. Sie sind die Nachfrager von Lizenzen für Debitkartensysteme bei den Lizenzgebern (Visa, MasterCard), damit sie das Issuing bzw. Acquiring betreiben können (Systemebene).

94. In den bisherigen Zahlkartenverfahren wurde bei 4-Parteiensystemen sowohl bei Kredit- als auch bei Debitkarten einerseits ein **Issuing Markt** und andererseits ein **Acquiring Markt** abgegrenzt.<sup>35</sup> Daran soll auch nachfolgend festgehalten werden. Zusätzlich soll als neues Element im Vergleich zum Maestro-Schlussbericht – auf den Wettbewerb auf Systemebene eingegangen werden.

#### II. Sachlich relevanter Markt

95. 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 vom 17. Juni 1996 [VKU; SR 251.4], welcher hier analog anzuwenden ist).

#### a. Abgrenzung der Debitkarten von den Kreditkarten

96. In der bisherigen Praxis der Weko und des Sekretariates wurde dargelegt, dass Kredit- und Debitkarten (sowie auch andere Zahlungsmittel wie Bargeld, Check, etc.) weder aus Sicht des Karteninhabers noch aus Sicht des Händlers Substitute darstellen, sondern sich ergänzende Zahlungsmittel sind.<sup>36</sup> Diese Praxis wurde durch

<sup>29</sup> Vgl. RPW 2005/2, Rz. 55, S. 260 (Swico/Sens).

<sup>30</sup> Schätzung der Parteien basierend auf einer durchschnittlichen DMIF von CHF 0.20 und einer aktuellen MSC bei Maestro zwischen CHF 0.20 – 0.25 (vgl. Meldung FN 100).

<sup>31</sup> So auch schon in RPW 2006/1, S. 85, Rz. 154 (Kreditkartenentscheid) und RPW 2006/4, S. 609, Rz. 64 (Maestro-Schlussbericht).

<sup>32</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 85, Rz. 159 (Kreditkartenentscheid) und RPW 2006/4, S. 609, Rz. 66 (Maestro-Schlussbericht).

<sup>33</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 85 ff., Rz. 162 ff. (Kreditkartenentscheid) und RPW 2006/4, S. 609 ff., Rz. 69 ff. (Maestro-Schlussbericht).

<sup>34</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 85, Rz. 162 (Kreditkartenentscheid).

<sup>35</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 85, Rz. 162 ff. Die Abgrenzung eines sog. Wholesale-Marktes, welcher sich auf die für das Funktionieren des Systems notwendigen Dienstleistungen zwischen Issuern und Acquirern beziehen würde, wurde sowohl bei Kredit- als auch bei Debitkarten abgelehnt. Vgl. RPW 2006/1, S. 85 f., Rz. 164 ff. (Kreditkartenentscheid) und RPW 2006/4, S. 609, Rz. 69 ff. (Maestro-Schlussbericht).

<sup>36</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 86 ff., Rz. 169 ff. und S.92 ff., Rz. 203 ff. (Kreditkartenentscheid) und RPW 2006/4, S. 611, Rz. 83 ff. (Maestro-Schlussbericht). Im Kreditkartenentscheid ergab eine Händlerbefragung, dass die Händler Kredit- und Debitkarten nicht als gleichwertig empfinden. Im Maestro Schlussbericht wird darauf hingewiesen, dass jede erwachsene Person in der Schweiz über eine Debitkarte verfügt und diese deshalb nicht mit der Kreditkarte austauschbar ist (Ende 2007 waren gemäss den Statistiken der SNB und des BFS in der Schweiz 1,2 Debitkarten pro Erwachsener im Umlauf).

die REKO/WEF vertieft geprüft und bestätigt. Die REKO/WEF hat festgehalten, dass für den Karteninhaber die Kredit- und Debitkarten aufgrund produktspezifischer Eigenschaften nicht vollständig substituierbar sind sowie, dass für den Händler der Zugang zu einzelnen Kreditkartennetzwerken und der Zugang zu Debitkartensystemen keine Substitute bilden.<sup>37</sup>

97. Es stellt sich allenfalls die Frage, inwiefern die kürzlich auf den Markt gekommenen Gratkreditkarten als Substitut zu den Debitkarten V PAY und Maestro in Betracht gezogen werden müssen. Die Evaluation der EVR (2009)<sup>38</sup> zeigt: [Zwischenresultate]. Trotzdem unterscheiden sich die „neuen“ (Gratis-) Kreditkarten in ihren Produkt- und Systemspezifikationen entscheidend von den Debitkarten (z.B. keine Kontoanbindung nötig, Kreditfunktion, Bonusprogramme, etc.). Die Gratkreditkarten sind deshalb trotz ihres breiteren Einsatzspektrums als herkömmliche Kreditkarten nicht als Substitute für Debitkarten zu betrachten.

98. Nachfolgend wird daher von einem separaten Markt für Debitkarten ausgegangen. Dabei wird auf das Debitkarten-Issuing und -Acquiring, sowie zusätzlich – als neues Element im Vergleich zum Maestro-Schlussbericht – auf den Wettbewerb auf Systemebene eingegangen. Es stellt sich die Frage, welche Debitkarten-/Systeme zum selben sachlich relevanten Markt zählen.

#### b. Debitkarten-Issuing

99. Wie bereits erwähnt (vgl. oben Rz. 15 ff.), gibt es derzeit in der Schweiz neben Maestro zwei weitere Debitkarten: die Postfinance Card und die M-Card. Beide sind als 3-Parteien Debitkartensysteme ausgestaltet, während Maestro und V PAY 4-Parteiensysteme sind. Postfinance Card und M-Card sind zudem domestische und proprietäre Debitkarten (von Postfinance und Migros), während V PAY und Maestro international vertrieben werden. Maestro und V PAY sind internationale Debitkartenprodukte, welche welt- bzw. europaweit zur Bezahlung von Waren oder Dienstleistungen am POS sowie für Bargeldbezüge an Bankomaten eingesetzt werden können. Demgegenüber sind Postfinance Card und M-Card nationale Kartenprodukte, welche nur in der Schweiz herausgegeben und eingesetzt werden können.<sup>39</sup>

100. Im Issuing-Markt wird der relevante Markt aus Sicht der Marktgegenseite des Kartenherausgebers, also dem *Karteninhaber*, abgegrenzt. Auf der Ebene des Karteninhabers kommt es für die Austauschbarkeit der Debitkarten vor allem auf deren Produkteigenschaften an. Dabei ist davon auszugehen, dass die beiden internationalen Debitkarten, Maestro und V PAY, sich gerade in ihren Produkteigenschaften von den nationalen Debitkarten M-Card und Postfinance Card unterscheiden, insbesondere wegen den unterschiedlichen Einsatzmöglichkeiten im In- und Ausland.

101. Zusätzlich gilt es zu berücksichtigen, dass wegen der Kontoanbindung die M-Card und die Postfinance Card für die Karteninhaber solange keine Substitute zur V PAY oder Maestro-Karte darstellen, wie der Karteninhaber nicht zugleich über Kontoverbindungen sowohl zu

einer Herausgeber Bank von V PAY und/oder Maestro als auch zur Postfinance bzw. Migrosbank verfügt.<sup>40</sup>

102. Demgegenüber unterscheiden sich Maestro und V PAY in ihren Produkteigenschaften nur wenig: beide Produkte sind beispielsweise SEPA-konform, laufen primär über EMV Chip + PIN Technologie und sind international anerkannt. Zudem werden sowohl Maestro als auch V PAY von den Banken herausgegeben, so dass der Kontoinhaber einer Bank die Debitkarte ohne Wechsel des Kontos oder Eröffnung eines zusätzlichen Kontos beziehen kann. Maestro und V PAY dürften daher Substitute darstellen, sofern V PAY erfolgreich eingeführt werden kann.<sup>41</sup> Aus Sicht der Karteninhaber ist deshalb ein **sachlich relevanter Markt** abzugrenzen, welcher die beiden **Debitkartenprodukte V PAY und Maestro** umfasst.

#### c. Debitkarten-Acquiring

103. Im Acquiring-Markt wird der relevante Markt aus Sicht der Marktgegenseite des Acquirers (Händlerbank), also des *Händlers*, definiert. Auf Ebene des Händlers gibt es ebenfalls Gründe, zwischen den internationalen Debitkartenprodukten V PAY und Maestro einerseits und den nationalen Debitkartenprodukten andererseits zu unterscheiden. Durch den Anschluss an eines der internationalen Debitkartensysteme ermöglicht der Händler auch ausländischen Kunden die bargeldlose Bezahlung.

104. Aufgrund der grossen Verbreitung von Maestro bei den Karteninhabern in der Schweiz (im Jahr 2008 waren ca. [...] Mio. emittierte Maestro-Karten im Umlauf, das entspricht [Anzahl] Maestro-Karte pro Erwachsener) ist davon auszugehen, dass für ein Händler die Akzeptanz von Maestro und die Akzeptanz der Postfinance Card bzw. M-Card keine Substitute darstellen.

105. Letztlich stellt sich die Frage, ob aus Sicht des Händlers die beiden Produkte V PAY und Maestro austauschbar sind oder nicht. Die beiden Debitkarten V PAY und Maestro haben auch für den Händler sehr ähnliche Produkteigenschaften, was für deren Austauschbarkeit spricht.

<sup>37</sup> Vgl. RPW 2005/3, S. 562 f., E. 7.4.4 und 7.5 (insbes. 7.5.3), Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 9. Juni 2005 i.S. Telekurs Multipay AG/Weko.

<sup>38</sup> Vgl. Ausführungen zu Gratkreditkarten in „Interchange Fees bei Kreditkarten, wie weiter?“ (2009, noch nicht veröffentlichter Bericht).

<sup>39</sup> Die Postfinance Card kann seit 1998 durch ein Co-Branding mit Visa PLUS zusätzlich für Bargeldbezüge im Ausland verwendet werden. Die Akzeptanz der M-Card ist selbst innerhalb der Schweiz relativ eingeschränkt, vgl. RPW 2006/4, S. 613, Rz. 107 (Maestro-Schlussbericht).

<sup>40</sup> Eine Ausnahme bilden die Kunden der Migros Bank, denn diese bietet ihren Kontoinhabern sowohl die M-Card als auch die Maestro-Karte an.

<sup>41</sup> Bevor sich V PAY auf dem Schweizer Markt etabliert hat, ist allenfalls von einer asymmetrischen Substituierbarkeit aus Sicht des Kartenhalters auszugehen, wobei V PAY zwar durch Maestro, Maestro nicht aber durch V PAY substituierbar ist. Der Grund liegt darin, dass der Kartenhalter nur schlecht die bereits etablierte Maestro-Karte durch eine V PAY-Karte austauschen kann, solange nur wenige Händler V PAY in ihren Ländern akzeptieren. Vorliegend kann jedoch auch gegeben dieser asymmetrischen Substituierbarkeit, ein relevanter Markt abgegrenzt werden, welcher die beiden Produkte V PAY und Maestro umfasst, da V PAY auch während der Markteinführung durch die bereits etablierte Maestro-Karte austauschbar ist und Maestro in Folge zum sachlich relevanten Markt zählt.

106. Erfahrungen aus dem Kreditkartenmarkt zeigen, dass die Händler in den allermeisten Fällen sowohl Visa als auch MasterCard akzeptieren (müssen). Der Umstand, dass beinahe alle Händler beide Kreditkartenprodukte akzeptieren, wurde oft damit begründet, dass der Händler ab einer bestimmten Verbreitung eines Zahlungsmittel gar keine andere Wahl hat, als dieses Produkt zu akzeptieren, will er nicht Verkaufseinbussen in Kauf nehmen. Insofern kann der Händler heute nur schlecht zwischen den gut etablierten Kreditkarten Visa und MasterCard substituieren. Diesem Argument kann im Debitkartenbereich und unter den gegebenen Marktbedingungen in der Schweiz entgegengehalten werden, dass zumindest für die Phase des Markteintritts von V PAY der Händler über eine grössere Wahlmöglichkeit verfügt, um zu entscheiden, ob er sowohl V PAY als auch Maestro oder weiterhin nur Maestro akzeptieren möchte. Insofern ist zumindest für die Phase des Markteintritts V PAY durch Maestro substituierbar (es handelt sich um eine asymmetrische Substituierbarkeit: Maestro ist nicht durch V PAY aber V PAY durch Maestro substituierbar). Folglich soll hierfolgt auch von Seite des Händlers ein **sachlich relevanter Markt** für die beiden **Debitkartenprodukte V PAY und Maestro** definiert werden.

#### d. Debitkartensysteme

107. Betrachtet man die Acquirer einerseits und die Issuer andererseits als Marktgegenseiten der Lizenzgeber (Visa Europe und MasterCard) respektive der Systemeigentümer (Postfinance und Migros), so sind vor allem die Systemeigenschaften entscheidend dafür, welche Debitkartenprodukte für den Issuer resp. Acquirer austauschbar sind. Aus dieser Optik sind allenfalls 3- und 4-Parteiensysteme zu unterscheiden, da die jeweiligen Systeme unterschiedlich funktionieren. Ein wichtiger Unterschied zwischen den Debitkartensystemen V PAY und Maestro einerseits und Postfinance Card und M-Card andererseits liegt für Issuer und Acquirer darin, dass Postfinance Card und M-Card proprietäre Systeme sind und insofern der Inhaber darüber entscheidet, welche Issuer respektive Acquirer Zugang zu den jeweiligen Systemen erhält, wobei bisher kein Issuer oder Acquirer über einen solchen Zugang verfügt. Im Gegensatz dazu, erhält grundsätzlich jeder Acquirer und Issuer Zugang zu den internationalen Lizenzsystemen V PAY und Maestro, sofern er eine Lizenz erwirbt und die Regeln des entsprechenden Kartennetzwerkes einhält. Weiter sind die Postfinance Card und die M-Card nationale Debitkartensysteme, während V PAY und Maestro internationale Debitkartensysteme darstellen. Zudem ist bei 3-Parteiensystemen Issuer und Acquirer in einem Unternehmen zusammengefasst, während bei 4-Parteiensystemen Issuer und Acquirer unterschiedliche Unternehmen bilden. Insofern sind die nationalen, proprietären 3-Parteien Debitkartensysteme Postfinance Card und M-Card aus Sicht der Acquirer und Issuer nicht mit den internationalen Lizenzsystemen Maestro und V PAY substituierbar und es kann auch aus Sicht der Acquirer und aus Sicht der Issuer ein separater **sachlich relevanter Markt** für die beiden **Debitkartensysteme V PAY und Maestro** abgegrenzt werden.

#### e. Fazit sachlich relevanter Markt

108. Vorliegend wird in Anlehnung an die Praxis der Wettbewerbsbehörden davon ausgegangen, dass Kreditkarten (sowie auch andere Zahlungsmittel wie Bargeld, Check, etc.) weder aus Sicht des Karteninhabers noch aus Sicht des Händlers Substitute zur Debitkarte darstellen und deshalb nicht zum relevanten Markt gehören. V PAY und Maestro sind Debitkarten/-systeme, welche international anerkannt sind und als 4-Parteiensystem funktionieren, in dem Issuer und Acquirer eine Lizenz zur Herausgabe respektive Akzeptanz des entsprechenden Kartenproduktes erwerben können. Die beiden Debitkarten unterscheiden sich kaum in ihren System- und Produkteigenschaften, während sich die Postfinance Card und die M-Card gerade in denselben Eigenschaften von V PAY und Maestro unterscheiden. Basierend auf den aufgeführten Gründen ist folgend davon auszugehen, dass Maestro und V PAY zum selben sachlich relevanten Markt gehören und zwar sowohl aus Sicht der Endnachfrager (Händler und Karteninhaber) als auch aus Sicht der Issuer und Acquirer.

### III. Räumlich relevanter Markt

#### a. Debitkarten-Issuing

109. Der räumlich relevante Markt ist im vorliegenden Fall das Gebiet, in welchem die Konsumenten V PAY und Maestro-Debitkarten nachfragen. Dabei handelt es sich grundsätzlich um die Schweiz. Der Bezug einer Debitkarte setzt die Existenz einer Kontoverbindung des Kartenhalters zum Issuer voraus. Für die in der Schweiz wohnhaften Personen dürfte der Bezug einer Debitkarte im Ausland – mit entsprechender Kontoeröffnung im Ausland in ausländischer Währung – heute kaum eine Alternative zum Bezug einer Debitkarte bei einer Herausgeberbank in der Schweiz darstellen. Der **räumlich relevante Markt für das Debitkarten-Issuing** wird deshalb, analog zu den bisherigen Zahlkartenfällen, **national** abgegrenzt.<sup>42</sup>

#### b. Debitkarten-Acquiring

110. Im Acquiring kann ebenfalls von einem nationalen Markt ausgegangen werden, da bis heute alle Acquirer, welche inländische Debitkartentransaktionen abwickeln, ihren Sitz in der Schweiz oder im benachbarten Ausland (Deutsche Cross-boarder Acquirer) haben. Bereits im Kreditkartenentscheid wurde festgehalten, weshalb es nicht als gerechtfertigt erscheint, aufgrund der Präsenz zweier Deutscher Acquirer im schweizerischen Zahlkarten-Akzeptanzgeschäft einen europäischen oder gar weltweiten Markt zu definieren.<sup>43</sup> Die beiden Cross-boarder Acquirer B&S und ConCardis werden jedoch in die Analyse miteinbezogen.

<sup>42</sup> Vgl. RPW 2006/4, S. 611, Rz. 86 f. (Maestro-Schlussbericht) und RPW 2006/1, S. 93, Rz. 219.

<sup>43</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 91, Rz. 199 (Kreditkartenentscheid).

111. Weiter wurde im Kreditkartenentscheid darauf hingewiesen, dass die Abgrenzung eines räumlichen Marktes im klassischen Sinne für das Acquiring fragwürdig ist, da es aus Sicht der Marktgegenseite (Handel) nicht so sehr darauf ankommt, wo ein Acquirer domiziliert ist, sondern, wo er die nachgefragte Leistung anbietet. Bisher sind dies in der Schweiz für Debitkarten die Schweizer Acquirer SIX Multipay AG, Aduno SA sowie die zwei Cross-boarder Acquirer B&S Card Service GmbH und ConCardis GmbH.<sup>44</sup>

### c. Debitkartensysteme

112. Auch auf Systemebene kann bis anhin wegen der primär nationalen Präsenz der Lizenznehmer (Issuer und Acquirer) ebenfalls ein nationaler Markt abgegrenzt werden. Die Tatsache, dass von den Lizenzsystemen (Visa und MasterCard) domestische MIFs definiert werden, welche auch Ausgangspunkt dieser Vorabklärung sind, spricht ebenfalls für die Abgrenzung eines nationalen Marktes auf Systemebene.

113. Durch SEPA besteht in Zukunft allenfalls die Möglichkeit, SEPA-konforme Zahlkarten europaweit zu vertreiben, da es das SEPA Card Framework Bezahlkartensystemen untersagt, von einer Bank zu verlangen, je eine Lizenz pro Land zu erwerben („single licence rule“). Vielmehr muss einer Bank eine einzige Lizenz angeboten werden, die das gesamte SEPA-Gebiet umfasst. V PAY ist SEPA-konform ausgestaltet, so dass die Issuer und Acquirer grundsätzlich europaweit tätig sein könnten. Je nach Umsetzung würde es sich damit allenfalls anbieten, den räumlichen Markt europaweit abzugrenzen, sofern auch in der Schweiz weitere europäische Anbieter in den Markt eintreten und in der Schweiz domizilierte Issuer und Acquirer europaweit tätig sind. Gegen einen europaweiten Markt unter Berücksichtigung von SEPA spricht wiederum die Tatsache, dass SEPA nur Euro-Zahlungen betrifft und keine CHF-Transaktionen.

Tabelle 2: Marktgrösse von Maestro, Postfinance Card und M-Card 2008

Debitkarte	Anzahl emittierte Debitkarten	Anzahl Transaktionen	Transaktionsvolumen in CHF
Maestro	[5-10] Mio.	[>200] Mio.	[15'000-20'000] Mio.
Postfinance Card	[0-5] Mio.	[>100] Mio.	[5'000-10'000] Mio.
M-Card	[0-5] Mio.	[0-10] Mio.	[0-100] Mio.
<b>Total</b>	<b>[5-10] Mio.</b>	<b>[&gt;300] Mio.</b>	<b>[20'000-30'000] Mio.</b>

119. Die Angaben verdeutlichen, dass selbst wenn die 3-Parteien Debitkartensysteme dem relevanten Markt zugerechnet würden, Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Maestro marktbeherrschend sein könnte. Der Marktanteil von Maestro würde im Jahr 2008 gemessen am Transaktionsvolumen [60-70] % betragen, gegenüber [30-40] % der Postfinance Card und [0-5] % der M-Card.<sup>45</sup>

[Abbildung 3: Marktanteile gemessen am Transaktionsvolumen für Maestro 2008]

120. Die Marktstellung ist damit immer noch dieselbe wie zum Zeitpunkt des Maestro-Schlussberichts, in dem ausgeführt wurde, es sei davon auszugehen, dass die

114. Die Frage der räumlichen Marktabgrenzung auf Systemebene kann vorliegend letztendlich offengelassen werden, da sie keinen Einfluss auf die kartellrechtliche Analyse hat.

### d. Fazit räumlich relevanter Markt

115. Vorliegend wird sowohl der Issuing- als auch der Acquiring-Markt räumlich national abgegrenzt, wobei die beiden Cross-Boarder im Acquiring in die Analyse miteinbezogen werden. Dies entspricht der Praxis der Weko in bisherigen Zahlkartenfällen. Die Frage der räumlichen Marktabgrenzung auf Systemebene kann vorliegend offengelassen werden, da sie keinen Einfluss auf die kartellrechtliche Analyse hat.

### B.3.2.2. Beurteilung der Wettbewerbssituation auf den relevanten Märkten – Marktstellung von Maestro

#### a. Systemebene

116. V PAY ist in der Schweiz zurzeit noch nicht auf dem Markt, damit erscheint für die vorliegende Wettbewerbsanalyse - d.h. die Auswirkungen von V PAY mit geplanter DMIF auf den Wettbewerb unter 4-Parteien Debitkartensystemen in der Schweiz - die Marktstellung von Maestro in der Schweiz ausschlaggebend.

117. Betreffend der Marktanteile der beiden 4-Parteien Debitkartensysteme in der Schweiz kann folgendes festgehalten werden: Maestro ist derzeit das einzige internationale 4-Parteien Debitkartensystem im Schweizer Markt und hat somit einen Marktanteil von 100 %. Demgegenüber verfügt V PAY aktuell noch über keine Marktanteile in der Schweiz.

118. Die folgende Tabelle verdeutlicht die Marktgrösse von Maestro in der Schweiz gegenüber den beiden 3-Parteiensystemen (Postfinance Card und der M-Card) im Jahr 2008 anhand von unterschiedlichen Indikatoren:

Postfinance Card keinen wesentlichen Wettbewerbsdruck auf Maestro ausüben könne.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 91, Rz. 200 (Kreditkartenentscheid).

<sup>45</sup> Die Veränderungen in den Marktanteilen basierend auf den anderen Indikatoren (Anzahl emittierte Karten, Anzahl Transaktionen) sind vernachlässigbar.

<sup>46</sup> RPW 2006/4, S. 613, Rz. 107 ff. (Maestro-Schlussbericht), wobei festgehalten wurde, dass die „Switching Costs“ für den Karteninhaber einen allfälligen Wettbewerbsdruck noch dämpfen (Rz. 109).

## b. Debitkarten-Issuing

121. Im Maestro-Schlussbericht wurde darauf hingewiesen, dass in der Schweiz rund 141 Banken als Maestro-Issuer im Markt aktiv sind. Im Vergleich zum Kreditkartenmarkt, in dem es in der Schweiz aktuell sieben Kartennissuer gibt, sind somit viel mehr Schweizer Banken im Debitkarten-Issuing aktiv. Trotz dieser grossen Anzahl Maestro-Issuer wurde im Maestro-Schlussbericht darauf hingewiesen, dass von einer relativ hohen Anbieterkonzentration im Bereich Maestro-Issuing bei gleichzeitiger Sättigung des Marktes auszugehen ist.<sup>47</sup>

## c. Debitkarten-Acquiring

122. Im Acquiring von Maestro werden die allermeisten Transaktionen über die SIX Multipay AG (ehem. Telekurs Multipay) abgewickelt. Die SIX Multipay kann mit einem Marktanteil von rund [85-95] % des Maestro-Transaktionsvolumens als der grösster und wichtigster Akteur im schweizerischen Debitkarten-Acquiring bezeichnet werden und verfügt wohl nicht nur über grosse Marktmacht sondern sehr wahrscheinlich sogar über eine marktbeherrschende Stellung im Debitkarten-Acquiring. Weitere kleine Anbieter für 4-Parteiensysteme sind Aduno, mit einem Marktanteil von [5-10] % gemessen am Maestro-Transaktionsvolumen sowie die beiden Cross-Boarder Acquirer ConCardis [0-5] % und B&S Card Service [0-5] %. An der Marktsituation im Maestro-Acquiring hat sich damit seit dem Maestro-Schlussbericht nichts verändert.

123. Die folgende Abbildung zeigt die Marktanteile der Acquirer für die Debitkarte Maestro in der Schweiz gemessen am Transaktionsvolumen im Jahr 2008:

[Abbildung 4: Marktanteile im Acquiring gemessen am Transaktionsvolumen für Maestro 2008]

### B.3.2.2.3. Keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

124. Issuer, Acquirer, Kartenhalter und Händler steht durch die Markteinführung von V PAY ein weiteres Debitkartenprodukt neben Maestro zur Verfügung, welches den Interbrand Wettbewerb im Vergleich zur heutigen Monopolsituation erst ermöglicht und deshalb sicher den Wettbewerb nicht beseitigt.<sup>48</sup> [...], dass V PAY-Transaktionen im Vergleich zu Maestro vermehrt über andere Acquirer als SIX Multipay abgewickelt werden sollen, was den Interbrand Wettbewerb im Acquiring zusätzlich erhöhen kann.<sup>49</sup>

125. Gleichzeitig besteht für V PAY vor der Markteinführung in der Schweiz kein Intrabrand Wettbewerb, und dieser wird durch die Markteinführung erst ermöglicht. Es stellt sich die Frage, ob bei V PAY trotz der Einführung mit geplanter DMIF ein gewisser (Intrabrand) „Restwettbewerb“ bestehen bleibt. Dieser hängt vom Ausmass ab, in welchem die Issuer und Acquirer ihre Preisgestaltung trotz geplanter DMIF für V PAY individuell vornehmen können. Im vorliegenden Verfahren kann der Anteil der Einnahmen der DMIF, gemessen an den Gesamteinnahmen der Issuer, aus dem Debitkarten-Issuing respektive der Anteil der DMIF an den Gesamtkosten der Acquirer mangels Umsetzung nicht genau bestimmt werden. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass analog zu den bisherigen Zahlkartenver-

fahren, den Issuern und den Acquirern auch nach Einführung der geplanten DMIF ein gewisser Preissetzungsspielraum offen bleibt. Denn sowohl die Issuer-Erträge als auch die Acquirer-Kosten enthalten noch Kosten- und Preiselemente für weitere Dienstleistungen, wobei bezüglich der Abgeltung dieser übrigen Dienstleistungen keine Vereinbarung unter den Parteien bestehen.<sup>50</sup>

126. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass durch die Markteinführung einer weiteren Debitkarte der (Intra- und Interbrand) Wettbewerb im Schweizer Debitkartenmarkt im Vergleich zur aktuellen Marktsituation, in der sich einzig Maestro auf dem relevanten Markt befindet und die SIX Multipay über eine grosse Marktmacht im Acquiring verfügt, erhöht wird. Zudem wird der wirksame Wettbewerb im vorliegenden Fall durch die Einführung einer weiteren Debitkarte auch mit geplanter DMIF nicht vollständig beseitigt werden. Dieser Umstand hat zur Folge, dass die Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG umgestossen werden kann. Insofern muss hier weiter geprüft werden, ob die Abrede den Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen vermag und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt (Art. 5 Abs. 1 KG).

### B.3.3 Keine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

127. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Folgend wird zuerst die qualitative und die quantitative Erheblichkeit der Preisabrede und anschliessend allfällige Effizienzgründe zur Rechtfertigung der Wettbewerbsabrede geprüft.

#### B.3.3.1 Qualitative Kriterien

128. Es ist für das Vorliegen der qualitativen Erheblichkeit ausreichend, dass der von der Abrede betroffene Wettbewerbsparameter auf dem fraglichen Markt eine gewisse Bedeutung aufweist. Der Preis stellt grundsätzlich einen wichtigen Wettbewerbsparameter dar. Sodann haben horizontale Preisabsprachen erfahrungsgemäss nach negative Auswirkungen auf den Wettbewerb. Die DMIF wirkt sich, wie aufgezeigt, auf den Preisfestsetzungsspielraum der Issuer und Acquirer aus und erfüllt

<sup>47</sup> Vgl. RPW 2006/4, S. 612, Rz. 98 ff. (Maestro-Schlussbericht), wonach die CS, UBS, die RBA Zentralbank, der Schweizer Verband der Raiffeisenbanken sowie der Verband Schweizer Kantonalbanken über einen Anteil von rund 95% des Maestro-Issuings verfügen.

<sup>48</sup> Das Bundesgericht hat festgehalten, dass eine Beseitigung des Wettbewerbs nur dann in Frage kommt, wenn zuvor Wettbewerb besteht, vgl. Urteil des Bundesgerichts (2A.325/2006) vom 13. Februar 2007, in: RPW 2007/2, S. 327, E. 6 (Swissgrid).

<sup>49</sup> Die Annahme, dass durch den Markteintritt von V PAY der Intrabrand Wettbewerb im Schweizer Debitkarten Acquiring erhöht wird, wurde in den Hearings ebenfalls von den befragten Acquirern bejaht (vgl. Rz. 57).

<sup>50</sup> Visa Europe schätzt, dass die DMIF von V PAY rund [30-55]% der Händlerkommissionen und [15-30] % der Issuer-Erträge ausmachen wird. Vgl. auch RPW 2006/4, S. 611, Rz. 88 ff. (Maestro-Schlussbericht), in welchem ebenfalls davon ausgegangen wurde, dass Restwettbewerb zwischen den Maestro-Issuern bestehen bleibt.

angesichts der vom Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 3 KG vorgenommenen Wertung die qualitativen Voraussetzungen für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung auf dem Issuing- und Acquiring Markt für die Debitkarten-/Systeme V PAY und Maestro in der Schweiz.

### B.3.3.2 Quantitative Kriterien

129. Die quantitative Analyse der Auswirkungen einer DMIF für V PAY auf den Wettbewerb im Schweizer Debitkartenmarkt ist erschwert, da das Produkt noch gar nicht auf dem Markt ist und insofern die Effekte der DMIF quantitativ nicht messbar sind. Gleichwohl sollen hier einige Überlegungen vorgenommen werden, wie die Markteinführung von V PAY mit geplanter DMIF den Wettbewerb im Schweizer Debitkartenmarkt beeinflussen kann.

130. Bei der Prüfung, ob die Abrede in quantitativer Hinsicht den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, sind im Rahmen der Vorabklärung der verbleibende Innen- und Aussenwettbewerb bestehend aus **aktueller** und **potenzieller Konkurrenz** summarisch zu prüfen.

131. Vorliegend ist damit zwischen verschiedenen Ebenen zu unterscheiden: Einerseits befinden sich die zukünftig am V PAY Debitkartensystem beteiligten **Issuer** **respektive Acquirer** möglicherweise in einem sog. **Intrabrand Wettbewerb** bezüglich der Herausgabe respektive der Akzeptanz von V PAY-Debitkarten, welcher vorliegend dem Wettbewerb zwischen an der Abrede beteiligten Unternehmen (Innenwettbewerb) entspricht. Andererseits besteht auch ein sog. **Interbrand Wettbewerb** zwischen verschiedenen Debitkarten und Debitkartensystemen, welcher vorliegend dem Wettbewerb durch Kartellaussenseiter (Aussenwettbewerb) gleichzusetzen ist.

#### B.3.3.2.1. Interbrand Wettbewerb

##### I. Aktueller Wettbewerb

132. Der Markteintritt einer weiteren Debitkarte in der Schweiz würde, ausgehend von der heutigen Marktsituation, die aktuelle Konkurrenz und damit den Interbrand Wettbewerb zwischen V PAY und Maestro überhaupt erst ermöglichen.

##### a. Debitkarten-Acquiring

133. Sowohl Visa Europe als auch die in den Hearings befragten Acquirer (vgl. oben Rz. 53 und 57) geben an, dass durch V PAY (auch mit geplanter DMIF) der Wettbewerb unter den Acquirern im Schweizer Markt intensiviert wird. Ein Grund dafür ist, dass das Acquiring im Zusammenhang mit Visa-Produkten in der Schweiz historisch bedingt weniger konzentriert ist als das Acquiring für MasterCard und Maestro-Transaktionen. Wie erwähnt, werden rund [85-95] % aller Maestro-Transaktionen über SIX Multipay abgewickelt. SIX Multipay hat insofern die klare Marktführerschaft im Schweizer Debitkarten-Acquiring inne. Gemäss Schätzungen [...] würde SIX Multipay bei der Abwicklung von V PAY einen niedrigeren Marktanteil [...] besitzen und ermöglicht es somit auch alternativen Acquirern sich im Markt weiter zu etablieren. Damit steigt die aktuelle Konkurrenz im Acquiring tendenziell.

##### b. Debitkarten-Issuing

134. Die Aussagen der Issuer aus den Hearings deuten ebenfalls darauf hin, dass die Issuer durch die Markteinführung einer weiteren Debitkarte mehr Möglichkeiten erhalten mit den beiden Produkten unterschiedliche Kundenbedürfnisse abzudecken (vgl. Rz. 58). Damit steigt die aktuelle Konkurrenz zwischen Maestro und V PAY auf der Issuing-Seite ebenfalls tendenziell an.

##### c. Wettbewerb zwischen den 4-Parteien-systemen V PAY und Maestro

135. Im Kreditkartenentscheid wurde untersucht, ob zwischen den 4-Parteien Kreditkartensystemen Visa und MasterCard Systemwettbewerb besteht.<sup>51</sup> Dabei wurde darauf hingewiesen, dass sich im Kreditkarten-Issuing und -Acquiring ein sog. „Dual Brand-Angebot“ durchgesetzt hat, d.h. es bieten sämtliche Herausgeber von Visa und MasterCard Kreditkarten jeweils beide Kartenmarken an. Auch auf der Händlerseite hat sich das Dual Brand-Acquiring durchgesetzt, wobei auch die Abwicklungsgebühren (MSCs) und damit die Erträge der Acquirer für Visa und MasterCard identisch sind (sog. Blended Rates). Zudem sind aufgrund des Dual Brand-Issuing und -Acquiring in den Kreditkarten-Gremien (CC und IAFV), welche unter anderem für die Festsetzung der DMIF verantwortlich sind, dieselben Firmen vertreten. Die „Domestic Rules and Regulations“ von Visa und MasterCard werden in der Schweiz somit von denselben Unternehmen und Personen geregelt. Als Folge wurde im Kreditkartenentscheid davon abgesehen in der Analyse zwischen den beiden internationalen Kreditkarten (Visa und MasterCard) zu differenzieren und der Systemwettbewerb als vernachlässigbar klein gewertet.

136. Inwiefern es zwischen den beiden internationalen 4-Parteien Debitkartensystemen (Maestro und V PAY) in Zukunft zu wirksamem (Interbrand) Systemwettbewerb kommen wird, ist vorab schwer zu beantworten. Diese zentrale Frage könnte bestenfalls nach erfolgtem Markteintritt von V PAY untersucht und beantwortet werden. Dabei wäre zu berücksichtigen, ob es zwischen V PAY und Maestro zu einem Dual Branding und Blended Rates kommen, und welche Auswirkungen dies auf den möglichen Interbrand Wettbewerb zwischen V PAY und Maestro nehmen wird.<sup>52</sup>

##### d. Wettbewerb zwischen 3- und 4-Parteien-systemen

137. Ob die beiden 3-Parteien Debitkartensysteme Postfinance Card und M-Card einen gewissen Wettbewerbsdruck auf Maestro (und V PAY) ausüben können bleibt fraglich. Die M-Card hat in der Schweiz im Vergleich zur Maestro eine limitierte Akzeptanz und einen

<sup>51</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 103 ff., Rz. 310 ff. (Kreditkartenentscheid).

<sup>52</sup> Es ist davon auszugehen, dass es zwischen Maestro und V PAY eher nicht zu Blended Rates kommen wird, da Visa Europe ab dem [Datum] eine Vorschrift in das Regelwerk aufgenommen hat, wonach ein Blending von V PAY mit anderen Produkten ausgeschlossen wird, vgl. hierzu Rz. 27.

sehr kleinen Marktanteil. Sie übt insofern heute keinen signifikanten Wettbewerbsdruck auf Maestro aus. Die Postfinance Card hat zwar einen etwas höheren Marktanteil, es ist jedoch nicht davon auszugehen, dass die Postfinance Card heute einen wesentlichen Wettbewerbsdruck auf den Marktführer Maestro ausübt. Denn bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse ist zudem zu berücksichtigen, dass mit dem Wechsel des Maestro-Issuers auch die Kontoverbindung gewechselt werden muss. Diese dem Karteninhaber entstehenden Wechselkosten („Switching-Costs“) dürften einen allfälligen Wettbewerbsdruck dämpfen. Deshalb wurde bereits im Maestro Schlussbericht darauf hingewiesen, dass die beiden 3-Parteiensysteme, wenn überhaupt, nur eine vernachlässigbare disziplinierende Wirkung auf den Marktführer Maestro ausüben können.<sup>53</sup> Dies auch deshalb, weil mit der Postfinance Card und der M-Card nur in der Schweiz bezahlt werden kann und sie nicht SEPA-konform sind. Hinzu kommt, dass keine der beiden Debitkarten weder im Issuing noch im Acquiring Wettbewerb bewirken können, solange sie als 3-Parteiensysteme konzipiert sind.

## II. Potenzieller Wettbewerb

138. Es ist jedoch davon auszugehen, dass durch SEPA in naher Zukunft europaweit allenfalls neue SEPA-konforme Wettbewerber in den Markt eintreten werden. Durch SEPA sollte deshalb eine zunehmende **potenzielle Konkurrenz** für internationale, SEPA-konforme Debitkartensysteme wie V PAY und Maestro entstehen, auch in der Schweiz.

### B.3.3.2.2. Intrabrand Wettbewerb

139. V PAY ist heute noch gar nicht auf dem relevanten Markt und somit existiert heute noch kein Intrabrand Wettbewerb in Bezug auf V PAY. Analog zum Interbrand Wettbewerb kann deshalb davon ausgegangen werden, dass durch den Markteintritt von V PAY der Intrabrand Wettbewerb sowohl im Acquiring als auch im Issuing erst ermöglicht wird und im Vergleich zur Situation vor der Markteinführung zumindest vorerst nicht erheblich beeinträchtigt wird. Auch deshalb nicht weil, wie gezeigt wurde, durch die DMIF der Preissetzungsspielraum der Acquirer (durch die Festsetzung eines Mindestpreises) als auch der Preissetzungsspielraum der Issuer (durch die Festsetzung einer Ertragskomponente) nicht vollständig beseitigt werden kann und somit auch mit der geplanten DMIF ein gewisser Intrabrand „Restwettbewerb“ bestehen bleibt (vgl. Ausführungen Rz. 125).

### B.3.3.3 Fazit Erheblichkeit

140. Die DMIF von V PAY wird sich, wie aufgezeigt, auf den Preisfestsetzungsspielraum der Issuer und Acquirer auswirken und erfüllt, angesichts der vom Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 3 KG vorgenommenen Wertung, die qualitativen Voraussetzungen für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung auf dem Issuing- und Acquiring Markt für die Debitkarten V PAY und Maestro in der Schweiz.

141. Die definitiven Auswirkungen von V PAY mit geplanter DMIF auf die Wettbewerbssituation im Schweizer Debitkartenmarkt lassen sich vor der Markteinführung von V PAY und vor der Implementierung der DMIF nur

schwer abschätzen. Die weiteren Marktgeschehnisse nehmen darauf einen entscheidenden Einfluss.

142. Der Markteintritt von V PAY in der Schweiz wird, gegeben der aktuellen Marktsituation, den Interbrand und Intrabrand Wettbewerb auf den relevanten Märkten (Systemebene, Acquiring und Issuing) erst ermöglichen und damit zumindest vorläufig nicht erheblich beeinträchtigen.

143. Im konkreten Fall ist V PAY noch nicht auf dem Markt. Eine DMIF für V PAY und damit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG ist erst dann erheblich, falls V PAY den Markteintritt bewältigt und eine bestimmte Bedeutung auf dem Debitkartenmarkt erreicht hat. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass mit Maestro derzeit nur ein einziges internationales 4-Parteien-Debitkartensystem auf dem Markt ist und auch im Acquiring die grosse Mehrheit aller Transaktionen über SIX Multipay abgewickelt wird. Einerseits hat Maestro, je nach Marktabgrenzung, ein Monopol oder ist vermutlich marktbeherrschend und auch die SIX Multipay verfügt bei der Abwicklung von Maestro-Transaktionen über eine grosse Marktmacht und ist höchstwahrscheinlich marktbeherrschend.

144. Betreffend der Erheblichkeit ist somit zwischen einer kurz- und mittelfristigen Betrachtungsweise zu differenzieren. In einer vorläufigen Analyse liegen keine Anhaltspunkte vor, weshalb die Wettbewerbsabrede als erheblich zu qualifizieren wäre. Sollte es Visa Europe gelingen, erfolgreich in den Schweizer Debitkartenmarkt einzutreten, gilt es zu einem späteren Zeitpunkt die Auswirkung der Preisabrede mit allen ihren Eigenheiten (sprich der dann angewandten DMIF, sowie deren Berechnungsweise, Teilnehmer, Festlegungsmechanismus etc.) auf den Wettbewerb zwischen V PAY und Maestro in einer Gesamtbeurteilung zu untersuchen. Es besteht allenfalls die Gefahr, dass die Preisabrede den Wettbewerb im Schweizer Debitkartenmarkt erheblich beeinträchtigen würde, indem die DMIF V PAY gewisse Wettbewerbsvorteile gegenüber den anderen Marktteilnehmern verschafft.

### B.3.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

145. Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie (a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und (b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 KG).

146. Die Vorabklärung des Sekretariates hat keine Anhaltspunkte hervorgebracht, dass die geplante Wettbewerbsabrede den Wettbewerb vorerst erheblich zu

<sup>53</sup> Vgl. RPW 2006/4, S. 613, Rz. 108 f. (Maestro-Schlussbericht). Vgl. auch RPW 2006/1, S. 102, Rz. 304 (Kreditkartenentscheid), in dem aufgezeigt wird, dass auch bei Kreditkarten die beiden 3-Parteiensysteme (AMEX und Diners) in der Schweiz als Nischenplayer keine disziplinierende Kraft auf Visa und MasterCard ausüben können.

beeinträchtigen vermag. Insofern erübrigt sich grundsätzlich eine Prüfung der Effizienzgründe zu deren Rechtfertigung.<sup>54</sup> Trotzdem sollen hier einige wichtige Überlegungen zu möglichen wirtschaftlichen Effizienzen aus dem Markteintritt von V PAY mit geplanter DMIF aufgeführt werden:

#### B.3.4.1 Mehr Wettbewerb durch den Markteintritt von V PAY

147. Durch die Einführung einer neuen Debitkarte respektive eines neuen Debitkartensystems können Produkte oder Produktionsverfahren verbessert und insofern die wirtschaftliche Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG verbessert werden. Grundsätzlich ermöglicht die Markteinführung von V PAY in der Schweiz mehr Wettbewerb; vor allem zwischen V PAY und dem Marktführer Maestro sowie im Acquiring gegenüber der marktmächtigen SIX Multipay. Durch mehr Wettbewerb kann mehr Innovation und Effizienz im Markt entstehen, sowie die Preise und Gebühren können tendenziell gesenkt werden.

148. Inwiefern es bei den beiden internationalen Debitkarten (Maestro und V PAY) zu wirksamem (Interbrand) Wettbewerb kommen wird, ist vorab schwer zu beantworten. Diese zentrale Frage müsste bestenfalls nach erfolgtem Markteintritt von V PAY untersucht und beantwortet werden. Zu berücksichtigen gilt dabei, ob es zwischen V PAY und Maestro zu einem Dual Branding und Blended Rates kommen und welche Auswirkungen dies auf den möglichen Wettbewerb zwischen V PAY und Maestro nehmen wird (vgl. dazu Rz. 135 f. und FN 52).

149. Eine Gefahr für den Wettbewerb bestünde allenfalls dann, wenn V PAY durch die geplante DMIF gegenüber dem Monopolisten Maestro ein so starker Wettbewerbsvorteil gewährt wird, dass V PAY sehr schnell und stark (hoher Marktanteil) in den Markt eintritt und Maestro allenfalls vom Markt verdrängt. Damit würde ein neuer Monopolist geschaffen, welcher im Unterschied zu Maestro (heute ohne DMIF), allenfalls mit einer DMIF funktionieren würde. Die befragten Marktteilnehmer beurteilen dieses Gefahrenpotenzial als minimal (vgl. Rz. 59).

#### B.3.4.2 Notwendigkeit einer DMIF für den Markteintritt

150. Eine wichtige Frage ist vorliegend, ob V PAY auch ohne die geplante DMIF (erfolgreich) in den Schweizer Markt eingeführt werden könnte, respektive ob die DMIF für den Markteintritt notwendig ist (gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG).

- Die vom Sekretariat befragten Issuer und Acquirer haben in den Hearings ausgesagt, dass es unwahrscheinlich ist, dass V PAY, gegeben die vorherrschende Marktstruktur, ohne DMIF erfolgreich in den Schweizer Debitkartenmarkt eingeführt werden kann (vgl. Rz. 52 f.).<sup>55</sup>
- Visa Europe ist (auf der Grundlage von Gesprächen mit Issuern in der Schweiz) ebenfalls zur Meinung gelangt, dass V PAY trotz Innovationen und einer wettbewerbsfähigen Gebührenstruktur zu wenig Anreize für die (Maestro-)Issuer schafft, in der Schweiz auf V PAY umzustellen.

Auch deshalb nicht, weil zumindest in der Anfangsphase gerade bei den Issuern beträchtliche Anfangs-/Investitionen nötig sind (vgl. Rz. 43 und 44). Visa Europe hat in der Meldung als auch im Hearing bekräftigt, dass es, gegeben die nötigen hohen Anfangsinvestitionen, für die Issuer unwahrscheinlich erscheint, dass V PAY ohne die geplante DMIF und die dafür nötige Rechtssicherheit erfolgreich in der Schweiz auf den Markt kommen wird.

151. Aus der Netzwerktheorie können ökonomische Argumente abgeleitet werden, welche aufzeigen, dass eine Interchange Fee für die Anfangsphase eines Netzwerks sinnvoll sein kann und dass für die Aufbauphase eines neuen Netzwerks teilweise andere Optimalitätsbedingungen gelten als für etablierte Zahlkartensysteme:

- RAYSMAN (2007)<sup>56</sup> publiziert empirische Evidenz, welche aufzeigt, dass die Wahl des Kartenhalters, betreffend welches Netzwerk er benutzt, positiv von der Anzahl (lokaler) Händler abhängt, die das Netzwerk akzeptieren. Diese Korrelation interpretiert Raysman damit, dass es einen positiven Rückkoppelungseffekt zwischen Kartengebrauch durch den Konsumenten und Händlerakzeptanz gibt. Rückkoppelungseffekte können ein Grund sein, dass es für ein neues Netzwerk schwierig ist, in einen Markt einzusteigen, in welchem bereits ein etabliertes Netzwerk besteht.
- WRIGHT (2004)<sup>57</sup> argumentiert, basierend auf der Theorie zweiseitiger Märkte, dass die Preisstruktur helfen kann, in der Anfangsphase eines Netzwerks das sog. Chicken and Egg-Problem<sup>58</sup> zu überwinden: *“Setting prices below cost for one type of users (and above cost for the other) may be justified in the start-up phase of a network as a way to overcome a chicken- and egg type problem (S. 49).”*
- WRIGHT (2004) unterscheidet zudem zwischen unterschiedlich hohen DMIFs für die Aufbauphase eines neuen Netzwerks gegenüber jener für bereits etablierte Systeme. Der Grund liegt darin, dass unterschiedlich hohe Netzwerkexternalitäten anfallen (sog. Membership vs. User Externalities).

<sup>54</sup> Grundsätzlich bestehen im Vorfeld der Markteinführung eines Debitkartensystems und somit bevor die DMIF überhaupt am Markt angewendet wird und wirksam werden kann, keine empirischen Hinweise dafür, ob und wie die geplante DMIF die Effizienz im Markt fördern wird. Eine ex-ante Rechtfertigung aus Effizienzgründen ist deshalb schwierig, wenn nicht sogar unmöglich.

<sup>55</sup> Einen Hinweis für die Richtigkeit der Angabe gibt auch die Aussage, dass V PAY seit mehreren Jahren für kartenherausgebende Banken erhältlich ist, bis heute aber kein Issuer (in der Schweiz) dieses Produkt anbietet (vgl. Rz. 60).

<sup>56</sup> RAYSMAN (2007): „An Empirical Analysis of Payment Card Usage.“ The Journal of Industrial Economics, Vol. LV, S. 1-36.

<sup>57</sup> WRIGHT (2004): „One sided Logic in Two-sided Markets.“ Review of Network Economics, Vol. 3, Issue 1. S. 44-63.

<sup>58</sup> Chicken and Egg-Problem beschreibt im Zahlkartenbereich ein Zustand, wo kein Kartenhalter einem neuen Netzwerk beiträgt, weil er erwartet, dass kein Händler das Netzwerk akzeptieren wird und kein Händler das Netzwerk akzeptiert, weil er erwartet, dass kein Kartenhalter dieses benutzen wird.

152. Auch die Europäische Kommission weist im MasterCard Entscheid (2007)<sup>59</sup> darauf hin, dass Interchange Fees im Rahmen eines Start-ups wahrscheinlich gerechtfertigt sind, um das Erreichen einer kritischen Grösse zu ermöglichen.<sup>60</sup>

153. Ohne eine DMIF erscheint ein (erfolgreicher) Markteintritt von V PAY, gegeben der aktuellen Marktsituation, somit als schwierig, wenn nicht sogar unmöglich. Geht man davon aus, dass V PAY ohne DMIF nicht (erfolgreich) in den Markt eintreten wird, so erscheint die DMIF für den (prokompetitiven) Markteintritt notwendig und mit Effizienzen verbunden zu sein.

### B.3.4.3 Fazit Effizienzgründe

154. Für die Phase des Markteintritts und gegeben die starke Marktführerschaft von Maestro sowie die Marktführerschaft der SIX Multipay im Acquiring von Maestro kann eine DMIF für den Markteintritt von V PAY – wenn nicht bereits von der Unerheblichkeit der Abrede ausgegangen wird – allenfalls aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden, weil Anhaltspunkte bestehen, dass die geplante DMIF notwendig ist, um den Markteintritt zu realisieren und mehr (Inter- und Intra-brand) Wettbewerb zu ermöglichen.

## B.4 Ergebnis

155. In casu liegen Anhaltspunkte vor, wonach die Vereinbarung einer DMIF eine Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstellt, wobei die **Vermutung** der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs **umgestossen** werden kann.

156. Für die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse und für die Beurteilung der Unzulässigkeit der geplanten Wettbewerbsabrede ist die **aktuelle Marktsituation** auf dem relevanten Markt entscheidend: Im konkreten Fall ist V PAY noch nicht auf dem Markt und verfügt deshalb derzeit über 0 % Marktanteil. Gleichzeitig verfügt Maestro aktuell auf dem relevanten Markt über 100 % Marktanteil. Weiter wickelt die SIX Multipay im Acquiring rund [85-95]% aller Maestro-Transaktionen ab und verfügt deshalb auf dem relevanten Markte ebenfalls über eine grosse Marktmacht.

157. Betreffend der Erheblichkeit ist zwischen einer aktuellen und zukünftigen Betrachtungsweise zu differenzieren. In einer vorläufigen Analyse liegen keine diesbezüglichen Anhaltspunkte vor, weshalb die Wettbewerbsabrede quantitativ als erheblich zu qualifizieren wäre. Eine DMIF für V PAY und damit eine Wettbewerbsabrede im jetzigen Zeitpunkt im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG ist erst dann quantitativ erheblich, falls V PAY den Markteintritt bewältigt und eine bestimmte Bedeutung auf dem Debitkartenmarkt erreicht hat. Dies insbesondere vor dem Hintergrund der aktuellen Marktsituation.

158. Vorab ist jedoch unklar, wie sich der Markt entwickeln wird. Die Effekte von V PAY mit geplanter DMIF auf den Wettbewerb im Schweizer Debitkartenmarkt sind vor dessen Markteintritt schwer zu beurteilen. Durch den Markteintritt einer weiteren Debitkarte (auch mit geplanter DMIF) wird, ausgehend von der aktuellen Marktsituation, zumindest **vorläufig der Inter- und Intra-brand Wettbewerb auf den relevanten Märkten erst ermög-**

**licht**, welcher Potenzial für Innovationen (z.B. mehr Systemsicherheit) bietet und zu einem besseren Preis-/Leistungsverhältnis führen kann. Die im Hearing befragten Acquirer bestätigen, dass durch die Einführung von V PAY (auch mit geplanter DMIF) der Wettbewerb gefördert würde. Gerade im Acquiring, in dem Maestro aus historischen Gründen fast ausschliesslich über die Telekurs abgewickelt wird, während V PAY (analog zu Visa) über mehrere Acquirer (SIX Multipay, Aduno, B&S, ConCardis) abgewickelt werden soll.

159. Sollte es Visa Europe gelingen, erfolgreich in den Schweizer Debitkartenmarkt einzutreten, gilt es zu einem späteren Zeitpunkt die Auswirkung der Preisabrede mit allen ihren Eigenheiten (sprich der dann angewandten DMIF, sowie deren Berechnungsweise, Teilnehmer, Festlegungsmechanismus etc.) auf den Wettbewerb zwischen Issuern respektive Acquirer von V PAY und zwischen V PAY und Maestro in einer Gesamtbeurteilung zu untersuchen. Es besteht allenfalls die Gefahr, dass die Preisabrede den Wettbewerb im Schweizer Debitkartenmarkt zu einem späteren Zeitpunkt erheblich beeinträchtigen würde.

160. Wird vorliegend nicht bereits von der Unerheblichkeit der Abrede ausgegangen, so liegen für die **Phase des Markteintritts und unter der starken Marktführerschaft von Maestro** (sowie der Marktführerschaft der SIX Multipay im Acquiring von Maestro) Anhaltspunkte für **Effizienzgründe einer DMIF** gemäss Art. 5 Abs. 2 KG vor, weil die DMIF notwendig ist, um den Markteintritt zu realisieren und mehr Wettbewerb zu ermöglichen.

## B.5 Anregungen des Sekretariates nach Art. 26 Abs. 2 KG für eine provisorische DMIF für den Markteintritt von V PAY

161. Durch die Eröffnung der Vorabklärung bleibt die Sanktionsdrohung für eine DMIF für V PAY grundsätzlich bestehen. Das Ergebnis der Vorabklärung zeigt aber auf, dass die Markteinführung von V PAY zu einer Verbesserung des Wettbewerbs im Debitkartenmarkt führen wird und während einer Markteintrittsphase die DMIF als unerheblich zu qualifizieren ist.

162. Gespräche mit den Marktteilnehmern haben aufgezeigt, dass eine Markteinführung nur dann erfolgen kann, wenn bezüglich der Sanktionierung durch die Wettbewerbsbehörden eine gewisse Rechtssicherheit besteht. Das Sekretariat regt deshalb eine provisorische DMIF an und hat mit Visa Europe die Voraussetzungen besprochen, unter welchen ein Markteintritt einerseits von Visa Europe als möglich und andererseits vom Sekretariat, gegeben der aktuellen Marktsituation, als kartellrechtlich unproblematisch erachtet wird.

<sup>59</sup> Entscheid der EU-Kommission vom 19.12.2007 betreffend MasterCard ([http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/34579/provisional\\_nc\\_decision.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/34579/provisional_nc_decision.pdf))

<sup>60</sup> „MasterCard's scheme is not in a start up situation where a newcomer has to reach a critical schale on both sides of the scheme during the start up phase“ (MasterCard Entscheid, Rz. 557 inkl. FN 646).

163. Folgende Voraussetzungen konnten für die provisorische DMIF definiert werden, so dass bei deren Einhaltung auf die Eröffnung einer Untersuchung durch das Sekretariat (im Einvernehmen mit einem Präsidiumsmitglied) verzichtet werden kann:

- **Die DMIF ist nur unproblematisch bis zu einem Marktanteil von V PAY von 15 % am gesamten Debitkartenmarkt in der Schweiz<sup>61</sup> gemessen am Kartenumsatz am Point of Sale (POS).** Bis zu diesem Marktanteil kann aufgrund der heutigen Marktstruktur von der Unerheblichkeit der Abrede ausgegangen werden. Zudem wird damit das Risiko gemindert, dass die Issuer „auf einen Schlag“ alle auf V PAY wechseln, weil sie dort eine Interchange Fee erhalten.
- **Die DMIF ist unproblematisch während einer Zeitperiode von 3 Jahren ab Herausgabe der ersten V PAY-Debitkarte in der Schweiz.** Danach kann nicht mehr mit dem „Markteintritt“ argumentiert werden.<sup>62</sup> Zudem wird verhindert, dass die Issuer bewusst den Marktanteil von V PAY unter 15 % halten, um sich die entsprechenden Einnahmen auf unbestimmte Zeit zu sichern.
- **Die DMIF ist unproblematisch bei einer Limitierung auf den gemeldeten Maximalbetrag von durchschnittlich CHF 0.20 pro Transaktion.<sup>63</sup>** Durch die Beschränkung wird verhindert, dass Visa ihre provisorische DMIF übermässig heraufsetzt.
- **Die Implementierung einer NDR für V PAY würde als kartellrechtlich unzulässig gelten.** Die NDR-Klausel wird in konstanter Praxis der Weko in allen Zahlkartenfällen seit dem Verbot der NDR bei Kreditkarten im Jahr 2002 (RPW 2003/1, 106 ff.) als kartellrechtlich unzulässig erachtet.

164. Mit Ausnahme der NDR konnte bezüglich aller oben erwähnten Voraussetzungen für eine provisorische DMIF eine Einigung mit Visa Europe erzielt werden. Bei Gewährung dieser Voraussetzungen wird Visa Europe versuchen, mit V PAY in den Schweizer Markt einzutreten.

165. Bezüglich der NDR war Visa Europe nicht bereit, formell auf die Klausel zu verzichten. Visa Europe ist sich bewusst, dass bei einer Umsetzung eine Untersuchung, vorsorgliche Massnahmen und direkte Sanktionen drohen.

166. Alle Zusagen von Visa Europe gelten nur unter der Voraussetzung, dass V PAY damit nicht durch Entscheidung der Wettbewerbsbehörden gegenüber Maestro schlechter gestellt wird (z.B. Höhe der zulässigen DMIF, etc.).

167. Schliesslich wird Visa Europe darauf hingewiesen, dass sie spätestens bei Erreichen des Marktanteils bzw. des Ablaufs der Einführungsdauer einen Monat Zeit haben, um eine neue Meldung einreichen, um die Zulässigkeit der DMIF in einem etablierten System in einem Widerspruchsverfahren (5 Monate) neu beurteilen zu lassen. Dies würde zu den normalen Rechtsfolgen einer

Meldung führen, d.h. keine Sanktionierbarkeit der DMIF bis durch die Wettbewerbsbehörden durch eine Verfahrenseröffnung Widerspruch erhoben wird.

168. Die Wettbewerbskommission wurde über das gewählte Vorgehen sowie über die Anregungen des Sekretariates für eine provisorische DMIF für den Markteintritt von V PAY in den Kommissionssitzungen vom 16. März und 27. April 2009 informiert und hat darauffolgend keine Untersuchung eröffnet.

## C SCHLUSSFOLGERUNGEN

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

1) stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass bei einer Umsetzung der geplanten DMIF für V PAY von je einer Preisabsprache gemäss Art. 5 Abs. 3 KG zwischen den daran beteiligten Issuern einerseits und Acquirern andererseits auszugehen ist;

2) stellt fest, dass während der Markteinführungsphase von V PAY die geplante DMIF nicht als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist. Das Sekretariat verzichtet daher darauf, eine Untersuchung (im Einvernehmen mit einem Präsidiumsmitglied) zu eröffnen, solange folgende Voraussetzungen eingehalten werden:

- a. der Marktanteil von V PAY nicht 15 % am gesamten Debitkartenmarkt in der Schweiz, gemessen am Kartenumsatz am Point of Sale (POS), erreicht;
- b. eine Zeitperiode von 3 Jahren ab der Herausgabe der ersten V PAY-Debitkarte in der Schweiz nicht abgelaufen ist;
- c. die DMIF den gemeldeten durchschnittlichen Betrag pro Transaktion von CHF 0.20 in der Schweiz nicht überschreitet;
- d. die NDR-Klausel in der Schweiz gegenüber dem Handel nicht durchgesetzt wird;

3) nimmt zur Kenntnis, dass Visa Europe, das Sekretariat regelmässig über die Einhaltung der oben erwähnten Voraussetzungen informieren wird. Die Kontrolle soll ab der Herausgabe der ersten V PAY-Debitkarte in der Schweiz betreffend der Einhaltung des Marktanteiles

<sup>61</sup> Auf den Gesamtmarkt wird aus Gründen der Überprüfbarkeit der Schranke abgestellt. Die Zahlen des Gesamtmarktes sind öffentlich verfügbar (SNB-Statistik), während dem die Marktanteile von Maestro nicht zugänglich sind. Dieses kalkulatorische Vorgehen nimmt keinen Einfluss auf die Bestimmung des relevanten Marktes.

<sup>62</sup> Die Periode von 3 Jahren wurde in den Hearings von verschiedenen Marktteilnehmern als notwendigen Zeithorizont für einen Markteintritt von V PAY in der Schweiz angegeben (vgl. Rz. 55).

<sup>63</sup> Die Art und Weise der Berechnung (kostenbasierter Ansatz analog zur DMIF bei den Kreditkarten) wird zur Kenntnis genommen, nicht aber kartellrechtlich beurteilt oder zur Bedingung für die Zeit des Markteintritts gemacht. Die grundsätzliche Zulässigkeit einer kostenbasierten DMIF ausserhalb einer Markteinführung ist erst nach Erreichen der Schwellenwerte notwendig. Zu diesem Zeitpunkt werden dann auch tatsächliche Kostenerhebungen und nicht nur Kostenschätzungen vorliegen. Das Sekretariat nimmt ebenfalls zur Kenntnis, dass die DMIF für V PAY nicht in Form einer prozentualen, sondern einer fixen Gebühr erhoben wird.

---

von 15 % quartalsweise geschehen (Punkt a.) und betreffend der Einhaltung der DMIF-Obergrenze von durchschnittlich CHF 0.20 jährlich stattfinden (Punkt c.). Das Sekretariat behält sich vor, eigene Kontrollen durchzuführen;

4) nimmt zur Kenntnis, dass die auch für Schweiz gültigen Visa Operating Regulations (Betriebsregeln) abgeändert wurden und ab [Datum] die Publikation aller registrierten intraregional und domestic MIF vorsehen und ab [Datum] eine „No-Blending-Regel“ in Kraft tritt;

5) und hält fest, dass Visa Europe die Möglichkeit offen steht, spätestens innerhalb eines Monats nach Erreichen der oben erwähnten Voraussetzungen (vgl. Ziffer 2) eine neue Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG einzureichen, um die Zulässigkeit der DMIF in einem etablierten System neu beurteilen zu lassen;

6) publiziert diesen Schlussbericht im RPW.

---

## B 2

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

B 2	<b>2. Untersuchungen</b> Enquêtes Inchieste
B 2.2	<b>1. Sécateurs et cisailles</b>

*Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG*

*Enquête selon l'article 27 ss LCart*

*Inchiesta giusta l'articolo 27 segg. LCart*

*Verfügung der Wettbewerbskommission vom 25. Mai 2009 i.S. Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kar-tellgesetzv [KG]; SR 251) gegen Felco SA und Landi Schweiz AG wegen unzulässiger Verhaltensweise nach Art. 5 Abs. 4 KG (Vertikale Preisabrede). Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG.*

*Décision de la Commission de la concurrence du 25 mai 2009 concernant l'enquête selon l'article 27 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels [LCart], RS 251) à l'encontre de Felco SA et Landi Schweiz AG relative à une pratique illicite selon l'art. 5 al. 4 LCart (accord vertical sur les prix). Sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart.*

*Decisione del 25 maggio 2009 nella causa relativa all'inchiesta secondo l'art. 27 della legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli [LCart], RS 251) concernente Felco SA e Landi Schweiz AG a causa di pratiche illecite secondo l'art. 5 cap. 4 LCart (accordo verticale sui prezzi). Sanzione giusta l'art. 49a cap. 1 LCart.*

## A ETAT DE FAIT

### A.1 Objet de l'enquête

1. Par courrier du 15 août 2007, l'entreprise Felco SA (Felco) a annoncé au Secrétariat de la Commission de la concurrence (Secrétariat) avoir conclu le 15 septembre 2006 avec l'entreprise Landi SCHWEIZ AG (Landi) un accord fixant le prix de revente de certains produits Felco dans les magasins Landi.

2. L'entreprise Felco fabrique des sécateurs et cisailles; elle exporte ses produits dans le monde entier et se décrit comme étant le leader mondial de sécateurs et cisailles à câbles professionnels. Felco est une entreprise familiale, en mains des descendants de son fondateur. La stratégie commerciale de Felco est avant tout orientée vers le marché des professionnels de la coupe. Sur le marché suisse, Felco estime sa part de marché à [75-85 %] pour les cisailles/sécateurs/scies pour professionnels et à [20-30 %] pour amateurs. Felco exporte

près de [85-95 %] de sa production à l'étranger; une partie des [5-15 %] restants est distribuée en Suisse au travers des magasins Landi.

3. Landi, filiale du groupe fenaco, est une organisation de commerce et de prestations de services déployant ses activités dans toute la Suisse dans les secteurs de l'agriculture et du Non-food. Elle distribue principalement ses produits en Suisse au travers de ses 350 magasins Landi. Cette entreprise a une gamme de produits écoulés à bas prix, appelée „Prix bas permanents“ (PBP), soit des produits pour lesquels les prix sont [25-35] % inférieurs au prix moyen du marché.

4. Depuis plus de trente ans, Felco collabore avec l'entreprise Landi qui distribue certains de ses modèles. En 2004, Felco a accepté de vendre à Landi ses modèles de sécateurs 4, 5, 6 et 8 ainsi que la scie 620 à un prix de [10 à 20 %] inférieur à celui de ses autres revendeurs afin d'augmenter son chiffre d'affaires grâce au réseau de distribution étendu de Landi. Pour les années 2004-2006, cet objectif a été atteint, ainsi que le témoignent le graphique 1 et le tableau 2.

5. De nombreux partenaires de Felco se sont alors plaints des privilèges accordés à Landi sous prétexte qu'ils lui permettent de vendre les produits Felco à un prix bien plus bas que celui qu'eux mêmes pratiquaient. Cette différence de traitement entre revendeurs est considérée par les autres partenaires de Felco comme incorrecte d'un point de vue commercial. Ceux-ci ont donc menacé Felco de ne plus distribuer ses produits. Felco a pris conscience non seulement qu'elle risquait de mettre en danger son réseau de distribution, mais aussi que la politique des PBP pouvait nuire à son image de marque haut de gamme. Dans un premier temps, Felco a annoncé à Landi vouloir réfléchir à la poursuite de la voie des PBP.

6. A fin décembre 2005, Felco a annoncé à Landi sa volonté de ne plus les livrer pour 2006 aux conditions des PBP. Felco a, par la suite, à réitérées reprises, incité Landi à augmenter ses prix de revente.

7. En janvier 2006, Felco a demandé à Landi de modifier ses prix de vente pour qu'ils se trouvent au maximum 15 % en dessous du prix recommandé Felco. Cette position a été étayée par les éléments que Felco avait présentés à Landi, à savoir une image de marque dévalorisée, la destruction de son réseau de vente, des prix de

vente publics les plus bas en Europe, une méfiance des utilisateurs sur sa politique de prix, la recherche de la diversité plutôt qu'un client unique, la mise à mal de sa notoriété et finalement la dévalorisation de ses produits par cette politique de prix.

8. Landi n'a pas réagi mais a passé une commande le 25 janvier 2006. Felco a donc décidé de ne plus livrer Landi aux conditions des PBP et d'augmenter ses prix à partir du 1er avril 2006.

9. Après différents échanges de courriers et e-mails, Landi a fait savoir par l'intermédiaire de son avocat que le contrat devait être respecté et que les quantités commandées début 2006 aux prix avantageux de 2005 de-

vaient être livrées. Suite à différents échanges, Landi a réussi à obtenir de Felco qu'elle continue ses livraisons aux conditions antérieures.

10. Felco a alors demandé à rencontrer les représentants de Landi afin de débattre de cette question. Plusieurs réunions de travail ont eu lieu durant l'été 2006. A l'issue de pourparlers, Felco a finalement réussi le 15 septembre 2006 à obtenir de Landi qu'elle augmente le prix de revente d'un des modèles de la gamme PBP pour l'année 2007. Cet accord a fait l'objet d'un procès-verbal établi par Felco et envoyé à Landi pour signature. Ce document contenait notamment les passages suivants :

„Ab 1. Januar 2007 liefern wir die Modelle Felco 4, Felco 5, Felco 620 sowie Felco 8 zu Spezialkonditionen. Dabei werden folgende Preisanpassungen vorgenommen:

Modell	Ihr Einkaufspreis netto	Verkaufspreis Landi (inkl. MWSt)
Felco 4	[...]	CHF 37.00
Felco 5	[...]	CHF 23.50
Felco 620	[...]	CHF 42.00
Felco 8	[...]	CHF 49.90

Diese Preise sind gültig für eine Mindestmenge, wie sie im Jahr 2006 erreicht wurde.

Ab 1. Januar 2007 wird das Modell Felco 6 nicht mehr in der Reihe der « Dauertiefpreise » vertreten sein. Ihr Einkaufspreis netto beträgt ab diesem Datum [...], der Verkaufspreis (einschliesslich MWSt.) CHF 55.00. “

Le tableau qui suit montre l'évolution des prix des modèles Felco vendus par Landi, depuis leur entrée dans les PBP. Il met aussi en évidence les différences entre les

prix pratiqués par Landi et les recommandations de prix émises par Felco à l'attention de ses revendeurs.

Tableau 1: Evolution des prix de vente des 4 sérateurs concernés par l'accord du 15.09.2006

		2004	2005	2006	2007	2008
<b>Felco 4</b>	Prix Landi	53.00	35.00	35.00	37.00	37.00
	Prix recommandés	55.00	55.00	55.00	57.00	56.00
	Différence	3.6 %	36.4 %	36.4 %	35.1 %	33.9 %
<b>Felco 5</b>	Prix Landi	32.50	22.50	22.50	23.50	23.50
	Prix recommandés	34.00	34.00	34.00	35.00	35.00
	Différence	4.4 %	33.8 %	33.8 %	32.9 %	32.9 %
<b>Felco 6</b>	Prix Landi	60.50	39.00	39.00	55.00	55.00
	Prix recommandés	63.00	63.00	63.00	65.00	63.00
	Différence	4.0 %	38.1 %	38.1 %	15.4 %	12.3 %
<b>Felco 8</b>	Prix Landi	63.50	45.00	45.00	49.90	49.90
	Prix recommandés	65.00	65.00	65.00	67.00	66.00
	Différence	2.3 %	30.8 %	30.8 %	25.5 %	24.3 %

Elaboration: Secrétariat

## A.2 Procédure

11. Le 15 août 2007, l'entreprise Felco SA a fait parvenir par courrier au Secrétariat une auto-dénonciation (art. 49a al. 2 LCart). Le Secrétariat a alors demandé à plusieurs reprises à Felco de compléter et de préciser les faits contenus dans son courrier.

12. Le 12 décembre 2007, Felco a été entendue par les représentants du Secrétariat.

13. Le 7 janvier 2008, le Secrétariat a décidé en accord avec un membre de la Présidence d'ouvrir une enquête selon l'art. 27 LCart; l'ouverture de cette enquête a été communiquée aux parties le 28 janvier 2008. Dans son courrier à Felco, le Secrétariat a confirmé que cette entreprise était la première à avoir demandé à bénéficier du programme de clémence et entrainé dès lors en compte pour le bonus dans la mesure où les exigences légales étaient remplies. Dans son courrier à Landi, le Secrétariat a précisé que la langue de la procédure serait le français.

14. Le 20 mars 2008, l'ouverture d'enquête a également été communiquée par publication dans la Feuille officielle suisse du commerce et le 1<sup>er</sup> avril 2008 dans la Feuille fédérale. Aucun tiers ne s'est annoncé dans le délai utile pour participer à la procédure.

15. Le 18 mars 2008, Landi a été entendue par une délégation du Secrétariat.

16. Le 17 septembre 2008, le Secrétariat a reçu la déposition des deux représentants de Landi, présents lors de la séance du 15 septembre 2006 et cosignataires du procès-verbal de celle-ci.

17. Les deux parties à la procédure ont été invitées à fournir des documents relatifs à leurs relations commerciales, à l'accord portant sur les PBP, ainsi qu'à la situation de leur entreprise respective et à l'évolution du marché ces dernières années.

18. Au cours de la procédure, Felco a non seulement émis son intérêt de clore la procédure par un accord amiable, mais a aussi spontanément annoncé à ses revendeurs que les recommandations de prix qu'elle émettait étaient retirées.

19. Compte tenu des preuves présentées par Felco, des informations qui ressortent des auditions et de la coopération des parties à l'enquête, le Secrétariat a proposé à chacune des parties la conclusion d'un accord amiable. Ceux-ci ont été signés par Felco le 28 octobre 2008 et par Landi le 24 novembre 2008. Ces deux accords sont reproduits dans la présente décision (cf. ci-après pt. B.4). Le 23 décembre 2008, un projet de décision a été envoyé aux parties. Landi a pris position le 30 janvier 2009. Felco, après avoir obtenu une prolongation de délai, a pris position par courrier du 6 février 2009. Felco a par ailleurs complété sa prise de position par courrier du 24 mars 2009. Les arguments des parties ont été pris en compte et intégrés dans la décision dans la mesure de leur pertinence.

## B CONSIDÉRANTS

### B.1 Champ d'application de la LCart

20. La LCart 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 (art. 2 al. 1 LCart).

21. Par entreprise, on entend toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique (art. 2 al. 1<sup>bis</sup> LCart). Landi et Felco sont des entreprises au sens de la LCart.

### B.2 Prescriptions réservées

22. Selon l'art. 3 al. 1 LCart, sont réservées les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique (let. a) et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (let. b). D'autre part, selon l'art. 3 al. 2 LCart, cette loi n'est pas applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle.

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

### B.3 Accord illicite sur les prix de revente

24. Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites (art. 5 al. 1 LCart).

25. Sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues (art. 5 al. 4 LCart).

26. Il s'agit tout d'abord de déterminer l'existence d'un accord en matière de concurrence.

#### B.3.1 Accord en matière de concurrence

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

28. Pour qu'il y ait accord vertical en matière de concurrence, il faut : a) une action collective consciente et voulue, b) visant ou entraînant une restriction à la concurrence, c) entre au moins deux entreprises actives à différents échelons du marché.

29. a) La séance du 15 septembre 2006 a été organisée dans le but de déterminer la politique de prix future de Landi. Le procès-verbal de cette séance a été signé par les représentants des deux parties. Il contient différents engagements réciproques des deux entreprises dont on déduit qu'un accord est intervenu entre elles et que, par conséquent, la première condition d'une action collective et voulue est remplie.

30. b) Entre 2005 et 2006, les représentants des deux entreprises se sont retrouvés à de nombreuses reprises afin de trouver un terrain d'entente sur plusieurs points objets d'un désaccord pour les raisons évoquées ci-dessus (cf. ch. 7 ss). Felco a alors exigé de Landi qu'elle remonte significativement ses prix en lui adressant de nombreux courriers visant à infléchir sa politique de prix.

31. A plusieurs reprises, Felco a affirmé avoir conclu un accord sur un prix fixe de revente du produit Felco 6.<sup>1</sup> Cet accord a été conclu lors de la séance du 15 septembre 2006, comme l'atteste le procès-verbal établi par Felco et envoyé pour signature à Landi.

32. Interrogés à cet égard, les employés de Landi cosignataires du procès-verbal litigieux prétendent qu'aucun prix de revente n'a été fixé d'un commun accord avec Felco. Les prix de revente des produits Felco auraient été évoqués par Landi suite à une rapide estimation. Les représentants de Felco auraient ainsi eu la possibilité de les noter, ce qui expliquerait leur présence sur le procès-verbal de séance. Par ailleurs, compte tenu du fait que ces premières estimations faites par les deux acheteurs de Landi se sont avérées correctes au centime près, ils auraient signé le procès-verbal litigieux. Dès lors, on ne saurait considérer qu'il y ait eu discussion sur les prix de revente.

33. Les affirmations des représentants de Landi n'emportent toutefois pas la conviction des autorités de la concurrence. En effet, le document litigieux ne paraît pas équivoque. Des passages tels que:

*„Ab 1. Januar 2007 wird das Modell Felco 6 nicht mehr in der Reihe der „Dauertiefpreise“ vertreten sein. Ihr Einkaufspreis netto beträgt ab diesem Datum [...], der Verkaufspreis (einschliesslich MWSt.) CHF 55.00. [...] Die vorliegenden Punkten treten nach Unterzeichnung dieses Schreibens in Kraft.“*

ne laissent planer aucun doute quant aux intentions des parties. Il apparaît clairement qu'un accord a été conclu sur le fait de sortir le modèle Felco 6 de la gamme des PBP et de lui attribuer un prix de vente. Vont aussi dans ce sens l'ensemble des informations reçues lors de l'auto-dénonciation de Felco. Cet accord vise et entraîne une restriction à la concurrence, remplissant le deuxième volet de la définition de l'art. 4 al. 1 LCart.

34. c) Enfin, Felco et Landi sont deux entreprises unies par une relation commerciale verticale: Felco est un producteur industriel de cisailles, sécateurs et scies ; il les fabrique dans leur intégralité et les vend à des grossistes ou à des revendeurs, situés en Suisse et à l'étranger. En revanche, il n'en vend pas directement au consommateur final. Landi est une centrale d'achat dépendant du groupe fenaco qui achète les produits destinés à être vendus par les magasins Landi dans toute la Suisse. Felco et Landi sont des entreprises actives à

différents échelons du marché. Leur relation est donc verticale.

35. Par conséquent, les parties ont conclu le 15 septembre 2006 un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

### B.3.2 Pas de suppression de la concurrence efficace

36. Selon l'art. 5 al. 4 LCart, „sont [...] présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe [...]“.

37. Selon le ch. 10 par. 1 let. a de la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux,<sup>2</sup> „les accords verticaux en matière de concurrence sont présumés supprimer la concurrence au sens de l'art. 5 al. 4 LCart quand ils ont pour objet la fixation d'un prix de vente minimal ou fixe. Cette règle vaut aussi pour les accords en matière de concurrence qui revêtent la forme de recommandations de prix de vente et qui fixent un prix minimal ou fixe.“

38. Dans le cas d'espèce, l'accord intervenu entre les parties le 15 septembre 2006 prévoit de fixer un prix de revente de plusieurs produits Felco. Il s'agit donc d'un cas de „Resale price maintenance (RPM)“.<sup>3</sup> Le fait que seul le modèle Felco 6 soit sorti des PBP ne joue aucun rôle à ce stade de l'analyse. Cet accord est présumé illicite (art. 5 al. 4 LCart, en relation avec le ch. 10 par. 1 ComVert).

#### B.3.2.1 Renversement de la présomption

39. La présomption de suppression de la concurrence efficace établie à l'art. 5 al. 4 LCart peut être renversée en apportant la preuve qu'une concurrence (interne/externe) demeure malgré l'accord. Dans les cas d'accords verticaux, le ch. 10 par. 2 ComVert prévoit que „la présomption de suppression de la concurrence ne peut pas être renversée par la simple preuve qu'une concurrence existe entre les fournisseurs des différentes marques (concurrence inter-marques)“.<sup>4</sup> Pour cette raison, l'analyse se focalise d'abord sur l'intensité de la concurrence intra-marque. Selon les résultats obtenus, il peut se justifier ensuite de passer à l'examen de la concurrence inter-marques.

40. Avant d'examiner si la présomption peut être renversée, il est nécessaire de délimiter le marché de référence.

<sup>1</sup> Entretien du 12 décembre 2007 avec Felco.

<sup>2</sup> Communication du 2 juillet 2007 de la Commission de la concurrence concernant l'appréciation des accords verticaux, ComVert 2007, DPC 2007/4, p. 681.

<sup>3</sup> La notion de RPM peut être définie comme : "(...) a provision according to which the final price charged to consumers is not set by the distributor but imposed by the producer." (Rey P. and Vergé T., Economics of Vertical Restraints, Handbook of Economics Antitrust, 2008, Edited by P. Buccirossi, p. 354).

<sup>4</sup> Pour les motifs, cf. cons. 6 ComVert 2007. Cf. aussi Stoffel W. A., Vertikalabsprachen und Marktabschottung – zur neuen Bekanntmachung der Wettbewerbskommission, Vortrag an der Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtstagung du 22 Janvier 2008 à Zurich, ainsi qu'à la Conférence de Genève „Economic Experts in Competition Law“ du 1<sup>er</sup> Février 2008, accessible sous [www.comco.ch](http://www.comco.ch).

### B.3.2.1.1 Marché de référence

41. Dans le cadre d'une enquête conclue par un accord amiable, la définition du marché de référence peut se fonder essentiellement sur des informations fournies par les parties.

#### I. Marché de produits

42. Le marché de 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 (cf. par analogie art. 11 al. 3 let. a de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises du 17 juin 1996, OCCE; RS 251.4).

43. Les partenaires potentiels de l'échange sont toutes les personnes qui utilisent un outil pour tailler des branches d'arbres ou d'arbustes, qu'elles soient des amateurs (p.ex. propriétaires de jardins) ou des professionnels (viticulteurs, jardiniers, paysagistes, etc.).

44. En Suisse, les utilisateurs ont le choix entre plusieurs types d'outils conçus pour tailler des branches (sécateurs à une ou deux mains, sécateurs électriques, ciseaux, scies), fournis par différents producteurs (Felco, Bahco, Fiskar, Gardena, Makita, Master et Ribiland ainsi que d'autres marques moins connues).

45. Au vu des caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés, les ciseaux, les sécateurs et les scies ne sont pas parfaitement substituables les uns aux autres. Il s'agit plutôt d'outils complémentaires utilisés en fonction de la taille de la branche à couper.<sup>5</sup>

46. La famille des sécateurs se compose de plusieurs types: sécateurs à une main, sécateurs à deux mains, sécateurs électriques. Les sécateurs à une main possèdent des propriétés qui les différencient des sécateurs à deux mains en ce que leur maniabilité permet à son utilisateur d'atteindre et de couper plus aisément des branches difficiles d'accès. Ils peuvent donc être considérés, dans le cas présent, comme un marché de référence à part entière. De même, les sécateurs à une main ne peuvent pas être considérés comme faisant partie du même marché que les sécateurs électriques. Ceux-ci, de par leur mode d'emploi et leur prix, ne sont de l'avis même de Felco pas des substituts au sens du droit des cartels.

47. Se pose encore la question de savoir s'il faut distinguer les sécateurs à une main destinés aux professionnels de ceux qui sont prévus pour les amateurs. Felco fabrique des outils de coupe d'une qualité destinés à des professionnels. Toute la Recherche et Développement de ses produits est pour l'essentiel orientée vers ce segment qui est en mesure de lui fournir en retour des informations permettant à Felco de constamment améliorer et innover sa production. L'axe de développement de Felco est donc clairement le marché des professionnels. Felco a aussi une ligne qualifiée „d'amateur“, mais cela n'est qu'une question de design, l'outil en lui-même ayant la même qualité que les produits destinés aux professionnels. Il apparaît que Felco fabrique ses produits dans le but de garantir une grande durabilité, ce qui se manifeste par le choix des matériaux utilisés, particulièrement résistants ou par

l'interchangeabilité des différentes pièces qui composent ces modèles.

48. Landi vend plusieurs marques de sécateurs à une main (p.ex. Garden et Freund qui sont de 3 à 10 fois moins chers que ceux de Felco), dans le but de satisfaire le plus grand nombre d'acheteurs possible. Landi ne cherche pas particulièrement une clientèle de professionnels, mais Felco constitue néanmoins un atout marketing étant donné qu'il s'agit d'une marque bien connue du public et qui jouit d'une bonne réputation en tant que produit *swiss made*.

49. Les tests comparatifs faits par des associations de consommateurs ne mentionnent pas cette différence entre amateurs et professionnels. Pour les sécateurs Felco, ils ne disent pas que ces produits s'adressent prioritairement à des professionnels. Ils sont examinés de la même façon que les autres sécateurs sur le marché.<sup>6</sup> Il semblerait plutôt que la différence se fasse plus sur la qualité des matériaux et la maniabilité des produits que sur le type d'utilisateurs.

50. Etant donné que Felco semble être le seul producteur à mettre l'accent sur une telle différence,<sup>7</sup> le marché de produits peut rester celui des sécateurs à une main. Du reste, une délimitation plus étroite du marché de référence conduirait aux mêmes résultats.

#### II. Marché géographique

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

52. Du point de vue des consommateurs, le marché géographique pour l'achat des sécateurs est local voire régional. Etant donné que l'achat d'un sécateur à une main se fait, en règle générale, de façon ponctuelle (durée de vie relativement longue de l'instrument) et en quantité restreinte, l'acheteur moyen essaiera de minimiser les coûts de transactions qu'il doit supporter (coûts de recherche, coûts de transport, coûts d'opportunité). Il aura intérêt à éviter un long déplacement pour acheter un objet dont le prix est, en règle générale, inférieur à CHF 100.--<sup>8</sup>

53. Comme pour les biens de consommation courants, l'acheteur de sécateurs à une main se rendra dans un magasin de proximité. Il est donc possible de déterminer un rayon autour de chaque magasin qui englobe tous ses clients potentiels. En l'espèce, Felco écoule ses

<sup>5</sup> Le marché de la scie ne faisant pas partie du marché de produit, la fixation du prix de revente du Felco 620 lors de la réunion du 15 septembre 2006 ne fait pas l'objet de la présente analyse. Cela n'a d'ailleurs aucune conséquence dans la mesure où l'accord amiable vaut pour tous les produits Felco.

<sup>6</sup> Par exemple : <http://www.test.de/themen/haus-garten/test/-Gartenscheren/1058631/1058631/1058639/> (11 décembre 2008).

<sup>7</sup> Entretien du 18 mars 2007, avec Landi.

<sup>8</sup> Pour ce qui concerne en tous cas les prix des produits visés par l'enquête.

produits par l'intermédiaire de trois types de distributeurs: (1) des centrales d'achats (tel que Landi, Coop, Jumbo, Bauhaus et Hornbach), (2) des garden centers ainsi que (3) des petits revendeurs (quincailleries et coutelleries notamment).<sup>9</sup>

54. Bien que le marché géographique soit local ou régional d'un point de vue des acheteurs, la situation de la concurrence dans la distribution de sérateurs à une main doit être analysée au niveau national car le réseau de distribution de ces produits couvre tout le territoire suisse, créant ainsi une chaîne de substitution qui élargit la concurrence locale à toute la Suisse. De plus, l'accord sur les prix de revente des produits Felco intéresse les 350 magasins Landi<sup>10</sup> de Suisse. Par conséquent, la concurrence au niveau national influence aussi celle au niveau local, voire régional.<sup>11</sup> Pour ces différentes raisons, le marché géographique est national.

### B.3.2.1.2 Concurrence inter- et intra-marque

55. Dans le cadre de l'analyse de la concurrence actuelle, il est tenu compte de la concurrence inter et intra-

marque. En raison de la présence de concurrence intra-marque, comme démontré ci-dessous, il n'est pas nécessaire dans le cas présent d'analyser la concurrence inter-marques.

56. Dans le cas présent, Felco écoule ses produits en Suisse par l'intermédiaire de différents types de distributeurs : supermarchés (Jumbo, Coop), grands centres Do-it, petits revendeurs et magasins Landi. Selon les données disponibles, les ventes des modèles Felco qui ont fait l'objet de l'accord en cause ont évolué ainsi :

57. Avant 2004, les prix publics des produits Felco s'orientaient par rapport aux recommandations de prix émises par le producteur. Grâce à sa politique de PBP (cf. ch. 3), Landi a écoulé près [...] des modèles Felco 4 et Felco 6 en Suisse, avec une augmentation des ventes, pour tous les modèles, de presque 20 % entre 2004 et 2006.

Tableau 2: Pourcentage de sérateurs Felco écoulés en Suisse par Landi (modifié compte tenu des secrets d'affaires)

	2004	2005	2006	2007
<b>Felco 4</b>	[20-30] %	[35-45] %	[40-50] %	[30-40] %
<b>Felco 5</b>	[20-30] %	[30-40] %	[30-40] %	[30-40] %
<b>Felco 6</b>	[25-35] %	[35-45] %	[40-50] %	[30-40] %
<b>Felco 8</b>	[15-25] %	[30-40] %	[30-40] %	[30-40] %
<b>Moyenne</b>	[20-30] %	[30-40] %	[35-45] %	[30-40] %

Elaboration : Secrétariat

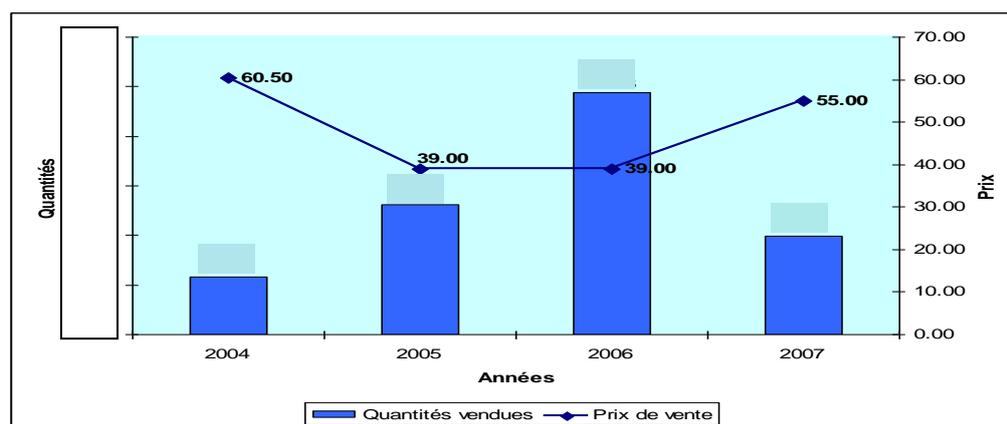
58. Suite à l'action PBP de Landi, d'autres revendeurs se sont plaints chez Felco. S'en est suivi l'accord du 15 septembre 2006 qui a eu pour effet d'augmenter le prix de vente du Felco 6 chez Landi. Cette nouvelle stratégie voulue par Felco a fortement réduit dès 2007 le pourcentage des ventes de ce sérateur chez Landi, comme le démontre le graphique suivant:

<sup>9</sup> <http://www.felco.ch/felco/pages/contact.page?culture=ch-fr> (4 décembre 2008)

<sup>10</sup> [http://www.landi.ch/deu/01\\_landiladen.asp](http://www.landi.ch/deu/01_landiladen.asp) (4 décembre 2008).

<sup>11</sup> DPC 2008/1 p. 158, ch. 244.

Graphique 1: Evolution des ventes et des prix pour le sécateur Felco 6 chez Landi



Elaboration: Secrétariat.

Selon Felco, Landi aurait diminué ses commandes de produits Felco à partir de 2007 au profit de commandes passées auprès de concurrents, ce qui aurait eu pour conséquence la baisse des ventes de ces produits. Landi avait toutefois constitué des réserves de ces produits durant les années où les prix pratiqués par Felco à son égard étaient bas (cf. pièce 2, p. 3). Et c'est bien l'existence de ces réserves qui justifie que Landi ait, en 2007, diminué ses commandes. Ces diminutions ne

sont donc pas la cause de la baisse des ventes de produits Felco par Landi.

59. En prenant les ventes en chiffres absolus des quatre sécateurs Felco écoulés chez Landi, on remarque que les ventes de produits Felco par Landi ont effectivement fortement augmenté en 2005, en raison de leur prix particulièrement bas. Ensuite, lors du changement de stratégie (cf. accord du 15 septembre 2006), le fléchissement des ventes s'est nettement accentué:

Tableau 3: Evolution des ventes de sécateurs Felco chez Landi (modifié compte tenu des secrets d'affaires)

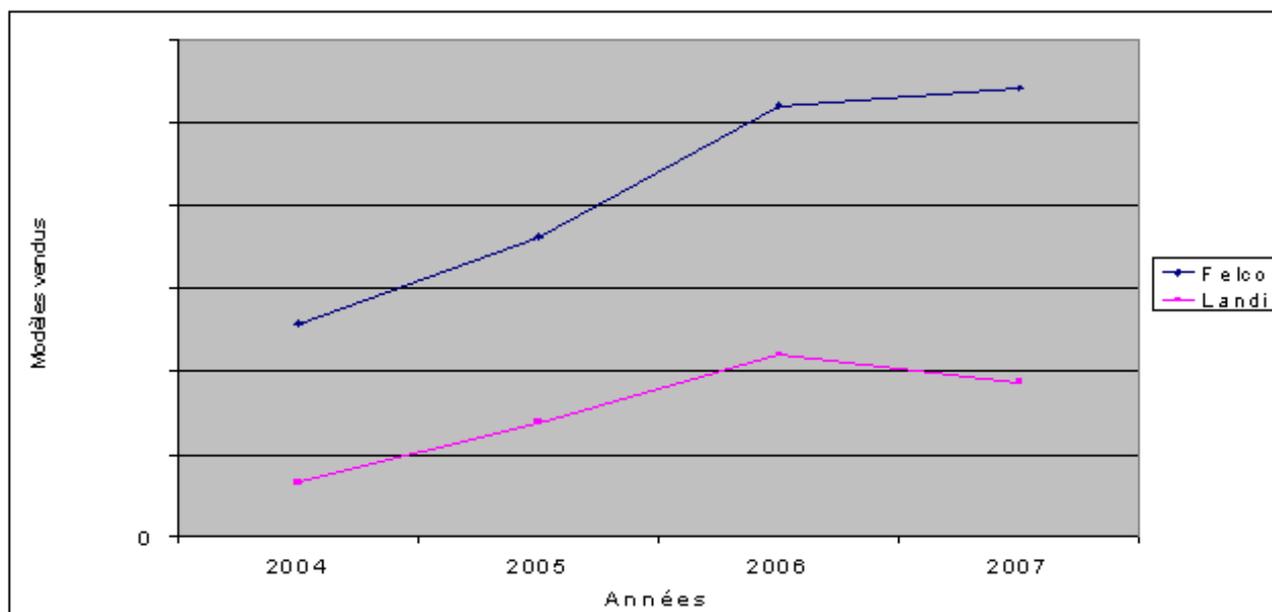
	2004 prix „normal“	2005 PBP	2006 PBP	2007 PBP
Felco 4	[...]	[+~100 %]	[+~70 %]	[~-10 %]
Felco 5	[...]	[+~100 %]	[+~70 %]	[~-10 %]
Felco 6	[...]	[+~100 %]	[+~100 %]	[~-70 %]*
Felco 8	[...]	[+~100 %]	[+~80 %]	[~-5 %]

\* Retour au prix normal

60. Suite à l'accord du 15 septembre 2006, la progression constatée entre 2004 et 2006 des ventes du modèle Felco 6 et des autres modèles Felco en Suisse a été brusquement freinée. La baisse des ventes constatée

chez Landi s'est répercutée au profit d'autres distributeurs des produits Felco, tel que le démontre le graphique suivant:

Graphique 2: Evolution des ventes de sérateurs Felco 4, 5, 6 et 8 chez Felco et chez Landi (modifié compte tenu des secrets d'affaires)



Elaboration: Secrétariat

61. Au regard de ces chiffres, l'accord en question a eu pour effet de relever non seulement le prix du Felco 6 chez Landi, le rapprochant ainsi des prix publics plus élevés pratiqués par ses concurrents, mais aussi le niveau général des prix des sérateurs Felco vendus en Suisse. Cependant, en considérant que le prix de vente des produits Felco dans les magasins Landi est resté inférieur aux prix généralement pratiqués par les autres distributeurs suisses de produits Felco (cf. tableau 1) et que la baisse des ventes des Felco 4, 5, 6 et 8 chez Landi a profité, en partie, aux concurrents de Landi (graphique 2), l'accord en question a laissé subsister une certaine concurrence intra-marque.

### B.3.2.2 Résultat intermédiaire

62. Pour ces raisons, la présomption de suppression de la concurrence au sens de l'art. 5 al. 4 LCart peut être, dans le cadre de cette enquête conclue par accord amiable, considérée comme renversée. Il n'est dès lors pas nécessaire d'examiner l'état de la concurrence inter-marques (actuelle/potentielle).

### B.3.3 Affectation notable de la concurrence

63. Lorsque la présomption prévue à l'art. 5 al. 4 LCart peut être renversée, il y a lieu d'examiner si l'accord en cause affecte de manière notable la concurrence sur le marché pertinent (art. 5 al. 1 LCart) et, le cas échéant, s'il peut être justifié par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart).

64. En règle générale, l'examen de la notabilité d'un accord repose sur des critères qualitatifs et quantitatifs.<sup>12</sup> La Comco s'est jusqu'à présent penchée deux fois sur l'analyse de clauses contractuelles visant à répartir le marché ou à imposer des prix de revente. Elle a toujours conclu à une affectation notable de la concurrence.<sup>13</sup>

65. Au sujet de ces deux types de clauses, la Comco a précisé une première fois dans sa communication de 2002 qu'elles devaient être considérées, en principe, comme affectant notablement la concurrence.<sup>14</sup>

66. La ComVert 2007 a fait suite à l'adoption par le législateur, en 2003, du nouvel article 5 al. 4 LCart. Le but poursuivi par cette disposition légale était de lutter contre le phénomène de „Suisse îlot de cherté“, raison pour laquelle une présomption d'illicéité pour les prix de revente imposés et le cloisonnement du marché a été introduite. Le législateur a voulu par là traiter les états de faits mentionnés à l'art. 5 al. 4 LCart de la même façon que ceux de l'al. 3, ni plus sévèrement, ni de façon plus légère.

67. La nouvelle disposition de l'art. 5 al. 4 LCart ainsi que la ComVert 2007 ont été accueillies favorablement par une partie de la doctrine<sup>15</sup> qui y voyait la traduction de la volonté du législateur de lutter contre les accords verticaux qui constituent des entraves importantes à la

<sup>12</sup> DPC 2000/2, p. 177 et références citées.

<sup>13</sup> Cf. DPC 2000/2, p. 196 ss et 2002/3, p. 455 ss.

<sup>14</sup> Cf. ch. 3 let. a de la Communication du 18 février 2002 concernant l'appréciation des accords verticaux, DPC 2002/2 p. 407 ss (ComVert 2002).

<sup>15</sup> Cf. par ex. STOFFEL W.A., La Loi sur la concurrence révisée: fondements et introduction du nouveau droit, in Stoffel/Zäch, Kartellgesetz-revision 2003, Neuerungen und Folgen, Zurich Bâle Genève 2004 (ci-après Stoffel/Zäch), p. 2 ss; ZÄCH R., Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in Stoffel/Zäch, p. 23 ss; KRAUSKOPF P./GRABER A., Die neue Vertikalbekanntmachung – Ein Leitfaden für Praktiker, sic! 11/2008, p. 781 ss; STOFFEL W.A., cité dans la note 4.

concurrence. La nouvelle législation devait en outre permettre de mener une politique analogue à celle du droit européen de la concurrence. Le chiffre XI du préambule de la ComVert 2007 expose en conséquence que la Communication s'inspire du Règlement (CE) 2790/99 sur les accords verticaux<sup>16</sup> et des Lignes directrices y relatives<sup>17</sup>.

68. Une autre partie de la doctrine était sceptique, notamment par rapport à la ComVert de 2007. Les règles contenues dans cette communication rendraient le renversement de la présomption d'illicéité impossible et violeraient ainsi la loi.<sup>18</sup> La réglementation suisse se trouverait de ce fait plus stricte que la réglementation de l'Union européenne. Elle irait en outre à l'encontre de la théorie économique qui souligne la possible existence d'effets pro-compétitifs venant de l'application d'accords verticaux sur les prix.<sup>19</sup> Enfin, le ch. 12 ComVert 2007 a été considéré comme créant une notabilité per se.<sup>20</sup>

69. En effet, il convient de noter que le législateur a intégré le nouvel article 5 al. 4 dans la systématique de l'art. 5 LCart. Les états de fait qui font l'objet des présomptions des alinéas 3 et 4 de l'art. 5 constituent des restrictions de la concurrence qui sont généralement nuisibles à une concurrence efficace, même si la présomption peut être renversée. Le législateur a, à cet égard, considéré qu'en cas de renversement de la présomption d'illicéité d'un cartel dur au sens de l'art. 5 al. 3 LCart, l'analyse de son effet déboucherait en général sur un constat de notabilité.<sup>21</sup> La logique du législateur veut que ce raisonnement s'applique aussi à l'art. 5 al. 4.

70. Il convient en outre de souligner que le nouvel art. 5 al. 4 LCart devait permettre à la Suisse de mener, dans le domaine des accords verticaux, une politique analogue à celle de la Commission européenne.<sup>22</sup> Cette volonté d'harmonisation avec le droit communautaire a eu pour conséquence d'écarter des propositions plus strictes faites au Parlement à l'encontre des accords verticaux. L'idée est demeurée que le droit suisse devait s'aligner sur celui de l'Union européenne<sup>23</sup>, ce qui est rendu possible notamment par le fait que les deux droits poursuivent des buts similaires.<sup>24</sup> Au travers de cette nouvelle disposition, la Suisse voulait ainsi démontrer qu'à l'instar de l'Union européenne, les accords verticaux sur les prix de revente et le cloisonnement du marché seraient traités à l'avenir de façon plus sévère.<sup>25</sup>

71. En droit communautaire, l'article 81 paragraphe 1 let. a et c CE interdit les accords consistant à fixer des prix de vente ou à répartir les marchés. La jurisprudence

<sup>16</sup> Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22.12.1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO 1999 L 336/21.

<sup>17</sup> Communication de la Commission – Lignes directrices sur les restrictions verticales, 13.10.2000, JO 2000 C 291/1.

<sup>18</sup> Cf. par ex. AMSTUTZ M. / REINERT M., Vertikal Preis- und Gebietsabreden – eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in Stoffel/Zäch, p. 70 ss; HOFFET B.F./DIETRICH M., neue Vertikalbekanntmachung der Schweizer Wettbewerbskommission: Strengeres Regime als in der EU – Bekanntmachung von geringem Wert für die Praxis, Homburger Bulletin, Juillet 2008; MERKT B., Switzerland: New Communication on Vertical Agreements, e-Competitions, November 2007; RASS A., Vertikalabreden sind nicht per se schädlich, Finanz und Wirtschaft, 23 Septembre 2006, 28; SAURER M., Zur schweizerischen Wettbewerbspolitik – Schutz des Wettbewerbs oder der Wettbewerber?, Diskussionspapier, Avenir Suisse, 2/2008; WYSS B., Nachweis von Wettbewerb muss genügen: Umstrittene Regelung der Vertikalabreden – Gefahr droht durch die Überregulierung, Finanz und Wirtschaft, 5 Septembre 2007, 31. Pour un aperçu général des critiques émises à l'encontre de la modification de la loi et de la ComVert 2007, cf. Rapport de synthèse du groupe d'évaluation de la loi sur les cartels selon art. 59a LCart, disponible sous [www.weko.ch](http://www.weko.ch), p. 73 ss, ainsi que BAUDENBACHER C., Gutachten zur Evaluation bestimmter Aspekte des schweizerischen Kartellgesetzes: Institutionelles Setting – Vertikalbeschränkungen – Individualsanktionen – Private Enforcement, St Gall 2008; plus nuancée quant à l'eurocompatibilité de la ComVert: CLERC E., Les recommandations de prix en droit de la concurrence: le temps de l'approche économique est-il arrivé?, in Piermarco Zen-Ruffinen (éd.), Le temps et le droit, Helbing & Lichtenhahn 2008, p. 39-54.

<sup>19</sup> Parmi plusieurs: MOTTA M., Competition Policy – Theory and Practice, Cambridge University Press, 2004, p. 302; HOVENKAMP H. The Antitrust Enterprise: Principle and Execution (2005), p. 184-191; REY P. et VERGÉ T., Economics of Vertical Restraints, in Buccrossi (Ed.), Handbook of Antitrust Economics, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2008, p. 360 ss.

<sup>20</sup> BAUDENBACHER cité dans la note 29, p. 57 ss; Reinert P., in Baker & McKenzie (Ed.), Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Berne 2007, Art. 5 N. 5 sv.

<sup>21</sup> Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, FF 1995 I 472, pt 231.4; cf. également CR Concurrence, GUGLER P./ZURKINDEN P., Art. 5 N. 82, pour qui les exigences quantitatives liées à la notabilité sont moins élevées lorsque la présomption a été renversée; Komm. KG – HOFFET F., Art. 5 Rz 113; SCHALLER O., Les ententes à l'importation en droit de la concurrence, thèse, Fribourg 2002, p. 328 sv., ch. 883.

<sup>22</sup> Deiss: „La nouvelle proposition qui est maintenant faite par la majorité de la Commission prévoit une présomption d'illicéité pour les accords verticaux qui, à notre sens, va aussi loin que possible tout en étant soutenable du point de vue de la politique de la concurrence et du point de vue économique. Elle permet de mener une politique analogue à celle de la Commission européenne.“, BO 2003 E 330.

<sup>23</sup> Proposition Triponez: „Je propose donc la modification évoquée ci-dessus de la proposition de la minorité sous la forme d'un complément à la proposition de la majorité, lequel complément permettrait finalement d'aligner notre loi sur les cartels sur le droit européen“, BO 2002 N 1434 sv.

<sup>24</sup> Schiesser, citant l'avis de droit du Prof. Carl Baudenbacher, BO 2003 E 331.

<sup>25</sup> Bühner: „Nicht nur die Europäische Union, sondern auch wir müssen - mit diesem neuen Artikel! - dazu beitragen, dass dort, wo Preis- und Gebietsabsprachen den Wettbewerb behindern, dies in Zukunft als Missbrauchstatbestand erfasst wird.“ BO 2002 N 1293.

communautaire a très tôt précisé cette interdiction figurant à l'art. 81 CE, en imposant la condition supplémentaire d'un effet sensible sur la concurrence<sup>26</sup>. Un accord ayant pour objet ou pour effet une restriction sensible de la concurrence ne peut être exempté qu'à des conditions très restrictives (art. 81 par. 3 TCE). A ce sujet, la Commission européenne a édicté un règlement portant sur l'exemption de certains accords verticaux<sup>27</sup>, ainsi que des Lignes directrices explicitant ce règlement<sup>28</sup>. Le bénéfice de l'exemption par catégorie est limité aux accords verticaux dont on peut présumer avec suffisamment de certitude qu'ils remplissent les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3 CE, à savoir les accords qui ne contiennent pas l'une des restrictions caractérisées énumérées à l'art. 4 du règlement et dont la part de marché n'atteint pas les seuils définis à l'art. 3 dudit règlement<sup>29</sup>. Les exemptions prévues dans le règlement ne sont toutefois pas applicables à des accords ayant pour but notamment la fixation de prix pour la vente de produits à des tiers (restrictions caractérisées au sens de l'art. 4 du Règlement 2790/1999). Les Lignes directrices sur les restrictions verticales exposent que les accords verticaux qui ne sont pas couverts par le règlement d'exemption par catégorie ne seront pas présumés illégaux, mais peuvent nécessiter un examen individuel<sup>30</sup>. Ces mêmes Lignes directrices soulignent toutefois que l'exemption individuelle d'accords verticaux qui contiendraient de telles restrictions caractérisées est également improbable<sup>31</sup>.

72. La Commission européenne a en outre précisé, au moyen de seuils de parts de marché, la notion de „restriction sensible de la concurrence“, dégagée par la jurisprudence sur la base de l'art. 81 par. 1 Traité.<sup>32</sup> En matière d'accords verticaux, la Communication de minimis prévoit que la concurrence n'est pas restreinte de façon sensible lorsque la part de marché détenue par chacune des parties à l'accord ne dépasse pas 15 % sur aucun des marchés en cause affectés par l'accord.<sup>33</sup> Cette absence de restriction sensible ne s'applique plus lorsque l'accord contient l'une quelconque des restrictions caractérisées figurant au point 11 de la Communication de minimis (qui correspondent à celles énumérées dans le règlement d'exemption). Les Lignes directrices sur les restrictions verticales expliquent que: „En ce qui concerne les restrictions caractérisées décrites dans la communication „de minimis“, l'article 81, paragraphe 1, peut s'appliquer au dessous du seuil de 10 % [recte 15 % dans la nouvelle communication de minimis] à condition qu'il y ait un effet sensible sur le commerce entre les Etats membres et sur la concurrence. A cet égard, il convient de se référer à la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance“.<sup>34</sup> Il en découle que la présence d'une restriction caractérisée dans un accord vertical où la part de marché est inférieure à 15 % ne permet pas de conclure automatiquement à une restriction sensible, mais qu'un tel effet sensible doit être démontré.<sup>35</sup>

73. Toutefois, la présence d'une restriction caractérisée dans un accord de distribution entraîne non seulement l'exclusion de l'intégralité de l'accord vertical du champ d'application dudit règlement, mais rend aussi improbable l'exemption individuelle des accords verticaux qui les

contiendraient.<sup>36</sup> La présence d'une restriction hardcore rend de facto très difficile la preuve d'une justification au cas par cas basée sur l'article 81, paragraphe 3 CE<sup>37</sup>, comme le confirme la casuistique de la Commission

<sup>26</sup> CJCE, aff. 5/69, *Völk/Vervaecke*, du 9 juillet 1969, Rec. 1969 p. 295, point 7: „que, dès lors, un accord échappe à la prohibition de l'article 85 [nouvelle numérotation: 81] lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause; qu'il est donc possible qu'un accord d'exclusivité même avec protection territoriale absolue, compte tenu de la faible position des intéressés sur le marché des produits en cause dans la zone faisant l'objet de la protection absolue, échappe à l'interdiction prévue à l'article 85, paragraphe 1“. Cette condition est reprise depuis de manière constante dans le droit européen de la concurrence et la pratique des autorités européennes de concurrence; voir notamment point 1 i.f. de la Communication de minimis (JO 2001 C 368/7): „La Cour de Justice des Communautés européennes a établi que cette disposition n'était pas applicable aussi longtemps que l'incidence de l'accord sur les échanges intracommunautaires ou sur la concurrence n'était pas sensible“; voir également la doctrine et la jurisprudence citée, notamment WHISH R., *Competition Law*, 6e éd., Oxford University Press 2009, p. 137-138.

<sup>27</sup> Cf. Règlement (CE) n° 2790/1999, cité dans la note 16.

<sup>28</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, 17.

<sup>29</sup> Points 4, 5 et 8 du préambule au Règlement (CE) 2790/1999.

<sup>30</sup> Chiffre 62 des Lignes directrices sur les restrictions verticales, figurant sous le titre „5. Absence de présomption d'illicéité pour les accords n'entrant pas dans le champ d'application du règlement d'exemption par catégorie“.

<sup>31</sup> Chiffre 46 des Lignes directrices sur les restrictions verticales.

<sup>32</sup> Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'art. 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (Communication de *minimis*), JO 2001 C 368 p. 13.

<sup>33</sup> Cf. art. 7 let. a Communication de *minimis*.

<sup>34</sup> Chiffre 10 des Lignes directrices sur les restrictions verticales, qui renvoie en note de bas de page notamment à l'aff. C-306/96, *Javico/Yves Saint Laurent Parfums*, du 28 avril 1998, Rec. 1998 p. I-1983, où la CJCE indique au point 17 que: „Ainsi, même un accord contenant une protection territoriale absolue échappe à la prohibition de l'article 85 du traité [devenu 81], lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause“.

<sup>35</sup> WHISH R. (cité dans la note 26), p. 140-141.

<sup>36</sup> Décision de la Commission européenne du 16.07.2003, COMP/37.975 - PO/YAMAHA ; cf. également VOGEL L., *Droit européen de la concurrence*, Tome 1, Domaine d'application, Ententes, Ed. Lawlex, Paris 2006, p. 305 ss et VAN BAEL & BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 4ème éd., La Haye 2005, p. 226 ss.

<sup>37</sup> WHISH, cité dans la note 26, p. 652: „Recital 10 of the Regulation states that vertical agreements containing certain types of severely anti-competitive restrictions such as minimum and fixed resale prices, as well as certain types of territorial protection, should be excluded from the benefit of the block exemption. Even hard-core restrictions might, as a matter of law, fall outside Article 81(1) where they could not have an appreciable effect on competition or on interstate trade. However the Commission's Notice on Agreements of Minor Importance provides that, even below the 15 per cent threshold, it cannot be ruled out that vertical agreements that have as their object or effect to fix resale prices or to confer territorial protection on the undertakings or third undertakings might infringe Article 81(1): the point is repeated in paragraph 10 of the Vertical Guidelines“.

européenne et de la Cour de justice qui interdisent le plus souvent de tels accords. Cette solution est en outre justifiée du fait que ces accords sur les prix ne sont pas le moyen le moins dommageable permettant de renforcer l'efficacité d'un système de distribution.<sup>38</sup>

74. Le droit européen et la pratique des instances européennes considèrent dès lors le plus souvent comme particulièrement néfastes les restrictions dites caractérisées. Une justification de cas en cas de ces restrictions, selon l'art. 81 al. 3, est difficile et n'a en fait jamais été accordée par la Commission européenne, pour les accords fixant un prix de revente, depuis l'entrée en vigueur du Règlement 1/2003<sup>39</sup>, mais elle n'est pas exclue. La jurisprudence européenne considère que le système des prix de revente imposés ne laisse pas aux revendeurs la possibilité de fixer eux-mêmes leurs prix en fonction de leur coûts et de leur politique commerciale. Le jeu de la libre formation des prix et la faculté de répercuter sur les acheteurs les avantages qui en résulteraient éventuellement se trouvent ainsi entravés ou, du moins, notablement réduits.<sup>40</sup>

75. L'art. 5 al. 4 LCart et la ComVert 2007 doivent être compris dans le même sens. La ComVert est basée sur l'article 6 LCart, qui permet à la Comco d'adopter des communications précisant à quelles conditions des accords sont „en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique“. C'est ce que fait la ComVert 2007 en établissant au ch. 15 §2 que les accords qui ne contiennent aucune des restrictions du chiffre 12 sont „réputés justifiés sans examen au cas par cas“. Les restrictions verticales visées à l'art. 5 al. 4 LCart ont été considérées par le législateur comme particulièrement nuisibles pour une concurrence efficace. Elles remplissent l'élément qualitatif de notabilité de par leur nature déjà, telles qu'elles découlent de l'accord visant la restriction de la concurrence et de la volonté des parties. En revanche, l'élément quantitatif de notabilité n'est pas atteint lorsque les restrictions ne déploient que des effets s'avérant non significatifs sur le marché dans un cas donné, voire même pas d'effets du tout, et ne sont pas susceptibles non plus d'entraîner de tels effets. Pour ce type d'accords les seuils figurant au ch. 13 ComVert 2007 et dans la Communication PME<sup>41</sup> peuvent ne pas être atteints.

76. Dans la présente affaire qui fait l'objet de l'accord amiable conclu entre les parties et le Secrétariat, le facteur concurrentiel touché est le prix. On a affaire à un système de distribution avec des prix de revente au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. Un tel système de distribution peut poser des problèmes de droit de la concurrence, notamment lorsque la concurrence inter-marques n'exerce pas un effet de discipline suffisant sur le comportement des opérateurs. Tel est le cas, par exemple, lorsque le prix de revente minimal est imposé par des entreprises disposant d'une forte position à l'échelon de la production ou à l'échelon de la distribution.<sup>42</sup> Tel est aussi le cas lorsque les prix de revente minimaux sont mis en place sur instigation des détaillants.<sup>43</sup>

77. En l'occurrence, l'accord du 15 septembre 2006 a affecté notablement la concurrence dans la mesure où, comme il a été mentionné plus haut, Felco estime sa part de marché à [75-85 %] pour les cisail-

les/sécateurs/scies pour professionnels et à [20-30 %] pour amateurs. L'entreprise Landi, quant à elle, écoule [40-60 %] des produits Felco vendus en Suisse. Felco est intervenue auprès de son plus important distributeur afin de régler le prix de ses produits sur l'ensemble du territoire suisse. L'augmentation des prix chez Landi a eu pour conséquence une baisse des ventes par ce distributeur, respectivement une augmentation auprès de ses concurrents. Il y a eu donc un déplacement du produit d'un canal de distribution moins cher vers un plus cher. De plus, l'accord fixant un prix de revente a été adopté à la suite des demandes formulées par les autres détaillants qui souffraient de la politique de prix bas pratiquée par Landi. Par conséquent, ses effets sur le marché se rapprochent de ceux d'un accord horizontal sur les prix entre les distributeurs des cisailles Felco.

### B.3.4 Aucune justification pour des motifs d'efficacité économique

78. Un accord affectant notablement la concurrence est licite s'il peut être justifié par des motifs d'efficacité économique selon l'art. 5 al. 2 LCart, en relation avec le ch. 15 par. 4 ComVert 2007. Pour ce faire, l'accord doit cumulativement remplir 3 conditions : la première est une obligation de résultat. La deuxième a trait à la nécessité de l'accord. La troisième est liée à la suppression potentielle de la concurrence efficace.<sup>44</sup>

79. Aucun des motifs d'efficacité économique exhaustivement énumérés à l'art. 5 al. 2 LCart n'a été directement évoqué par les parties. Parmi les justifications mentionnées au ch. 15 par. 4 ComVert 2007 liées à l'amélioration de la distribution, deux sont généralement

<sup>38</sup> MONTI G., *EC Competition Law*, Cambridge University Press 2007, p. 360, "The black list mostly prohibits various types of market segmentation (...). It also prohibits resale price maintenance (RPM) and clauses that restrict the sale of spare parts to repairers or other service providers. The exclusion of RPM can be disputed on the basis that, according to economists, it is just one method of creating incentives for the distributor to market goods aggressively. However, the view might legitimately be taken that there are other, less intrusive ways of obtaining the distributor's commitment to engage in active marketing of the products (e.g. exclusive distributorships, express contractual commitments); accordingly RPM is black-listed because it is not the least restrictive way to achieve distributional efficiencies."

<sup>39</sup> Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

<sup>40</sup> Cf. Arrêt de la Commission des communautés européennes – 77-66 – 22 décembre 1976 *Gerofabriek* JO 1977 n° L 165. Cf. aussi Vogel (cité dans la note 47), p. 741 sv., pour lequel „L'influence exercée par un fabricant sur la politique commerciale de ses revendeurs, qui est tolérée lorsqu'elle s'insère dans le fonctionnement normal d'un réseau de distribution (franchise, distribution sélective, distribution exclusive, approvisionnement exclusif), ne va pas jusqu'à permettre l'imposition d'un prix fixe plancher.“

<sup>41</sup> Communication du 19 décembre 2005 relative aux accords dont l'impact sur le marché est restreint (Communication PME).

<sup>42</sup> MOTTA cité dans la note 19, p. 377.

<sup>43</sup> MARVEL & MCCAFFERTY, *The Welfare Effects of Resale Price Maintenance*, 28 *J. Law & Econ.*, 1985 p. 363, 373.

<sup>44</sup> ATF 129 II 18 ss, cons. 10.4 ; pour un aperçu SCHALLER O., cité dans la note 21, p. 311 ss, ch. 835 ss.

considérées comme importantes<sup>45</sup> lorsqu'il s'agit d'expliquer la conclusion d'accords verticaux sur les prix de revente : l'entrée sur le marché de nouveaux produits (let. a) et la lutte contre le parasitisme (free riding; let. d). Ceux-ci ne trouvent toutefois pas application dans le cas d'espèce. D'une part, il n'était pas obligatoire de protéger dans le temps les investissements nécessaires à l'introduction d'un nouveau produit sur le marché dans la mesure où les produits Felco sont distribués sur tout le territoire suisse depuis longtemps. D'autre part, les risques de parasitisme ne sont pas plausibles car il n'est pas possible d'affirmer qu'il existe une telle différence dans les conseils prodigués aux clients pour les séca-teurs par les magasins Landi et leurs autres distributeurs qu'elle induirait un comportement parasitaire. Dans tous les cas, la condition de nécessité prévue à l'art. 5 al. 2 LCart ne saurait être remplie.<sup>46</sup> En effet, les plaintes émises par les distributeurs concurrents de Landi au sujet de sa politique de prix avantageuse qui sont à l'origine de l'accord en cause ne peuvent être prises en compte au titre de motifs d'efficacité économique en raison de la relation disproportionnée avec le moyen employé, soit une fixation de prix de revente.

### B.3.5 Résultat

80. L'accord sur les prix de revente intervenu le 15 septembre 2006 entre Felco et Landi affecte notablement la concurrence sans être justifié par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 1 LCart).

## B.4 Accords amiables

### B.4.1 Accord amiable avec Felco

81. Le 28 octobre 2008, Felco a signé avec le Secrétariat l'accord amiable suivant:

#### „I. Remarques préalables

1. Le présent accord amiable au sens de l'art. 29 de la Loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart ; RS 251) a pour but de simplifier, de raccourcir et de mettre un terme formel à la procédure 22-0367, sous réserve de son approbation par la Commission de la concurrence (Comco).

2. La volonté et la disponibilité de FELCO SA de conclure le présent accord sont considérés par le Secrétariat comme un comportement coopératif. Cette coopération, déjà exprimée par la demande du programme de clémence de FELCO SA, sera dûment prise en compte lors de l'établissement de la sanction. Compte tenu des circonstances actuelles du cas, le Secrétariat entend soumettre à la Comco une proposition de sanction située entre [CHF 40'000.-- et 70'000.--]. Le montant définitif de l'amende sera fixé par la Comco et sera intégré dans la décision formelle qu'elle rendra et qui mettra un terme à la procédure.

3. Si cet accord amiable ne devait pas trouver l'agrément de la Comco, l'enquête sera alors poursuivie jusqu'à son terme selon la procédure ordinaire et, en cas de constatation d'un comportement illicite, la sanction sera alors fixée par la Comco en application de la LCart et de l'Ordonnance sur les sanctions LCart (OS LCart ; RS 251.5).

4. Pour autant que l'accord amiable soit accepté par la Comco, FELCO SA renonce à recourir contre la décision qui sera rendue et qui intégrera ledit accord amiable. Les frais de la procédure 22-0367 seront également à la charge de FELCO SA.

#### II. Accord amiable

1. FELCO SA s'engage à ne plus conclure d'accords qui imposent un prix fixe ou minimum de revente pour ses produits et à laisser ses revendeurs en déterminer librement les prix, conformément à l'art. 5 al. 4 LCart et aux dispositions de la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 2 juillet 2007 ;

2. Une révocation ou une modification de cet accord amiable est réservée, conformément à l'art. 30 al. 3 LCart. “

### B.4.2 Accord amiable avec Landi

82. Le 28 novembre 2008, Landi a signé avec le Secrétariat l'accord amiable suivant:

#### „I. Vorbemerkungen

1. Die vorliegende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 des Bundesgesetzes über Kartelle und Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) hat den Zweck das Verfahren 22-0367 zu vereinfachen, zu verkürzen und - unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (Weko) - zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.

2. Der Wille und die Bereitschaft der Landi Schweiz AG zum Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung wird vom Sekretariat als kooperatives Verhalten berücksichtigt. Der Kooperation ist im Rahmen der Sanktionsbemessung Rechnung zu tragen. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage des Falles beabsichtigt das Sekretariat, der Weko eine Sanktion zwischen [CHF 1'000.-- und CHF 10'000.--] zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der Weko. Sie erfolgt endgültig mit der verfahrensabschließenden Verfügung.

3. Sollte diese einvernehmliche Regelung von der Weko nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt und bei Vorliegen eines unzulässigen Verhaltens eine Sanktion gestützt auf das Kartellgesetz sowie auf die Verordnung über die Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5) durch die Weko festgelegt.

4. Ein Widerruf oder eine Änderung dieser einvernehmlichen Regelung gestützt auf Art. 30 Abs. 3 KG bleibt vorbehalten.

<sup>45</sup> Cf. DPC 2005/3, p. 269 ss. Cf. en outre Supreme Court Of The United States, No. 06-640, Leegin Creative Leather Products, Inc. v. Psks, Inc., Opinion of the Court, June 28, 2007, p. 11-12 et PEEPER-KORN L., Resale price maintenance and its alleged efficiencies, in European Competition Journal, Juin 2008, p. 201 ss.

<sup>46</sup> Cf. Monti, cité dans la note 38, p. 360.

5. Die Landi Schweiz AG hält hinsichtlich des relevanten Sachverhaltes und der rechtlichen Würdigung an ihren bisherigen Ausführungen fest, verzichtet aber im Falle einer Genehmigung dieser einvernehmlichen Regelung durch die Weko und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss Ziffer 2 auf die Ergriffung eines Rechtsmittels.

6. Die Gebühren für das Verfahren 22-0367 gehen anteilmässig zu Lasten der Landi Schweiz AG.

## II. Vereinbarung

Die Landi Schweiz AG verpflichtet sich, mit ihren Lieferanten keine Vereinbarungen zu treffen, welche einen Fixpreis oder ein Minimum des Wiederverkaufspreises gemäss Art. 5 Abs. 4 KG und der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 2. Juli 2007 für ihre Produkte vorschreiben.“

83. Les deux accords amiables susmentionnés sont approuvés par la Commission de la concurrence.

## B.5 Sanction

### B.5.1 Généralités

84. L'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 4 LCart est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart). Si l'entreprise coopère à la mise au jour et à la suppression de la restriction à la concurrence, il est possible de renoncer, en tout ou en partie, à une sanction (art. 49a al. 2 LCart).

85. Certains auteurs ont mis en doute la sanctionnabilité directe des accords relevant de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart dont l'illicéité ne découle pas directement de la suppression de la concurrence, mais repose, après le renversement de la présomption, sur une affectation notable de la concurrence qui ne peut être justifiée par des motifs d'efficacité économique. D'autres estiment au contraire que la sanctionnabilité directe des accords illicites tient aux types d'accords décrits à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart et non au degré d'atteinte à la concurrence.<sup>47</sup>

86. A ce sujet, il y a lieu de rappeler que les accords visés par l'art. 49a LCart sont ceux dont les effets sont les plus dommageables pour les consommateurs, les entreprises et l'économie en général. C'est pourquoi, la LCart présume qu'ils suppriment la concurrence efficace. Deux conditions doivent être réunies pour qu'un accord soit sanctionnable<sup>48</sup>: l'accord doit (1) être un de ceux qui sont décrits à l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart et (2) être illicite. L'art. 49a al. 1 LCart ne précise pas que l'illicéité découle du degré d'atteinte (suppression/affectation) à la concurrence. Par conséquent, la sanctionnabilité est donnée indépendamment du fait que l'accord supprime la concurrence ou l'affecte „seulement“ de façon notable sans être justifié par des motifs d'efficacité économique.<sup>49</sup>

87. Le Message du Conseil fédéral relatif à la révision de la LCart confirme cette interprétation. Il précise que sont exclus du champ d'application des sanctions directes les accords selon l'art. 5 al. 1 LCart qui „n'ont pas pour objet un accord portant sur les prix, les quantités ou la répartition géographique, ni aux accords portant

sur les prix, les quantités ou la répartition géographique qui ne nuisent pas considérablement à la concurrence efficace ou ne l'éliminent pas, ou qui se justifient par des motifs d'efficacité économique“.<sup>50</sup> La volonté du législateur est claire: les accords portant sur les prix, les quantités ou la répartition de marchés, qui affectent la concurrence de façon notable et ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, doivent être soumis aux sanctions directes.

88. Le fait que le Message du Conseil fédéral passe sous silence les accords relevant de l'art. 5 al. 4 LCart tient au fait que cette disposition a été ajoutée lors des débats parlementaires. Par conséquent, ce qui a été dit pour l'art. 5 al. 3 LCart vaut certainement pour l'art. 5 al. 4 LCart. Cette vision de la sanctionnabilité est compréhensible dans la mesure où une application plus restrictive de l'art. 49a al. 1 LCart ne permettrait pas d'atteindre un des objectifs principaux de l'introduction des sanctions directes, à savoir l'amélioration de l'effet préventif de la loi, insuffisant jusque là.<sup>51</sup> Toute autre interprétation restreindrait l'application de l'art. 49a al. 1 LCart aux rares accords qui suppriment la concurrence efficace, ce qui réduirait l'effet préventif des sanctions directes à sa portion congrue.<sup>52</sup> Sans parler qu'une telle interprétation serait difficilement transposable aux cas d'abus de position dominante<sup>53</sup> dans la mesure où l'art. 7 LCart ne fait pas de distinction entre les abus qui suppriment la concurrence efficace de ceux qui l'affectent notablement.

89. Il en ressort que l'art. 49a al. 1 LCart est aussi applicable aux accords prévus à l'art. 5 al. 4 LCart pour lesquels la présomption a été renversée mais qui affectent tout de même la concurrence efficace de façon notable sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique. C'est pourquoi, dans le cas d'espèce, l'accord vertical conclu par Felco et Landi le 15 septembre 2006 est sanctionnable en vertu de l'art. 49a al. 1 LCart.

### B.5.2 Programme de clémence

90. Dans le cas d'espèce, Felco a demandé à pouvoir bénéficier du programme de clémence en dénonçant en premier l'accord du 15 septembre 2006 et à être ainsi libérée de toutes sanctions (cf. art. 49a al. 2 LCart et 8 de l'Ordonnance sur les sanctions LCart, OS LCart ; RS 251.5). Landi n'a, quant à elle, pas demandé à bénéficier du bonus. Dès lors, il s'agit d'examiner si Felco peut bénéficier du programme de clémence et si oui, dans quelle mesure.

<sup>47</sup> Pour un aperçu complet de cette question, voir TAGMANN C., Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zurich/Bâle/Genève 2007, p. 35 ss, resp. p. 52.

<sup>48</sup> ZÄCH, cité dans la note 15, p. 34.

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1911 ss, p. 1925.

<sup>51</sup> Ibid., p. 1922 ss, surtout p. 1925.

<sup>52</sup> TAGMANN, cité dans la note 47, p. 36; pour plus d'informations, cf. ZÄCH (cité dans note 15), p. 33 ss.

<sup>53</sup> L'abus de position dominante est aussi directement sanctionnable selon l'art. 49a al. 1 LCart.

91. Il doit être admis que Felco est à l'origine de l'accord litigieux car cette entreprise, voulant à la fois conserver [...] et ménager le reste de son réseau de distribution, a fait pression pour que Landi augmente les prix de vente des modèles figurant dans la gamme PBP, avec pour résultat final une augmentation importante du prix du modèle Felco 6. Il ressort clairement du dossier que Landi n'avait pas l'intention d'augmenter ses prix, mais qu'elle a, en définitive, dû accepter afin de pouvoir conserver d'autres produits dans la gamme des PBP. En ce sens, et bien que l'on soit en présence d'un contrat bilatéral, on peut considérer que Felco est l'actrice principale de la pratique anticoncurrentielle et ne saurait pour ce motif être libérée totalement des sanctions (art. 8 al. 2 let. a OS LCart). Elle remplit toutefois les conditions mises à une réduction partielle de la sanction (art. 12 ss OS LCart), du fait qu'elle a spontanément participé à la procédure en étant à son origine et qu'elle a cessé la pratique anticoncurrentielle, en avertissant Landi que les clauses litigieuses de l'accord du 15 septembre 2006 étaient caduques.

### B.5.3 Imputabilité

92. Selon le Message du Conseil fédéral, la sanction administrative est particulière, en ce sens que, „contrairement à la sanction pénale, elle ne présuppose pas de faute, c.-à-d. qu'elle peut être prononcée sans preuve qu'une personne physique se soit rendue coupable d'un comportement enfreignant le droit pénal. Ce n'est qu'à cette condition qu'une entreprise peut être sanctionnée. En effet, d'après la doctrine dominante, les entreprises, en tant que personnes morales, ne peuvent pas commettre de délits parce qu'on ne peut (pénalement) leur attribuer de responsabilité juridique subjective. Les aspects subjectifs qui sont importants dans l'optique de la culpabilité pénale (en particulier l'aspect répréhensible, le manque de scrupules, etc.) et qui sont en premier lieu liés à la personnalité du délinquant ne peuvent donc pas être pris en compte. D'autres éléments subjectifs sont en revanche pris en compte (p.ex. le rôle que le membre d'un cartel a joué au sein de ce cartel, sa propension à collaborer, la récidive, etc.) lors de l'évaluation de la gravité de l'infraction et se joignent ainsi aux critères objectifs dans l'appréciation de la sanction.“<sup>54</sup>

93. La Comco a d'abord affirmé que la preuve de la faute n'était pas une condition pour prononcer des sanctions administratives selon les art. 50 ss LCart.<sup>55</sup> Elle se base dans sa pratique actuelle sur la jurisprudence de l'ancienne Commission de recours pour les questions de concurrence (REKO/WEF), selon laquelle une sanction ne peut se fonder uniquement sur des motifs objectifs, mais doit aussi tenir compte des aspects subjectifs.<sup>56</sup> L'imputabilité intervient dans ce cadre-là, lorsque l'auteur se comporte intentionnellement ou omet d'agir, alors qu'on aurait pu l'attendre d'une personne sensée disposant des connaissances spécialisées nécessaires. En ce sens, un comportement négligeant doit au moins exister. Dans le cas d'espèce, cela signifie que la conclusion de l'accord en cause et donc la violation de l'art. 49a LCart doit pouvoir être reprochée à l'entreprise à titre de violation de son devoir de diligence.<sup>57</sup>

94. Selon la doctrine relative à l'art. 102 du Code pénal suisse (CP ; RS 311.0), une entreprise est déjà punis-

sable pour des défauts d'organisation, même si on ne peut imputer l'acte illicite à une personne déterminée<sup>58</sup>. Un défaut objectif de diligence peut dans une certaine mesure remplacer, pour une personne morale, les conditions subjectives de punissabilité qui sont difficiles à démontrer. A cet égard, la question de l'application de l'art. 6 CEDH<sup>59</sup> peut rester ouverte.<sup>60</sup>

95. Le Tribunal administratif fédéral a récemment constaté que l'analyse de „l'imputabilité subjective“ faite par la Comco n'était pas sujette à critique.<sup>61</sup>

96. Dans le cas d'espèce, Felco et Landi se sont sciemment entendues sur le prix de vente de plusieurs produits en concluant leur accord du 15 septembre 2006 dont elles savaient qu'il aurait un effet sur la concurrence en Suisse. A tout le moins, elles pouvaient facilement le supposer, en se fondant sur leur connaissance du marché, en particulier sur l'importance que représente, en termes de parts de marchés, le réseau de distribution des magasins Landi pour les produits Felco vendus en Suisse.<sup>62</sup> C'est pourquoi, l'illicéité de l'accord litigieux peut être imputée aux deux entreprises.

### B.5.4 Calcul de la sanction

97. En cas de violation de l'art. 49a al. 1 LCart, l'entreprise concernée est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites, et le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant. Le chiffre d'affaires de l'entreprise au sens de l'art. 49a al. 1 LCart est calculé, *mutatis mutandis*, selon les critères de calcul du chiffre d'affaires lors des concentrations d'entreprises, applicables par analogie (art. 4 et 5 de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises; OCCE, RS 251.4).

98. Pour le calcul concret de la sanction, l'OS LCart se fonde tout d'abord sur un montant de base pouvant aller, selon la gravité et le type de l'infraction, jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise en question sur les marchés pertinents au cours des trois derniers exercices (art. 3 OS LCart). Ce montant est ensuite augmenté en fonction de la durée de la pratique anticoncurrentielle (art. 4 OS LCart). Cette augmentation

<sup>54</sup> Message cité dans la note 50, pt 2.1.1.

<sup>55</sup> DPC 2006/1, p. 169, ch. 197 ss.

<sup>56</sup> REKO/WEF, DPC 2002/2, p. 393 ss et p. 398 ss; DPC 2008/3, p. 407, ch. 223 ss; DPC 2007/2, p. 233, ch. 307 ss; DPC 2007/2, p. 298, ch. 393 ss; DPC 2002/3 p. 533 ss., ch. 47 ss.

<sup>57</sup> Dans ce sens, BORER J., Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2ème éd., Zurich 2005, art. 50 N 7 en relation avec l'art. 49a N 10 ss et réf.

<sup>58</sup> Ibid.

<sup>59</sup> Convention européenne des droits de l'Homme du 4 novembre 1950 (CEDH ; RS 0.101).

<sup>60</sup> REKO/WEF, DPC 2002/2, p. 393 ss cons. 3; aussi ZURKINDEN P./TRÜEB H. R., Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, Zurich 2004, Art. 50 N 5; Zurkinder P., Sanktionen, in SIWR V/2, Bâle 2000, p. 515 ss, 526, 520; HOFFET F. / NEFF K., Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung, Anwaltspraxis 2004/4, 129 ss. et réf.

<sup>61</sup> ATAF, DPC 2007/4, p. 672, cons. 4.2.6.

<sup>62</sup> Entretiens du 12 décembre 2007 et du 18 mars 2008.

peut atteindre 50 %, pour une pratique d'une durée de 1 à 5 ans et ensuite, une augmentation complémentaire de 10 % par année supplémentaire est possible. Enfin, les circonstances aggravantes (art. 5 OS LCart) et atténuantes (art. 6 OS LCart) doivent aussi être observées, bien que l'OS LCart ne précise pas dans quelle mesure le montant de base doit être modifié en pareilles circonstances.

99. Il ressort clairement de ce calcul en trois étapes que la Comco dispose d'un pouvoir d'appréciation tant dans la fixation du montant de base que dans l'observation de circonstances aggravantes ou atténuantes. Pour le montant de base, ce pouvoir d'appréciation réside dans la marge de 0 à 10 %. Cela signifie que, dans un cas de peu de gravité, la Comco peut prononcer une sanction ayant un caractère plutôt symbolique.<sup>63</sup> En pareilles circonstances, le montant découle d'une réflexion qui permet de fixer le niveau adéquat de la sanction en tenant compte du principe de la proportionnalité.<sup>64</sup> Afin de ne pas violer le principe de l'égalité de traitement, il convient de déterminer les éléments justifiant le choix d'une telle façon de procéder.

100. Dans le cas d'espèce, Felco a réalisé, de 2005 à 2007, un chiffre d'affaires de CHF [...] sur les produits figurant à l'accord du 15 septembre 2006, alors que Landi a réalisé, au cours de la même période, un chiffre d'affaires de [...] sur ces mêmes produits. La procédure d'enquête n'a toutefois pas démontré que les parties avaient pu réaliser, grâce à l'accord en question, un profit particulier qui accentuerait la gravité de l'infraction (art. 3 OS LCart). Cela tient aussi au fait que la pratique anticoncurrentielle a duré moins d'une année (art. 4 OS LCart).

101. Quant aux circonstances, relevons que Felco peut être considérée comme actrice principale de l'infraction (art. 5 al. 2 let. a OS LCart). Ce comportement ne lui permet pas de bénéficier de la réduction totale de l'amende (cf. ch. 91), tel que le prévoit le programme de clémence dont elle a demandé à pouvoir bénéficier (art. 49a al. 2 LCart). En revanche, elle peut bénéficier d'une réduction partielle, la coopération pleine et entière dont Felco a fait preuve durant toute la procédure pouvant être mise à son compte en tant que circonstance atténuante (art. 6 OS LCart). Quant à Landi, cette entreprise a régulièrement signifié à Felco son refus d'augmenter ses prix. Cette attitude ainsi que sa coopération durant la procédure plaident en faveur d'une diminution encore plus importante de l'amende à son égard.

102. Enfin, les deux entreprises ont décidé de s'engager vis-à-vis des autorités de la concurrence à ne plus conclure à l'avenir d'accords illicites fixant des prix de revente. Un tel engagement, formalisé par un accord amiable signé avec le Secrétariat, a permis non seulement de trouver une solution pour le futur, mais aussi de simplifier et de raccourcir la durée de la procédure. Un tel comportement est considéré comme coopératif (art. 6 OS LCart)<sup>65</sup>.

103. Par conséquent, en tenant compte de ces considérations et de l'ensemble des circonstances, la Comco prononce une sanction de CHF 50'000.-- à l'encontre de Felco et de CHF 5'000.-- à l'encontre de Landi.

## C FRAIS

104. Conformément à l'art. 2 al. 1 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart (Oemol LCart ; RS 251.2), est notamment tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative.

105. Dans les procédures d'enquête, les parties concernées doivent verser des émoluments lorsqu'il existe une restriction illicite à la concurrence ou si elles acceptent de se soumettre à la loi. Les parties sont également réputées se soumettre à la loi lorsqu'une ou plusieurs entreprises contre lesquelles une procédure a été ouverte en raison de leur comportement potentiellement restrictif de la concurrence abandonnent le comportement en question et que la procédure est clôturée sans suite.<sup>66</sup> Dans le cas présent, les destinataires de la décision sont donc tenus de s'acquitter d'un émolument.

106. En revanche, sont exemptés de l'obligation de payer des émoluments les entreprises qui ont occasionné une enquête, lorsque les indices présents au départ ne se confirment pas et qu'en conséquence la procédure est clôturée sans suite.<sup>67</sup>

107. En vertu de l'art. 4 al. 1 et 2 Oemol LCart, l'émolument se calcule en fonction du temps consacré à l'affaire; il varie de CHF 100 à 400.-- l'heure. Le montant est fixé notamment en fonction de l'urgence de l'affaire et de la classe de salaire de l'employé qui effectue la prestation (art. 4 al. 3 Oemol LCart). Les frais de port, de téléphone et de copie sont compris dans l'émolument forfaitaire (art. 4 al. 4 Oemol LCart).

108. Selon la position du collaborateur en charge du cas, un émolument de CHF 120.-/200.-/250.- par heure de travail se justifie. Le temps consacré à l'affaire se montant à [...] heures, l'émolument dû est donc de CHF[...].

109. En présence d'une restriction verticale, les émoluments peuvent être répartis entre les parties selon une clé de répartition qui tient compte du principe de la proportionnalité s'il s'avère que l'une d'entre elles peut être considérée comme l'actrice principale de l'accord illicite.

110. Dans le cas d'espèce, une répartition 80-20 conduit à fixer des émoluments de CH [...] à charge de Felco et de CH [...] à charge de Landi. Les destinataires de la décision répondent toutefois solidairement du paiement de l'émolument (art. 1a Oemol LCart en relation avec art. 2 al. 2 Oemol LCart).

<sup>63</sup> Message (cité dans note 50), pt 1.2.4.

<sup>64</sup> DPC 2008/3, p. 409, ch. 236 s.

<sup>65</sup> DPC 2006/4, p. 665, conc. cc.2 ; DPC 2008/3, p. 409, ch. 244.

<sup>66</sup> DPC 2002/3, p. 546 ss, ch. 6.1 ; art. 3 al. 2 Bst. b et c Oemol LCart a contrario.

<sup>67</sup> Ibid.

**D DISPOSITIF**

La Commission de la concurrence, se fondant sur les faits dont elle a eu connaissance et les développements qui précèdent:

1. constate que l'accord du 15 septembre 2006 conclu entre Felco et Landi est un accord en matière de concurrence illicite au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart.
2. approuve l'accord amiable du 28 octobre 2008 avec Felco et celui du 24 novembre 2008 avec Landi dans leur texte intégral.
3. Une violation des accords amiables peut être sanctionnée selon les art. 50 et 54 LCart.
4. L'entreprise Felco SA est astreinte, sur la base de l'art. 49a al. 1 LCart, au paiement d'une amende de CHF 50'000.-- pour le comportement illicite mentionné sous le ch.1.
5. L'entreprise Landi Schweiz AG est astreinte, sur la base de l'art. 49a al. 1 LCart, au paiement d'une amende de CHF 5'000.-- pour le comportement illicite mentionné sous le ch. 1.
6. [Frais de procédure]
7. [Voies de droit]
8. [Notification]

B 2	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse</b> Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	<b>1. Hewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation</b>

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

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

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

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 28. Juli 2008*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 28. Juli 2008*

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission beantragt beim Zusammenschlussvorhaben Hewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation auf eine Prüfung zu verzichten.

Der Antrag begründet sich wie folgt:

## **A SACHVERHALT**

1. Am 26. Juni 2008 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen Hewlett-Packard Company (nachfolgend: HP) und Electronic Data Systems Corporation (nachfolgend: EDS) erhalten. Der Erwerb von EDS erfolgt mittels einer Fusion von Hawk Merger Corporation (nachfolgend: Hawk), einer zu 100 % von HP kontrollierten Tochtergesellschaft, mit EDS. Die hieraus hervorgehende EDS wird als eigenständige Tochtergesellschaft von HP am Markt auftreten.

2. HP ist eine an der New York Stock Exchange börsennotierte Gesellschaft mit Sitz in California/USA, die in mehr als 170 Ländern tätig ist. Mit einem weltweiten Umsatz von CHF 126'728 Mio. im Jahr 2007 gehört sie zu den führenden Technologieunternehmen mit einem breiten Angebot an Hardware, Dienstleistungen und Software, welche sie weltweit Konsumenten, Unternehmen und Behörden anbietet. Das Angebot umfasst Lösungen für die IT-Infrastruktur, globale IT-Dienstleistungen, Computer für den privaten und geschäftlichen Einsatz sowie Systeme für Druck und Bildbearbeitung.

3. EDS ist eine an der New York Stock Exchange und an der London Stock Exchange börsennotierte Gesellschaft mit Sitz in Texas/USA. Mit einem weltweiten Umsatz von CHF 26'559 Mio. ist EDS einer der weltweit führenden Technologie-Dienstleister im Bereich der "Business Solutions". EDS bietet weltweit eine Palette von Outsourcing-Dienstleistungen im Bereich der Informationstechnologie und Geschäftsprozesse. Die Kunden kommen aus den Branchen Industrie, Finanzdienstleistungen, Gesundheitswesen, Telekommunikation, Energie, Transport, Konsumgüter und Handel sowie Regierungsorganisationen.

4. Am 13. Mai 2008 haben die Parteien ein „Agreement and Plan of Merger“ abgeschlossen. Gemäss dieser Vereinbarung werden Hawk und EDS fusionieren. Die hieraus hervorgehende EDS wird als eigenständige Tochtergesellschaft von HP am Markt auftreten. Durch den Zusammenschluss erwirbt HP die alleinige Kontrolle über EDS. EDS ist als gesamtes Unternehmen Kaufobjekt.

5. Mit dem Zusammenschluss bezweckt HP ihre Fähigkeiten als IT-Dienstleistungsanbieterin auszuweiten.

6. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde auch der Europäischen Kommission und in den Vereinigten Staaten gemeldet. Die europäische Wettbewerbsbehörde hat das Zusammenschlussvorhaben für unbedenklich erklärt und in den Vereinigten Staaten ist es infolge Fristablauf freigegeben. Die Meldung wurde ebenfalls in weiteren Ländern eingereicht.

## **B ERWÄGUNGEN**

### **B.1 Geltungsbereich**

7. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) 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**

8. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). HP und EDS sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

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

9. Als Unternehmenszusammenschluss gilt die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen sowie jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 KG).

10. Wie vorne erwähnt, haben die am Zusammenschluss beteiligten Parteien am 13. Mai 2008 ein „Agreement and Plan of Merger“ abgeschlossen. Die Vereinbarung sieht vor, dass die HP Tochtergesellschaft Hawk und EDS fusionieren. EDS wird durch diese Fusion eine vollumfänglich von HP kontrollierte Tochtergesellschaft werden.

11. Somit ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als Unternehmenszusammenschluss nach Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu qualifizieren.

## B.2 Vorbehaltene Vorschriften

12. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

## B.3 Meldepflicht

13. Nach Art. 9 Abs.1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss:

a. die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten; und

b. mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten.

14. HP erzielte im Geschäftsjahr 2006/2007 (1. November 2006 – 31. Oktober 2007) einen weltweiten Umsatz von CHF 126'728 Millionen und einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von CHF [...].

15. Im Geschäftsjahr 2007 erzielte EDS einen weltweiten Umsatz von CHF 26'559 Millionen und einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von CHF [...].

16. Daraus folgt, dass die beiden beteiligten Unternehmen im vergangenen Geschäftsjahr sowohl zusammen einen weltweiten Umsatz von mindestens CHF 2 Milliarden (siehe Tabelle 1), als auch je einzeln in der Schweiz einen Umsatz von je mindestens CHF 100 Millionen (siehe Tabelle 2) erzielt haben.

17. Damit sind die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

Tabelle 1: Gemeinsame Umsätze im Geschäftsjahr 2007 weltweit in CHF

Unternehmen	Umsatz in CHF (weltweit) (in Mio)
HP	126'728
EDS	26'559
<b>Total</b>	<b>153'287</b>

Tabelle 2: Gemeinsame Umsätze im Geschäftsjahr 2007 in der Schweiz in CHF

Unternehmen	Umsatz in CHF (Schweiz) (in Mio)
HP	[...]
EDS	[...]
<b>Total</b>	<b>[...]</b>

## B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

18. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

19. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

20. Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben können folgende Märkte unterschieden werden:

- IT- Services
- PCs
- Server
- Druckersysteme
- Storage Solutions
- Handheld Information Devices

21. Im Folgenden werden die sachlich relevanten Märkte beschrieben.

### B.4.1 Relevante Märkte

#### B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

22. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungs-

zwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

#### **B.4.1.1.1. Markt für IT-Services**

23. Der einzige Bereich, in dem beide am Zusammenschluss beteiligten Parteien tätig sind, betrifft die Erbringung von IT-Services.

24. IT-Services beinhalten die Planung, Lieferung und Implementierung von Hard- und Software sowie die Wartung von informations- bzw. kommunikationstechnischen Applikationen bis hin zur Unterstützung und Schulung ihrer Anwender (RPW 2002/2, S. 33, RPW 1998/2, S. 366).

25. Die Parteien gehen davon aus, dass ein separater sachlich relevanter Markt für IT-Services besteht, welcher sämtliche Dienstleistungen beinhaltet, die ein Kunde in diesem Zusammenhang nachfragen kann. Als Begründungen werden folgende Punkte aufgeführt: Erstens würde auf der Nachfrageseite für viele Kunden die Möglichkeit bestehen, ihre IT-Services von einem einzelnen Dienstleister zu beziehen. Zweitens seien die meisten (wenn auch nicht alle) der grössten Dienstleister im globalen IT-Services Markt in allen oder in einem erheblichen Teil der vom Industrie-Analysten Gartner bezeichneten sechs IT-Services Segmenten aktiv. Drittens würde auf der Anbieterseite ein hoher Grad an Substituierbarkeit der verschiedenen Kategorien im Bereich IT-Services bestehen. Eine Mehrheit der in den verschiedenen IT-Services Segmenten und Untersegmenten verwendeten Technologien, Betriebssysteme und Softwarepakete seien identisch. Zudem seien eine Mehrzahl der notwendigen Fähigkeiten und das Know-how für ein spezifisches Segment oder Untersegment ohne Problem auf praktisch alle anderen Segmente oder Untersegmente übertragbar.

26. Die Wettbewerbskommission (WEKO) hat bis anhin die Auffassung vertreten, dass sich eine Einteilung der IT-Dienstleistungen in verschiedene Märkte als schwierig erweisen würde, da sich die einzelnen Dienstleistungen teilweise überschneiden bzw. ineinander übergehen (RPW 2003/2, S. 300). Im Fall Swisscom/AGI IT Services (RPW 2001/4, S. 754) wurde zwischen „Hardware“ und „Software and Information Technology Services“ (SITS) unterschieden. Der SITS wurde weiter in verschiedene Teilmärkte gegliedert. Im Fall IBM/PwC Consulting (RPW 2002/4, S. 630 ff.) wurden die Teilmärkte in Anlehnung an die Praxis der EU und des „IT Services Market Definition Guide“ von Gartner wie folgt unterteilt:

- Hardware maintenance
- Software maintenance
- Business management services (outsourcing)
- Education and training
- Development and integration services
- IT management services
- Consulting (Business und IT-Consulting)

In Sachen Accenture AG/Systor AG (RPW 2003/2, S. 300 ff.) bezog sich die WEKO auf den vorgenannten Fall IBM/PwC Consulting und prüfte dieselben Teilmärkte.

27. Im Folgenden wird auf die Gliederung entsprechend IBM/PwC Consulting abgestellt. Die definitive Abgrenzung des Markts für IT-Services kann jedoch im vorliegenden Fall offen gelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben unabhängig von der jeweils angenommenen Marktabgrenzung unbedenklich ist.

#### **B.4.1.1.2. Markt für PCs**

28. Die Parteien gehen von einem sachlich relevanten Markt aus, der sowohl Desktops, Laptops, Thin clients, wie auch Workstations umfasst.

29. Die WEKO hat in der bisherigen Praxis separate Märkte für Workstations, Laptops und Desktop Computer abgegrenzt (RPW 1998/2, S. 365, RPW 2002/2, S. 298).

30. Auch im vorliegenden Fall wird, in Anlehnung an die bisherige Praxis der WEKO, die Unterteilung zwischen Workstations einerseits sowie Desktops und Laptops andererseits beibehalten.

#### **B.4.1.1.3. Markt für Server**

31. Nach Ansicht der Parteien ist ein sachlich relevanter Markt für sämtliche Server abzugrenzen. Als Begründung wird aufgeführt, dass keine scharfe preisliche Abgrenzung existieren würde und dass dasselbe Produkt während seiner Lebensdauer aufgrund sinkender Preise von einem Marktsegment in ein tieferes Segment wandern könne.

32. In ihrer bisherigen Praxis hat die WEKO separate Märkte nach Preisklassen für Entry-Level Server, Midrange Server und High-End Server abgegrenzt (RPW 1998/2 S. 364 ff., RPW 2002/ S. 299 ff.).

33. Auch im Folgenden wird an der bisherigen Praxis der WEKO festgehalten und separate Märkte für Server nach Preisklassen abgegrenzt.

34. Es ist jedoch nicht notwendig, eine definitive Markt-abgrenzung vorzunehmen, weil das Zusammenschlussvorhaben auch bei einer engeren Marktabgrenzung zu keiner Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

#### **B.4.1.1.4. Markt für Druckersysteme**

35. Nach Ansicht der Parteien besteht ein sachlich relevanter Markt für sämtliche Druckersysteme für Office, Home und Professional Printing, einschliesslich alle Laserdrucker, Tintenstrahldrucker, Drucker mit mehreren Funktionen (multifunktionale Drucker) sowie Drucker einzig mit Druckfunktion.

36. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis die Auffassung vertreten, dass eine Unterteilung des sachlich relevanten Marktes in den Markt für „Office, Home and Professional Printing“ und Markt für „Commercial and Industrial Printing“ angebracht ist (RPW 2002/2, S. 299).

37. Im vorliegenden Fall ist die definitive Marktabgrenzung für Druckersysteme jedoch nicht notwendig, weil auch bei einer engeren Marktabgrenzung das Zusammenschlussvorhaben zu keiner Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

#### B.4.1.1.5. Markt für Storage Solutions (Speichersysteme)

38. Die Parteien gehen im Sinne einer Arbeitshypothese von sachlich relevanten Märkten für Disk-Storage (Magnetdisks) Tape-Storage (Magnetbänder) und Optical-Storage Solutions (optische Datenträger) aus, was auch der Praxis der WEKO entspricht.

39. Die WEKO hat auch in Erwägung gezogen, den sachlich relevanten Markt für Disk-Storages weiter in Server Storage und Enterprise Storage zu unterteilen, hat aber dann die definitive Marktabgrenzung offen gelassen (RPW 2002/2, S. 302).

40. Ob eine weitere Unterteilung des relevanten Marktes für Disk-Storages zu erfolgen hat, kann auch im vorliegenden Fall offen gelassen werden, da auch bei einer engeren Marktabgrenzung das Zusammenschlussvorhaben zu keiner Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

#### B.4.1.1.6. Markt für Handheld Information Devices

41. Nach Ansicht der Parteien besteht ein sachlich relevanter Markt für sämtliche Handheld Information Devices.

42. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis die Unterteilung des sachlich relevanten Marktes in Personal Digital Assistants (PDA), Smart Phones und Features Phones in Erwägung gezogen aber die definitive Marktabgrenzung offen gelassen (RPW 2002/2, S. 304).

43. Auch im Folgenden ist es nicht notwendig eine definitive Marktabgrenzung zu treffen, da das Zusammenschlussvorhaben auch bei einer engeren Marktabgrenzung zu keiner Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

#### B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

#### B.4.1.2.1. Markt für PCs, Drucker, Server, Speichersysteme und Handheld Information Devices

45. Die Parteien sind der Auffassung, dass für PCs, Drucker, Server Speichersysteme und Handheld Information Devices der geographisch relevante Markt mindestens den EWR, wenn nicht die ganze Welt umfasst.

46. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis bestätigt, dass der geographisch relevante Markt mindestens europäisch, wenn nicht weltweit abzugrenzen sei (RPW 2002/2, S. 304).

#### B.4.1.2.2. Markt für IT-Services

47. Im Bereich IT-Services ist die WEKO bisher grundsätzlich von nationalen Märkten ausgegangen (RPW 2001/4, S.757, RPW 2002/4, S. 633). Im Fall Accenture AG/Systor AG (RPW 2003/2, S. 301) ging die WEKO davon aus, dass aufgrund des nachfrageseitigen Verhaltens der räumlich relevante Markt unter Umständen auch weiter abgegrenzt werden könnte. Die definitive Marktabgrenzung wurde in diesem Fall jedoch offen gelassen.

48. Auch im vorliegenden Fall kann die Frage der definitiven Marktabgrenzung offen gelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben selbst bei einer engen Marktabgrenzung unbedenklich ist.

49. Abgesehen vom Markt für IT-Services beziehen sich die Zahlen im Folgenden auf EWR und die Schweiz.

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

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

51. Die nachfolgenden Tabellen liefern eine Zusammenstellung der Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen in den relevanten Märkten einschliesslich der dazugehörigen Marktanteile.

52. Die angegebenen Marktanteile beziehen sich auf die Angaben der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen und auf die Daten des Industrie-Analysten Gartner.

53. Wie aus unterstehender Tabelle ersichtlich, ist die Erbringung von IT-Dienstleistungen die einzige gemeinsame Aktivität der Unternehmen. In den weiteren Märkten ist EDS nicht tätig. Einzig HP hat Aktivitäten im Bereich IT-Hardware.

Tabelle 3: Tätigkeitsgebiete von HP und EDS

	IT-Services	PCs	Server	Druckersysteme	Storage Solutions	Handhelds
HP	ja	ja	Ja	ja	ja	ja
EDS	ja	nein	Nein	nein	nein	nein

**B.4.2.1 Markt für IT-Services**

## I. Aktueller Wettbewerb

54. Nach eigenen Angaben der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ergeben sich in den Teilmärkten

für IT-Services für das Jahr 2006 schätzungsweise die in der unten stehenden Tabelle 4 aufgeführten Marktanteile.

Tabelle 4: Marktanteile in IT-Services Segmenten im Jahr 2006

<b>Marktanteile in IT-Services Segmenten im Jahr 2006</b>						
Marktsegmente auf Basis der Dienstleistungen	Marktanteile in der <b>Schweiz</b>			Marktanteile im räumlich relevanten Markt ( <b>weltweit</b> )		
	HP	EDS	<b>HP + EDS</b>	HP	EDS	<b>HP +EDS</b>
Hardware maintenance	[10-20] %	[0-10] %	<b>[10-20] %</b>	[0-10] %	[0-10] %	<b>[0-10] %</b>
Software Support	[0-10] %	[0-10] %	<b>[0-10] %</b>	[0-10] %	[0-10] %	<b>[0-10] %</b>
Consulting	[0-10] %	[0-10] %	<b>[0-10] %</b>	[0-10] %	[0-10] %	<b>[0-10] %</b>
Development und Integration	[0-10] %	[0-10] %	<b>[0-10] %</b>	[0-10] %	[0-10] %	<b>[0-10] %</b>
IT-Management	[0-10] %	[0-10] %	<b>[0-10] %</b>	[0-10] %	[0-10] %	<b>[0-10] %</b>
Process Management	[0-10] %	[0-10] %	<b>[0-10] %</b>	[0-10] %	[0-10] %	<b>[0-10] %</b>

55. Teilt man den Markt für IT-Services in Segmente (Segmente, in welchen beide aktiv sind), beträgt der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz nicht mehr als [0-10] % (Tabelle 4).

56. Selbst wenn man der Auffassung der Parteien folgt und den Markt für IT-Services als ein Ganzes betrachtet, beträgt der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz nicht mehr als [0-10] % (Tabelle 5).

Tabelle 5: Marktanteile im Jahr 2006 für den Markt IT-Services

<b>Marktanteile im Jahr 2006 für IT-Services</b>						
Relevanter Produktmarkt	Marktanteile in der <b>Schweiz</b>			Marktanteile im räumlich relevanten Markt ( <b>weltweit</b> )		
	HP	EDS	<b>HP + EDS</b>	HP	EDS	<b>HP + EDS</b>
<b>IT-Services</b>	[0-10] %	[0-10] %	<b>[0-10] %</b>	[0-10] %	[0-10] %	<b>[0-10] %</b>

57. Eine Übersicht über die wichtigsten Wettbewerber sowie deren Marktstellung und Entwicklung zeigt folgende Tabelle.

Tabelle 6: Wichtigsten IT-Dienstleister und deren Marktanteile 2004-2006 weltweit

<b>Marktanteile der wichtigsten IT Dienstleister 2004-2006 weltweit</b>			
<b>Unternehmen</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>
IBM	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
<b>HP + EDS</b>	<b>[0-10] %</b>	<b>[0-10] %</b>	<b>[0-10] %</b>
EDS	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Fujitsu	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Accenture	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
HP	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Computer Sciences Corporation (CSC)	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
<b>Total</b>	<b>[15-25] %</b>	<b>[15-25] %</b>	<b>[15-25] %</b>
Andere	[75-85] %	[75-85] %	[75-85] %

58. Wie die obige Tabelle zeigt, sind im Markt für IT-Services viele Unternehmen tätig. Die sechs grössten Unternehmen im IT-Services Markt in den Jahren 2004-2006 waren stets die gleichen: nämlich IBM, EDS, Fujitsu, Accenture, HP und CSC. Es gab jedoch kleinere Verschiebungen der Marktanteile.

59. Werden die Marktanteile der grössten Unternehmen addiert, beträgt der gemeinsame Marktanteil im Jahr 2006 weltweit nicht mehr als [0-10] %. Innerhalb dieser Gruppe ist HP der fünftgrösste IT-Dienstleister weltweit mit [0-10] % Marktanteil. EDS ist der zweitgrösste Dienstleister mit [0-10] % Marktanteil. Zusammen haben sie einen weltweiten Marktanteil von [0-10] %.

60. Zusätzlich zu diesen Unternehmen gibt es eine beachtliche Anzahl von kleineren IT-Dienstleistern.

61. Diese relativ tiefen Marktanteile zeigen auf, dass der Markt unter vielen Wettbewerbern aufgeteilt ist. Es bestehen somit keine horizontalen Wettbewerbsbedenken.

## II. Potenzieller Wettbewerb

62. Hinsichtlich der potenziellen Konkurrenz stellt sich die Frage der Markteintrittschränken für neue IT-Dienstleister. Die Parteien gehen davon aus, dass es sich beim Markt für IT-Services um einen äusserst dynamischen Markt mit tiefen Eintrittsbarrieren handelt. Die Wahrscheinlichkeit des Eintritts neuer IT-Dienstleister

wird von den beteiligten Unternehmen als sehr gross eingeschätzt.

63. Die WEKO hat im Fall HP/Compaq festgehalten, dass aufgrund des wachsenden Marktes, der Standardisierung, der wenig ausgeprägten Grössen- und Verbundvorteile und der fehlenden Wichtigkeit des Branding eine gewisse potenzielle Konkurrenz im IT-Markt besteht (RPW 2002/2, S. 313 ff.). Dieses andauernde Wachstum macht den Eintritt neuer IT-Dienstleister und die Übertragung von Marktanteilen möglich.

## III. Zwischenergebnis

64. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass der gemeinsame oder individuelle Marktanteil bzw. der Anteil in den Segmenten in keinem möglichen Markt bzw. Marktsegment in der Schweiz mehr als [10-20] % beträgt. Demnach ist der Markt für IT-Services nicht als betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU zu betrachten, womit diesbezüglich von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden kann.

### B.4.2.2 Markt für PCs

#### I. Aktueller Wettbewerb

65. HP ist in der Herstellung und dem Vertrieb von PCs tätig. EDS ist in diesem Markt nicht tätig.

Tabelle 7: Marktanteile 2007 im Markt für PCs

<b>Marktanteile 2007 für PCs</b>				
Relevante Produktmärkte und Marktsegmente	Marktanteile in der Schweiz		Marktanteile im räumlich relevanten Markt ( <b>EW</b> R)	
	<b>HP</b>	<b>EDS</b>	<b>HP</b>	<b>EDS</b>
PCs	[20-30] %	0 %	[15-20] %	0 %
- Notebooks	[20-30] %	0 %	[10-20] %	0 %
- Desktops	[30-40] %	0 %	[10-20] %	0 %
- Workstations	[40-50] %	0 %	[40-50] %	0 %

66. Würde der sachlich relevanten Marktabgrenzung der Parteien gefolgt, liegt HPs individueller Marktanteil in diesem Markt unter [...] %.

67. Eine weitere Unterteilung des Marktes gemäss der Praxis der WEKO hat zur Folge, dass für [...] betroffene Märkte bestehen (Tabelle 7). In diesen [...] Segmenten liegen die Marktanteile über 30 %.

68. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der [...] Marktanteil nicht Resultat des geplanten Zusammenschlusses ist, da EDS in diesem Markt nicht tätig ist. Der Marktanteil beruht einzig auf dem bisher von HP erzielten Umsatz. Durch den Zusammenschluss ergibt sich somit keine Marktanteilsaddition.

69. Ausserdem tätigt der PC Unternehmensteil von HP erhebliche unabhängige Verkäufe an Privatanwender und Geschäftskunden ausserhalb von Outsourcing Verträgen, welche allfällige erhöhte Verkäufe von PCs und Druckersystemen im Zusammenhang mit Outsourcing Verträgen vergleichsweise unbedeutend erscheinen

lassen. Deshalb kann gesagt werden, dass das geplante Zusammenschlussvorhaben geringfügige Auswirkungen auf den PC Markt haben wird.

#### II. Zwischenergebnis

70. Betreffend den Markt für PCs kann festgehalten werden, dass durch den Zusammenschluss keine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung entstehen würde.

71. Angesicht der Indizien für genügenden aktuellen Wettbewerb kann auf eine Analyse der potenziellen Konkurrenz verzichtet werden.

#### B.4.2.3 Markt für Server

##### I. Aktueller Wettbewerb

72. HP ist in der Herstellung und dem Vertrieb von allen Typen von Servern tätig. EDS ist in diesem Markt nicht tätig.

Tabelle 8: Marktanteile 2007 im Markt für Server

<b>Marktanteile 2007 für Server</b>				
Relevante Produktmärkte und Marktsegmente	Marktanteile in der Schweiz		Marktanteile im räumlich relevanten Markt ( <b>EW</b> R)	
	<b>HP</b>	<b>EDS</b>	<b>HP</b>	<b>EDS</b>
Server	[30-40] %	0 %	[30-40] %	0 %
- Entry Level Server	[50-60] %	0 %	[40-50] %	0 %
- Midrange Server	[10-20] %	0 %	[20-30] %	0 %
- High End Server	[10-20] %	0 %	[20-30] %	0 %

73. Gemäss der obigen Tabelle liegt der Marktanteil von HP in der Schweiz im Markt für Server (Teilsegment Entry Level Server) bei [...] %.

74. Wie vorne in Rz. 31 bereits erwähnt, sind die beteiligten Unternehmen der Ansicht, dass ein sachlich relevanter Markt für sämtliche Server abzugrenzen sei. Selbst

bei einer solchen Marktabgrenzung läge der Marktanteil von HP in der Schweiz bei [...] %.

75. Der [...] Marktanteil ergibt sich aufgrund der alleinigen Marktposition von HP, da EDS in diesem Markt nicht tätig ist. Durch den Zusammenschluss ergibt sich somit keine Marktanteilsaddition.

#### II. Zwischenergebnis

76. Für diesen Markt kann zusammenfassend gesagt werden, dass es keinen Grund gibt davon auszugehen, dass HP durch eine allfällige Übernahme von EDS ihre bereits starke Stellung auf dem Markt für Server weiter verstärken würde.

77. Angesicht der Indizien für genügenden aktuellen Wettbewerb kann auf eine Analyse der potenziellen Konkurrenz verzichtet werden.

#### B.4.2.4 Markt für Druckersysteme

##### I. Aktueller Wettbewerb

78. HP ist in der Herstellung und dem Vertrieb von allen Druckersystem-Typen tätig. EDS ist in diesem Markt nicht tätig.

79. Da die definitive sachliche Marktabgrenzung offen gelassen werden kann, zeigt die unterstehende Tabelle 3 den Marktanteil für Office, Home und Professional.

Tabelle 9: Marktanteile 2007 im Markt für Druckersysteme

Marktanteile 2007 für Druckersysteme				
Relevanter Produktmarkt	Marktanteile in der Schweiz		Marktanteile im räumlich relevanten Markt (EWR)	
	HP	EDS	HP	EDS
Druckersysteme (Office, Home und Professional)	[30-40] %	0 %	[20-30] %	0 %

80. Wie aus der Tabelle 9 ersichtlich, liegt der Marktanteil von HP in der Schweiz im Markt für Druckersysteme bei [...] %.

81. Der [...] Marktanteil ist nicht Resultat des geplanten Zusammenschlusses, da EDS in diesem Markt nicht tätig ist. Der Marktanteil beruht einzig auf HPs bisheriger starker Stellung auf dem Markt für Druckersysteme. Durch den Zusammenschluss ergibt sich keine Marktanteilsaddition.

82. Bezüglich dieser Marktanteile ist zudem noch zu berücksichtigen, dass das Zusammenschlussvorhaben nur geringe Auswirkungen auf den Markt für Druckersysteme haben wird. Der Druckersystem Unternehmensteil von HP tätigt erhebliche Verkäufe an Privatanwender und Geschäftskunden ausserhalb von Outsourcing Verträgen, welche allfällige erhöhte Verkäufe von Druckersystemen im Zusammenhang mit Outsourcing Verträgen vergleichsweise unwichtig erscheinen lassen.

#### II. Zwischenergebnis

83. Aus diesen Gründen kann gesagt werden, dass durch den Zusammenschluss keine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von HP entstehen würde.

84. Angesicht der Indizien für genügenden aktuellen Wettbewerb kann auf eine Analyse der potenziellen Konkurrenz verzichtet werden.

#### B.4.2.5 Markt für Storage Solutions (Speichersysteme)

##### I. Aktueller Wettbewerb

85. HP ist in der Herstellung und dem Vertrieb von allen Disk Storage und Tape Storage Solutions tätig. EDS ist in diesem Markt nicht tätig.

Tabelle 10: Marktanteile 2007 im Markt für Storage Systeme

<b>Marktanteile 2007 für Storage Systeme</b>				
Relevante Produktmärkte und Marktsegmente	Marktanteile in der Schweiz		Marktanteile im räumlich relevanten Markt (EWR)	
	HP	EDS	HP	EDS
Disk storage	[15-25] %	0 %	[15-25] %	0 %
Tape storage	[35-45] %	0 %	[25-35] %	0 %
Optical storage	[0-10] %	0 %	[0-10] %	0 %

86. Aus der obigen Tabelle kann gefolgert werden, dass HPs individuelle Marktanteile in den Märkten für Disk Storage und Optical Storage unterhalb von [...] % liegen. Einzig im Markt für Tape Storage liegt der Marktanteil bei [...] %.

87. Das Zusammenschlussvorhaben führt weder in der Schweiz noch im EWR zu Marktanteilsadditionen. Der [...] Marktanteil von HP im Markt für Storage Systems ist nicht Resultat des geplanten Zusammenschlusses, da EDS in diesem Markt nicht tätig ist. Der Marktanteil beruht einzig auf dem bisher von HP erzielten Umsatz.

II. Zwischenergebnis

88. Da das Zusammenschlussvorhaben kaum Auswirkungen auf den Markt für Storage Systems hat, kann

nicht von Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ausgegangen werden.

89. Angesicht der Indizien für genügenden aktuellen Wettbewerb kann auf eine Analyse der potenziellen Konkurrenz verzichtet werden.

#### **B.4.2.6 Markt für Handheld Information Devices**

I. Aktueller Wettbewerb

90. HP ist in der Herstellung und dem Vertrieb von PDAs und Smartphones tätig. EDS ist in diesem Markt nicht tätig.

Tabelle 11: Marktanteile 2007 im Markt für Handheld Information Devices

<b>Marktanteile 2007 für Handheld Information Devices</b>				
Relevanter Produktmarkt	Marktanteile in der Schweiz		Marktanteile im räumlich relevanten Markt (EWR)	
	HP	EDS	HP	EDS
Handheld Information Devices	[0-10] %	0 %	[0-10] %	0 %

91. Gemäss der obigen Tabelle kann festgehalten werden, dass der Markt für Handheld Information Devices kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU ist.

II. Zwischenergebnis

92. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass der gemeinsame oder individuelle Marktanteil in der Schweiz nicht mehr als [0-10] % beträgt. Demnach ist der Markt für Handheld Information Devices nicht als betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU zu betrachten.

93. Angesicht der Indizien für genügenden aktuellen Wettbewerb kann auf eine Analyse der potenziellen Konkurrenz verzichtet werden.

#### **B.4.3 Ergebnis**

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

B 2.3	<b>2. Dassault Aviation/TSA/Thales</b>
-------	--

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

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

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

*Communication selon l'art. 16 al. 1 OCCE du 30 mars 2009*

*Prise de position de la Commission de la concurrence du 26 mars 2009*

1. Le 2 mars 2009, la Commission de la concurrence a reçu une notification annonçant que l'entreprise Dassault-Aviation a décidé d'acquérir la participation minoritaire actuellement détenue par Alcatel-Lucent dans l'entreprise Thales, permettant ainsi à TSA et à Dassault-Aviation d'exercer sur l'entreprise Thales un contrôle conjoint.

2. Dassault Aviation est une société anonyme de droit français active dans le secteur de l'aéronautique civile (avions d'affaires) et militaire (avions de combat). Dassault Aviation est une filiale de la société Groupe Industriel Marcel Dassault (GIMD), holding regroupant des sociétés actives dans les trois pôles suivants: aéronautique, informatique, presse.

3. TSA est une société anonyme détenue à 100% par l'Etat français. En tant que holding, elle détient des participations de 26.6 % dans le capital de Thales et environ 2 % dans celui de Thomson. TSA n'a pas d'activité opérationnelle propre.

4. Thales est une société anonyme de droit français dont les activités sont dédiées aux systèmes d'information critiques pour la défense, l'aéronautique, l'espace et la sécurité.

5. Dassault Aviation et Thales ont une expérience de travail en commun, liée notamment à la complémentarité de leurs activités, en termes techniques et commerciaux, principalement dans le domaine des aéronefs militaires et de l'intégration de systèmes complexes sur les avions de combat. Le renforcement du partenariat entre Dassault Aviation et Thales permettra de créer un pôle français de dimension mondiale dans le domaine des technologies stratégiques, de l'aéronautique et de l'espace, de la défense et de la sécurité.

6. L'examen préalable n'a fait apparaître aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration au sens de l'art. 10 LCart.

B 2.3

**3. Dörig Käsehandel AG/Alois Koch Käsehandel AG**

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

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

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

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 28. April 2009*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 27. April 2009*

**A SACHVERHALT**

1. Am 30. März 2009 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Dörig Käse Handel AG (nachfolgend: Dörig) sämtliche Aktien der Alois Koch Käsehandel AG (nachfolgend: Koch) zu übernehmen.

2. Das meldende Unternehmen, Dörig, betreibt in Urnäsch ein Käseerzeugungslager (sog. Affinage) v.a. für Appenzeller-Käse. Dörig gehört seit ihrer Übernahme durch die Mifroma AG (nachfolgend: Mifroma) im Jahr 2008 zur Migros-Gruppe (vgl. Mifroma SA/Emil Dörig Käsehandel AG, RPW 2008/4, S. 663 ff.). Mifroma beschafft Käse, konfektioniert und packt diesen ab und liefert diesen hauptsächlich an die Migros. Zudem führt sie ein Reifungslager für Gruyère-Käse.

3. Die Geschäftstätigkeit der Migros-Gruppe mit Sitz in Zürich umfasst den Detailhandel (Migros, Denner), den Grosshandel (Scana, Beteiligung an CCA), die Migros-Industrien (u.a. Mifroma), den Freizeit- und Wellnessbereich, die Migros Bank, Migrol, Hotelplan und Limmatdruck. Zur Migros gehört auch die Globus-Gruppe.

4. Die Zielgesellschaft des zu beurteilenden Zusammenschlussvorhabens, Koch, ist in Familienbesitz. Koch affiniert Appenzeller Käse und verkauft diese Laibe ganz, halb oder geviertelt an Grossisten und Verpacker. Zudem handelt Koch mit anderen Käsesorten. Dieser Handel ist allerdings nicht Gegenstand des Zusammenschlussvorhabens.

5. Dörig beabsichtigt mit der Übernahme eine Ergänzung ihrer Geschäftstätigkeit.

**B ERWÄGUNGEN****B.1 Geltungsbereich**

6. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR

251) 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**

7. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

**B.1.2 Unternehmenszusammenschluss**

8. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG gilt als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.

9. Die Parteien planen, dass Koch in einem ersten Schritt ihren Appenzeller-Käsebetrieb per Ende April 2009 an Dörig überträgt. In einem zweiten Schritt soll Dörig per Anfang 2010 sämtliche Aktien Kochs übernehmen. [...]. [Der Käsehandel wird] gemäss den Parteien von Dörig nicht übernommen. Bereits mit der Übernahme des Käsebetriebs per Ende April 2009 erlangt Dörig die vollständige Kontrolle über den zu veräussernden Geschäftsteil Kochs. Somit stellt die vorliegende Akquisition einen Kontrollerwerb gemäss Art. 1 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4) in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 KG dar.

**B.2 Meldepflicht**

10. Wie aus nachfolgender Tabelle ersichtlich ist, erreichen die beteiligten Unternehmen die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG nicht. Die Meldepflicht besteht allerdings ungeachtet von Art. 9 Abs. 1–3 KG, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist (Art. 9 Abs. 4 KG).

Tabelle 1: Umsätze der betroffenen Unternehmen 2008, in CHF

Unternehmen	Weltweiter Umsatz	Umsatz in der Schweiz
Migros-Gruppe	> 2 Mrd.	> 100 Mio.
Koch (ohne Umsatz aus Handel mit anderen Käsesorten als Appenzeller-Käse) <sup>1</sup>	[<100] Mio.	[<100] Mio.
Kumuliert	> 2 Mrd.	

11. Gemäss der Verfügung Migros/Denner (RPW 2008/1, S. 207, Auflage 4) wurde Migros verpflichtet, sämtliche Zusammenschlüsse analog zu Art. 9 Abs. 4 KG zu melden, wobei als relevanter Markt der Lebensmittel-Detailhandel (nachfolgend: Detailhandel) (Absatzmarkt) festgelegt wurde. Da der von Dörig zu übernehmende Geschäftsbereich Kochs die Affinage umfasst und dieser ein vorgelagerter Markt des Detailhandels ist, handelt es sich beim vorliegenden Sachverhalt um einen meldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne von Art. 9 KG.

### B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

12. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

13. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

#### B.3.1 Relevante Märkte

14. Vorliegend werden nur die sachlich relevanten Märkte definiert, welche den zu übernehmenden Geschäftsbereich Kochs betreffen oder die diesen Märkten vor- oder nachgelagert sind, sofern Migros in diesen agiert. Es sind dies die sachlich relevanten Märkte, welche die Affinage, die Konfektionierung und den Vertrieb (Grosshandel) von Käse sowie den Detailhandel betreffen.

##### B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

16. In Emmi/SDF (RPW 2003/3, S. 529 ff.)<sup>2</sup> wurde für die einzelnen Marktstufen der Käseherstellung zwischen fünf Produktgruppen unterschieden: Frisch-, Weich-, Halbhart-, Hart- und Schmelzkäse. Nach der Käseproduktion benötigen Halbhart- und Hartkäse einen Reifungsprozess, die sog. Affinage. Ob dabei die Affinage von Halbhartkäse und diejenige von Hartkäse zum selben sachlich relevanten Markt gehören, kann letztlich offen gelas-

sen werden, da die Marktanteilsadditionen der Zusammenschlussparteien, wie in Abschnitt B.3.2 gezeigt, bei beiden Marktabgrenzungsmöglichkeiten gering sind.

17. Nach der Produktion und der Affinage wird der Käse mehrheitlich konfektioniert und von Grosshändlern vertrieben. Wie in Mifroma/Dörig (RPW 2008/4, S. 664, Rz. 20) aufgezeigt, werden Konfektionierung und Vertrieb oftmals von ein und demselben Unternehmen vorgenommen. Ob Konfektionierung und Vertrieb zu ein und demselben sachlich relevanten Markt gehören oder eigene sachlich relevante Märkte bilden, kann letztlich offen gelassen werden, da die Wahl dieser sachlichen Marktabgrenzung das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert. Aus dem gleichen Grund kann offen gelassen werden, ob weiter nach den einzelnen in Rz. 16 aufgeführten Produktgruppen unterschieden werden sollte.

18. Die Parteien machen geltend, dass der konzerninterne Absatz von Käse nicht zum Vertriebsmarkt addiert werden darf. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission wird allerdings das konzerninterne Beschaffungsvolumen bei der Analyse der Beschaffungsmärkte berücksichtigt.<sup>3</sup>

19. Dem Käsemarkt nachgelagert ist der Detailhandel. Aus Konsumentensicht besteht dieser in sachlicher Hinsicht aus einem Sortiment, „welcher aus einer Vielzahl von Produktgruppen gebildet wird, die gemeinsam den täglichen Bedarf der Konsumenten abdecken“ (vgl. Coop/Carrefour, RPW 2008/4, S. 598, Rz. 55). Dieses Konzept des „One-Stop-Shopping“ wird auch von der Europäischen Kommission angewandt.<sup>4</sup>

##### B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

<sup>1</sup> Koch erwirtschaftet rund [0–10] % ihres Umsatzes mit dem Handel von anderen Käsesorten als Appenzeller-Käse. Diese Geschäftstätigkeit Kochs wird von Dörig nicht übernommen.

<sup>2</sup> Vgl. auch Mifroma/Dörig, RPW 2008/4, S. 664, Rz. 17.

<sup>3</sup> Vgl. Mifroma/Dörig, RPW 2008/4, S. 665, Rz. 22, Coop/Carrefour, RPW 2008/4, S. 605, Rz. 98 ff., Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 154–156, Rz. 224 ff.

<sup>4</sup> Rewe/Meinl EU IV/M.1221; Rewe/Billa EU IV/M.803; Ahold/Super-diplo EU Comp/M.2161; Carrefour/Promodes EU IV/M.1684.

21. Die Affinage von Halbhart- und Hartkäse ist schweizweit abzugrenzen, wobei anzumerken ist, dass AOC-geschützte Käsesorten (z.B. Gruyère) nur in einem regional abgegrenzten Gebiet gereift werden dürfen.<sup>5</sup>

22. Für die Konfektionierung von Käse der verschiedenen Produktgruppen ist von einer nationalen Markt- abgrenzung auszugehen (vgl. Emmi/SDF, RPW 2003/3, S. 542, Rz. 69).

23. In der Stellungnahme Emmi/SDF (RPW 2003/3, S. 542, Rz. 70–73) wurde der Vertrieb von Halbhart-, Hart- und Schmelzkäse schweizweit abgegrenzt. Seit dem 1. Juli 2007 ist der Käsemarkt zur EU vollständig liberalisiert,<sup>6</sup> womit der Vertrieb aus Abnehmersicht räumlich neu als EU- inklusive schweizweit abgegrenzt werden könnte.<sup>7</sup> Letztendlich kann aber die genaue Abgrenzung offen gelassen werden, da selbst bei der engsten räumlichen Markt- abgrenzung keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen.

24. Aus Sicht der Konsumenten ist der Detailhandelsmarkt lokal. Der Marktradius variiert dabei mit der Grösse der Verkaufsstelle. So betragen die Marktradien gemäss Migros/Denner (RPW 2008/1, S. 156 f., Rz. 239 ff.) 10 Minuten für kleine Supermärkte, 15 Minuten für Supermärkte und 20 Minuten für Hypermärkte.<sup>8</sup> Gemäss Coop/Carrefour kann sich die Wettbewerbsbehörde bei homogenen Wettbewerbsbedingungen auf die nationale Ebene konzentrieren (RPW 2008/4, S. 606, Rz. 112).

### B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

25. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder

mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

26. Sowohl Migros als auch Koch reifen und lagern Appenzeller-Käse, sind also in der Affinage von Halbhartkäse tätig. Ihre geschätzten Marktanteile liegen für den Schweizer Markt, wie nachfolgende Tabelle aufzeigt, bei der Migros bei [0–10] %, bei Koch bei [0–10] %. Legt man die Affinage von Halbhart- und Hartkäse zugrunde, betragen ihre Marktanteile rund [0–10] % (Migros) und weniger als [0–10] % (Koch). Von den Zusammenschlussparteien affiniert nur Migros Hartkäse und hat dabei einen Marktanteil von [0–10] %. Somit handelt es sich bei der Affinage nicht um einen betroffenen Markt. Bei der Konfektionierung hat die Migros einen Marktanteil von rund [20–30] %, wobei diese Schätzung aufgrund fehlender Gesamtmarktangaben ungenau ist. Der Marktanteil von Migros dürfte aber unter 30 % liegen. Beim Vertrieb (inkl. betriebsinterne Warenströme) beträgt der Marktanteil von Migros [10–20] %. Da von Koch lediglich Geschäftstätigkeiten im Bereich Affinage übernommen werden, liegen weder bei der Konfektionierung noch beim Vertrieb betroffene Märkte vor. Der einzige betroffene Markt ist somit der Detailhandelsmarkt, in welchem die Migros einen Marktanteil von > 30 % hat. Es kommt aber in diesem Markt zu keiner Marktanteilsaddition. Da aber möglicherweise vertikale Effekte auftreten könnten, wird nachfolgend dennoch eine kurze Übersicht über die Wettbewerbssituation auf den Märkten Affinage, Konfektionierung und Vertrieb gegeben.

Tabelle 2: Marktanteile in den nachgelagerten Märkten im Jahr 2008

Produktmärkte	Migros	Zu übernehmender Geschäftsbereich Kochs
Affinage	[0–10] %	[0–10] %
- Halbhartkäse	[0–10] %	[0–10] %
- Hartkäse	[0–10] %	–
Konfektionierung	< 30 %	0 %
Vertrieb (inkl. innerhalb eines Unternehmens)	[10–20] %	0 %
Lebensmittel-Detailhandel	> 30 %	–

Quelle: Angaben der Parteien und darauf basierende Berechnungen des Sekretariats

<sup>5</sup> Vgl. Mifroma/Dörig, RPW 2008/4, S. 665, Rz. 25, und Emmi/SDF, RPW 2003/3, S. 541–542, Rz. 66–68.

<sup>6</sup> Am 1. Juli 2002 trat das Abkommen zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen vom 21. Juni 1999 in Kraft. Darin verpflichten sich die EU und die Schweiz zu einer schrittweisen Liberalisierung des Käsehandels innerhalb von fünf Jahren

nach Inkrafttreten des Abkommens (Art. 3 und Anhang 3 des Abkommens).

<sup>7</sup> Vgl. auch Mifroma/Dörig, RPW 2008/4, S. 665, Rz. 27.

<sup>8</sup> Die Europäische Kommission geht für den Detailhandel von Marktkreisen mit einem Radius von 10–30 Autofahrminuten aus. Vgl. zum Beispiel Promodes/Catteau IV/M.1085, Rz. 14 ; Carrefour/Promodes EU COMP/M.1684, Rz. 24.

27. Gemäss den Parteien haben sich die Konkurrenzverhältnisse wie sie in der Stellungnahme der Wettbewerbskommission zum Zusammenschlussvorhaben Mifroma/Dörig beschrieben werden (RPW 2008/4, S. 666, Rz. 32 ff.), seit 2007 kaum verändert. Nach wie vor seien die Emmi Käse AG (nachfolgend: Emmi), die Fromalp AG (nachfolgend: Fromalp) und die Lustenberger & Dürst SA (nachfolgend: L&D) die wichtigsten Konkurrenten von Mifroma/Dörig und Koch.

28. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission teilt diese Ansicht. So sind die von den Parteien aufgeführten Konkurrenten weiterhin im schweizerischen Käsemarkt aktiv. Durch die Übernahme von Dörig konnte Mifroma 2008 ihren Marktanteil bei der Affinage von Halbhart- und Hartkäse im Vergleich zu 2007 etwas erhöhen und wird diesen mit der Übernahme von Koch erneut steigern können. Mit rund [0–10] % bleibt dieser aber im Vergleich zum klaren Marktführer Emmi immer noch sehr gering.

29. Im Jahr 2007 waren die wichtigsten Wettbewerber auf dem Markt für Konfektionierung Emmi, Mifroma und Fromalp und beim Vertrieb Mifroma und Emmi (vgl. Mifroma/Dörig, RPW 2008/4, S. 666, Tabelle 3). Der Zusammenschluss Mifroma/Dörig führte auf der Ebene Konfektionierung zu keiner und beim Vertrieb nur zu einer sehr geringen Marktanteilsaddition. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben bewirkt auf diesen Märkten keine Marktanteilsadditionen. Nach wie vor sind auf beiden Stufen nebst den genannten Unternehmen im Weiteren jeweils wenige mittelgrosse und viele kleinere Unternehmen tätig (z.B. auf beiden Stufen L&D und die Burger Käse AG und im Vertrieb die W. Ottiger AG).

30. Koch lieferte 2008 rund [50–60] % ihres Produktionsvolumens an Appenzeller-Käse an die Migros-Gruppe und rund [20–30] % an zwei Schweizer Käsegrosshändler, zudem exportierte sie rund [10–20] %. Die restlichen rund [0–10] % entfielen auf diverse kleinere Abnehmer. Der Zusammenschluss könnte dazu führen, dass Mifroma zukünftig weniger Appenzeller-Käse von anderen

Lieferanten bezieht. Allerdings ist davon auszugehen, dass für diese Lieferanten nach wie vor ausreichend andere Absatzmöglichkeiten bestehen, insbesondere die Lieferung an andere Detailhändler und der Export. Für den Käsemarkt in der Schweiz ist deshalb davon auszugehen, dass die Auswirkungen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens gering sind.

31. Während das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als unproblematisch gewertet werden kann, könnte allerdings ein sukzessiver Aufkauf kleinerer im Käsemarkt tätiger Unternehmen durch die Migros aus wettbewerbsrechtlicher Sicht – angesichts der Stellung der Migros im nachgelagerten Detailhandelsmarkt – problematisch sein.

### B.3.3 Ergebnis

32. Der Zusammenschluss führt lediglich zu einer geringen Marktanteilsaddition auf der Stufe Affinage. Gewichtiger sind die vorliegenden vertikalen Beziehungen zwischen den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen. So ist Mifroma volumenmässig der Hauptabnehmer Kochs für affinierten Appenzeller-Käse. Es ist davon auszugehen, dass andere Migros-Lieferanten von Appenzeller-Käse dieser zukünftig weniger Appenzeller-Käse liefern können. Nach dem Zusammenschluss Mifroma/Dörig ist dies bereits die zweite Übernahme eines Affineurs von Appenzeller-Käse durch die Migros-Gruppe innerhalb eines Jahres. Allerdings stehen den bisherigen Lieferanten von Migros nach wie vor genügend alternative Absatzmöglichkeiten zur Verfügung.

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

B 2.3

**4. Sun Store SA/Aristea SA/Distripharm SA/Galenica AG**

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

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

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

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 27. April 2009*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 27. April 2009*

Gegenstand der vorläufigen Prüfung war eine Meldung der Galenica AG und der Sun Store Gruppe über die beabsichtigte Übernahme der Sun Store Gruppe durch die Galenica AG. Aus den im Folgenden zusammengefassten Gründen hat die Wettbewerbskommission (WEKO) auf eine Prüfung gemäss Art. 32 Abs. 1 KG verzichtet.

**A SACHVERHALT****A.1 Das Vorhaben und die Parteien**

1. Am 26. März 2009 erhielt die WEKO die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben. Danach beabsichtigt die Galenica AG (nachfolgend: Galenica), mittels Aktienkauf die Kontrolle über die Sun Store Gruppe, welche aus den Unternehmen der Sun Store SA (nachfolgend: Sun Store), der Aristea SA (nachfolgend: Aristea) sowie der Distripharm SA (nachfolgend Distripharm) besteht, zu erlangen.

2. Mit dem Zusammenschlussvorhaben verfolgt die Galenica Gruppe das Ziel, das eigene Apothekennetz durch exogenes Wachstum auszubauen, um durch den Skaleneffekt Kosten zu senken. Dies erlaube der Galenica Gruppe mit den durch politischen Druck verschärften Marktbedingungen (angestrebte Kostensenkungen im Gesundheitswesen) Schritt zu halten.

3. Gemäss Angaben der Parteien führt der Zusammenschluss zu Effizienzsteigerungen, von welchen auch die Konsumenten profitieren werden. So könne die hohe Beratungsqualität aufrecht erhalten sowie gegenüber den Kunden Preisreduktionen und Aktionen angeboten werden.

4. Galenica hat sich im Vorvertrag verpflichtet, die Marke Sun Store unter Beibehaltung der bewährten Geschäftspolitik der Sun Store Gruppe weiterzuführen. Galenica ist vom Geschäftskonzept der Sun Store Gruppe überzeugt und geht davon aus, dass die Weiterführung der Marke Sun Store und die Beibehaltung des bisherigen Geschäftskonzepts im aktuellen regulatorischen Umfeld eine betriebswirtschaftlich optimale Strategie darstellt. In Ergänzung zur Meldung vom 20. April 2009 wurden der WEKO die Konditionen von Ziffer 9 des Vorvertrags in schriftlicher Form bestätigt. Im Weiteren bestätigt Galenica, dass die Klausel in Ziffer 9 des Vorvertrags mindestens in unveränderter Form in den definitiven Aktienkaufvertrag überführt werden soll.

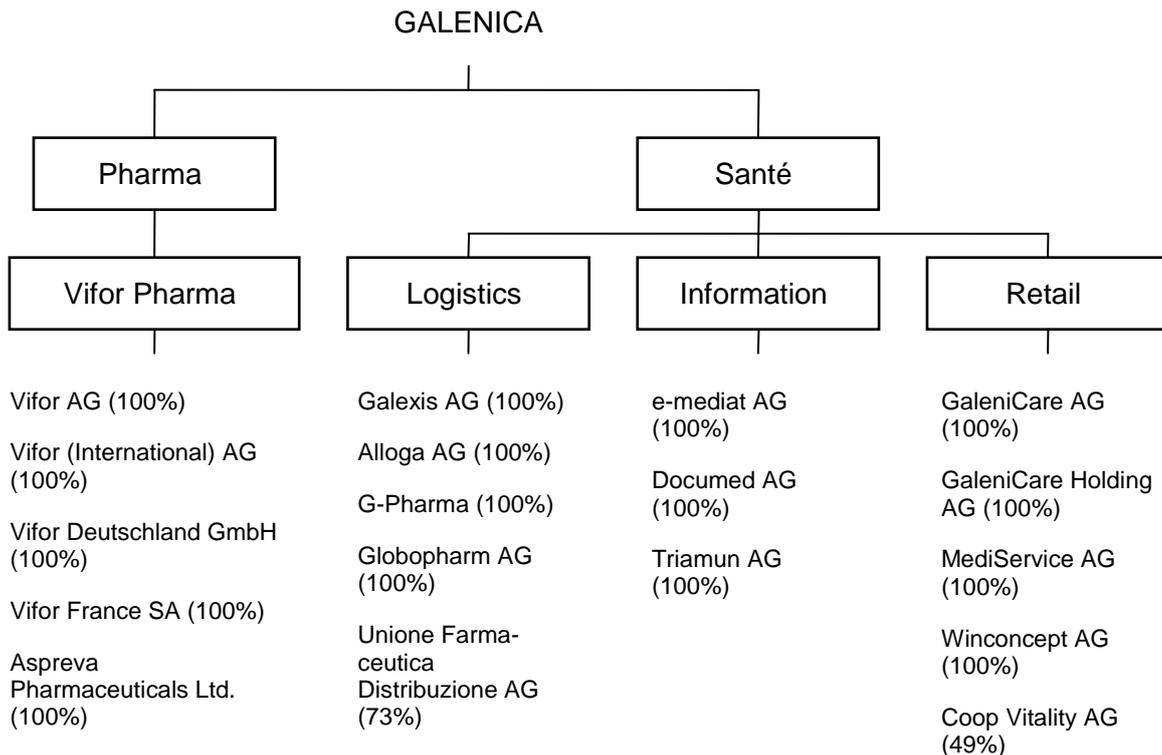
5. Der Vorvertrag wurde unter der Bedingung abgeschlossen, dass die Übernahme durch die Wettbewerbsbehörden genehmigt wird.

**A.2 Am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen**

6. Am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen sind die Galenica als kontrollierendes Unternehmen sowie die Sun Store, die Aristea sowie die Distripharm als kontrollierte Unternehmen.

7. Die Galenica mit Sitz in Bern leitet die Galenica Gruppe. Die Gruppe ist mit diversen Unternehmen auf dem Gesundheitsmarkt tätig. Die Galenica Gruppe umfasst die Geschäftsbereiche „Pharma“ und „Santé“, wobei letzterer in die Bereiche Logistics, Information und Retail (u.a. Apotheken) unterteilt ist:

Abbildung 1: Schematische Darstellung mit den wichtigsten Unternehmen der Galenica AG

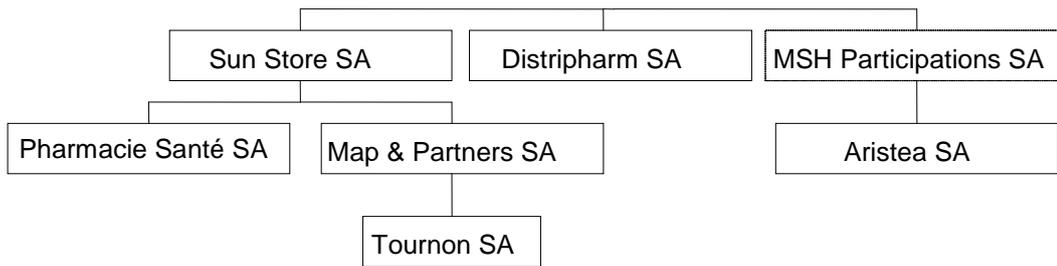


Quelle: Angaben der Parteien

- Im Geschäftsbereich „Pharma“ vereint die Vifor Pharma als spezialisierte Pharmagruppe innerhalb der Galenica Gruppe sämtliche Unternehmen des Geschäftsbereichs Pharma unter einem Dach.
- Die Galexis AG ist als Pharmagrossistin tätig und beliefert Apotheken, Spitäler, Drogerien und selbstdispensierende (SD) Ärzte mit pharmazeutischen Produkten.
- Ebenfalls eine Pharmagrossistin ist die von Galenica übernommene Unione Pharmaceutica Distribuzione AG, welche Apotheken im Tessin als Hauptabnehmer hat (vgl. RPW 2006/3, S. 498 ff.).
- Die Alloga AG und die Globopharm AG sind auf der Stufe Prewholesale tätig. Sie übernehmen Logistikleistungen für Pharmahersteller, die ihre Logistik auslagern.
- Die G-Pharma stellt für Dritte die Übernahme und Koordination des Ein- und Verkaufs von Produkten sowie deren Lagerung und Distribution an.
- Im Geschäftsbereich Information bietet die e-mediati AG Datenbanken auf dem Gebiet des Gesundheitswesens an.
- Die Documed AG ist ein Unternehmen, welches Informationen im Bereich Gesundheitswesen anbietet, und hat sich mit der Herausgabe von gedruckten und elektronischen Werken auf dem Gebiet der Arzneimittelinformation spezialisiert.
- Der Tätigkeitsbereich der Triamun AG umfasst die Entwicklung und Vermarktung von Softwarelösungen für das Praxis- und Apothekenmanagement.
- Die im Retailbereich angegliederte GaleniCare AG betreibt mit den Amavita-Apotheken ein schweizweites Apothekennetz. Die GaleniCare Holding AG ist an Apotheken, welche im Eigentum der GaleniCare AG stehen, beteiligt. Gemäss Meldung der Parteien ist die Galenica Eigentümerin von 121 Apotheken. Mit 9 weiteren Apotheken hat die Galenica Franchiseverträge abgeschlossen. Die Franchisenehmer treten gegen aussen als Amavita-Apotheken auf, sind aber wirtschaftlich selbständig und arbeiten auf eigene Rechnung. Diese 9 Apotheken werden nachfolgend nicht der Galenica zugerechnet.
- Die Coop Vitality AG (Coop Vitality), an welcher die GaleniCare Holding AG mit einer Minderheits- (49%) und Coop mit einer Mehrheitsbeteiligung (51%) partizipiert, ist eine Betreiberin von Apotheken mit 35 Verkaufsstellen. Coop Vitality tritt am Markt unabhängig von Galenica unter dem Namen Coop Vitality auf und ebenso läuft das Marketing klar über Coop (anderes Rabattsystem, Supercard, separater Internetauftritt, etc.). Aufgrund der Minderheitsbeteiligung und gemäss Angaben der Parteien, welche ein Geschäftsgeheimnis darstellen, ergibt sich, dass die Verkaufsstellen der Coop Vitality im Nachfolgenden nicht der Galenica hinzugerechnet werden.

- Die MediService AG wird als Spezialapotheke bezeichnet, welche Dienstleistungen im Bereich von sog. „High-Tech-Therapien“ anbietet. Dabei steht die Betreuung der Patienten durch Fachkräfte im Vordergrund. Nebenbei führt die MediService AG eine Versandapotheke.
  - Die Winconcept AG ist in der Entwicklung von ganzheitlichen Marketinglösungen für Industrie- und Apothekenpartner tätig, welche selbständig bleiben. Die Kunden von Winconcept AG betreiben „feelgood’s-Apotheken“.
8. Die Sun Store, die Artistea sowie die Distripharm haben ihren Sitz in Saint-Sulpice (VD) und bilden zusammen mit ihren Tochtergesellschaften die Sun Store Gruppe, deren Geschäftstätigkeiten im Betrieb von Apotheken liegen. Die Sun Store bildet als Betreiberin von einem Apotheken-Netz (95 Verkaufsstellen) die Kerngesellschaft, während die Aristea das Kundenmagazin der Sun Store Apotheken produziert und die Distripharm verschiedene Produkte als Zwischenhändlerin für die Sun Store SA kauft. Die MSH Participations SA als reine Holdinggesellschaft, verbleibt gemäss Angaben der Parteien beim Verkäufer und bildet nicht Gegenstand der Transaktion.

Abbildung 2: Schematische Darstellung der Sun Store Gruppe



Quelle: Angaben der Parteien

## B ERWÄGUNGEN

### B.1 Geltungsbereich

9. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) 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

10. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

#### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

11. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG gilt als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen. Nach Art. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) erlangt ein Unternehmen die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des andern Unternehmens auszuüben.

12. Das Zusammenschlussvorhaben sieht vor, dass die Galenica sämtliche Aktien der Sun Store (485 Aktien), der Aristea (1'000 Aktien) und der Distripharm (200 Aktien) kaufen wird, so dass die Galenica nach Vollzug der Transaktion 100 % an den erwähnten Gesellschaften (Sun Store Gruppe) halten würde. Die Pflichten der beiden Parteien wurden hinsichtlich des Erwerbs der Gesellschaften im Vorvertrag vom 2. März 2009 festgehalten.

13. Damit sind die Voraussetzungen von Art. 1 VKU erfüllt. Das Zusammenschlussvorhaben ist als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG zu qualifizieren.

### B.2 Vorbehaltene Vorschriften

14. In den hier zu beurteilenden Märkten bestehen keine Vorschriften, welche die Anwendung der Zusammenschlussbestimmungen des Kartellgesetzes ausschliessen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

### B.3 Meldepflicht

15. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2008 weltweit einen gemeinsamen Umsatz von über CHF 2 Mia. und einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt über CHF 500 Mio. (siehe Tabelle 1). Damit sind die Umsatzschwellen nach Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG überschritten. In der Schweiz erzielten die beiden beteiligten Unternehmen je einen Umsatz von über CHF 100 Mio. (siehe Tabelle 2). Somit ist auch der Schwellenwert gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG überschritten. Folglich ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

Tabelle 1: Gemeinsame Umsätze im Geschäftsjahr 2008 weltweit in CHF

Galenica AG	2'704 Mio.
Sun Store SA, Aristeia SA, Distripharm SA	380 Mio.
Kumuliert weltweit	3'084 Mio.

Quelle: Angaben der Parteien

Tabelle 2: Umsätze im Geschäftsjahr 2008 von jedem beteiligten Unternehmen in der Schweiz in CHF

Galenica AG	2'500 Mio.
Sun Store SA, Aristeia SA, Distripharm SA	380 Mio.

Quelle: Angaben der Parteien

#### B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

16. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG). Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

##### B.4.1 Relevante Märkte

17. In Bezug auf die relevanten Märkte bieten die Unternehmen auf Produktebene ein vielfältiges Sortiment an. Für alle diese Produkte ist im Rahmen der wettbewerblichen Analyse grundsätzlich zu unterscheiden zwischen

- den Absatzmärkten, auf denen sich die Detailhändler (vorliegend Apotheken) als Anbieter den Endkonsumenten gegenübersehen, und
- den Beschaffungsmärkten, auf denen sich die Detailhändler (vorliegend Apotheken) als Nachfrager den Herstellern/Importeuren bzw. Grossisten gegenübersehen.

Nachfolgend werden zuerst die Absatz- und danach die Beschaffungsmärkte bestimmt.

##### B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

18. 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).

##### B.4.1.1.1 Absatzmärkte

19. In den Entscheiden „Galenica AG/Alliance Uni-Chem“ (RPW 2005/4, S. 644, Rz. 60 ff.) und „Galenica/Unione“ (RPW 2006/3 S. 498 ff., S. 502, Rz. 30 f.) wurde der sachlich relevante Absatzmarkt nicht nach Produktgruppen, sondern nach Vertriebskanälen definiert. Entsprechend wurde der sachlich relevante Markt

nach dem „Zugang zum Vertriebskanal Apotheken“ (für den Konsumenten) abgegrenzt. Die WEKO nimmt vorliegend, wie nachfolgend begründet, die sachlich relevante Unterteilung der Absatzmärkte nach Produktgruppen vor.

20. Die Apotheken vertreiben mehrere Produkte, die unterschiedlichen Warengruppen zuzuordnen sind. So bieten Apotheken neben dem Verkauf von Arzneimitteln auch andere Produkte des Gesundheitsbereichs an. Einige dieser Produkte können ebenfalls in Lebensmittelgeschäften oder Fachmärkten gekauft werden. Im Jahr 2004/2005 erzielte die durchschnittliche Apotheke 58 % ihres Gesamtumsatzes mit rezeptpflichtigen Arzneimitteln, 20 % mit rezeptfreien Arzneimitteln (OTC) und 22 % mit Produkten wie Körperpflege, Kosmetik, Nahrungsmittel etc.<sup>1</sup>

21. Apotheken werden aber vor allem mit der Absicht betreten, Arzneimittel zu kaufen. Apotheken bilden nach wie vor den wichtigsten Absatzkanal für Arzneimittel (rund 53.5 % im Jahre 2007)<sup>2</sup>. Bei dieser Gelegenheit werden Produkte wie etwa Kosmetikartikel eingekauft, sind aber i.d.R. nicht ursächlich für den Entscheid, eine Apotheke aufzusuchen. Für die Konsumenten steht damit in Apotheken weniger der Kauf eines Güterbündels (sog. „One-Stop-Shopping“, RPW 2008/4, S. 598, Rz. 55 f.) im Vordergrund, weshalb sich eine Unterteilung der Märkte nach Produktgruppen rechtfertigt. Dabei kann die unterschiedliche Bedeutung der einzelnen Vertriebskanäle (Apotheken, Drogerien, selbstdispensierende Ärzte, Spitäler, Versandhandel) nicht ausgeblendet werden; sie ergibt sich aber nach Analyse der verschiedenen Produkte (so gerade bei Arzneimitteln; dazu in Rz. 24 ff.).

22. Die WEKO erachtet bezüglich der Aufteilung der relevanten Märkte bzw. Sortimente die folgende Unterteilung als möglich (insbesondere in Anlehnung an Entscheide der WEKO im Detailhandel: RPW 2008/4, S. 129 ff; RPW 2008/4, S. 593 ff.), ohne dabei zukünftige Modifikationen bei der Unterteilung zwischen und innerhalb dieser Sortimente auszuschliessen:

<sup>1</sup> Jordan, Dominique und Ray, Didier, 2007, „Apotheken und Drogerien“, in: Gerhard Kocher und Willy Oggier, Gesundheitswesen Schweiz 2007-2009, Verlag Hans Huber, Bern, S. 13-28.

<sup>2</sup> Interpharma, Pharma-Markt Schweiz, Ausgabe 2008, Basel, S. 17.

- Markt für Arzneimittel<sup>3</sup> (der in weitere Teilmärkte zu unterteilen ist; dazu in Rz. 33 f.)
- Markt für Körperpflege, Kosmetik, Parfum
- Markt für Ernährung (inkl. Reformhausprodukte, Diätetika, Babynahrung)
- Markt für Patientenpflege (z.B. Verbandsmaterial, medizinische Produkte)

23. Nachfolgend ist lediglich auf den **Markt für Arzneimittel** näher einzugehen, da die restlichen Märkte auch bei enger Marktabgrenzung nicht betroffen sind.

24. Im Gegensatz zu den bisherigen Überlegungen im Rahmen der durch die WEKO beurteilten Unternehmenszusammenschlüsse im Bereich der Pharmagrossisten (RPW 2005/4, S. 644, Rz. 60 ff.; RPW 2006/3, S. 502, Rz. 30 f.), ist die WEKO aus den nachstehenden Gründen der Ansicht, dass im vorliegenden Fall sowie für zukünftige Fälle, welche Unternehmenszusammenschlüsse zwischen (Ketten von) Apotheken betreffen, die Definition des sachlich relevanten Marktes im Bereich der Arzneimittel entsprechend den Eigenschaften der durch die Konsumenten/Patienten nachgefragten Arzneimittel vorzunehmen ist, d.h. entsprechend der Abgabekategorien und anderer gesetzlich vorgesehener Eigenschaften (Kassenpflichtigkeit) (zur Definition der Teilmärkte vgl. Rz. 33).

25. In den Entscheiden „Galenica AG/Alliance Uni-Chem“ (RPW 2005/4, S. 644, Rz. 60 ff.) und „Galenica/Unione“ (RPW 2006/3, S. 502, Rz. 30 f.) wurde der sachlich relevante (Absatz-)Markt nach dem „Zugang zum Vertriebskanal Apotheken“ definiert. Die WEKO nimmt, wie oben ausgeführt, die sachlich relevante Unterteilung der Absatzmärkte – und damit auch des Marktes für Arzneimittel – vorliegend nach Produktgruppen vor. Die Produktgruppen weisen verschiedene Merkmale auf, entsprechend welchen beim Vertrieb einzelne Vertriebskanäle stärker oder schwächer im Vordergrund stehen (siehe Rz. 32). So kann der sachlich relevante Markt nicht nach den Vertriebskanälen der Arzneimittel (Apotheken, SD-Ärzte etc.) abgegrenzt werden, welche je nach Arzneimitteleigenschaften etwa teilweise oder einseitig substituierbar sind.

26. Der Markt für Arzneimittel ist in verschiedene Teilmärkte zu unterteilen (siehe Rz. 33), die durch folgende Elemente charakterisiert sind:

- Rezeptpflichtige versus nicht rezeptpflichtige Arzneimittel (gemäss Einteilung in die Abgabekategorien A, B, C, D und E)<sup>4</sup>
- Kassenpflichtige (gemäss Spezialitätenliste [SL]) versus nicht kassenpflichtige Arzneimittel

Auf diese Elemente wird im Folgenden eingegangen.

27. Auf den Absatzmärkten sind als Marktgegenseite die Konsumenten/Patienten bzw. Konsumenten als Nachfrager von Arzneimittel zu bezeichnen. Entsprechend ihrer Gesundheitsprobleme, haben die Konsumenten/Patienten die Möglichkeit, die benötigten Arzneimittel bei einer Apotheke, einem SD-Arzt, einer Drogerie, in einem Spital als Patient oder über den Versandhandel zu beziehen.

28. Das Schweizerische Heilmittelinstitut, Swissmedic, entscheidet anlässlich der Arzneimittelregistrierung auf der Basis einer Risiko-Nutzen-Abwägung, ob ein Medikament mit oder ohne ärztliche Verordnung (rezeptpflichtig bzw. nicht rezeptpflichtig) und mit oder ohne Beratung einer Fachperson verkauft werden kann. Folglich klassiert Swissmedic die Arzneimittel in unterschiedliche Abgabekategorien.<sup>5</sup> Die rezeptpflichtigen Arzneimittel sind in die Kategorien A und B, die Arzneimittel im freien Verkauf unter den Kategorien C, D und E, eingeteilt. Die Arzneimittel im freien Verkauf werden auch „OTC Arzneimittel“ („over the counter“) genannt. Diese Arzneimittel sind für die Selbstmedikation konzipiert bzw. für die medizinische Behandlung durch den Konsumenten/Patienten unter eigener Verantwortung.

29. Die Arzneimittel der Kategorien A, B und C sind grundsätzlich nur in Apotheken erhältlich. Dennoch sind in einigen Kantonen die Ärzte berechtigt, diese Arzneimittel ihren Konsumenten/Patienten direkt abzugeben (Selbstdispensation). Ein Konsument/Patient in einem Spital hat ebenfalls Zugang zu allen Arzneimitteln dieser drei Kategorien. Um jedoch Zugang zu diesen Arzneimitteln in einem Spital zu erhalten, muss man i.d.R. hospitalisiert werden. Der Zugang zu Arzneimitteln via Spital ist daher nicht mit dem Zugang via eine Apotheke oder einen SD-Arzt substituierbar. Auf den Verkauf von Arzneimitteln über den Spitalkanal wird an dieser Stelle nicht weiter eingegangen.

30. Die Arzneimittel der Kategorie D werden ausserdem in Drogerien verkauft. Die Arzneimittel der Kategorie E sind im gesamten Handel ohne fachliche Beratung erhältlich.

31. Zusätzlich zur Arzneimittelkategorisierung ist für die Marktdefinition ausschlaggebend, ob die Arzneimittel auf der Spezialitätenliste<sup>6</sup> erscheinen und folglich – unabhängig ihrer Kategorie und der Tatsache, dass sie rezeptpflichtig sind oder nicht – durch die Krankenkasse rückvergütet werden. Die Gesetzgebung der Krankenkasse legt für die SL-Arzneimittel einen Höchstpreis fest. Dieser Faktor ist auch in der Analyse der Wettbewerbssituation auf dem Markt der Arzneimittel zu berücksichtigen. Bei der Analyse ist namentlich zu berücksichtigen, ob ein Kanton die Arzneimittelabgabe durch Ärzte (Ärzte mit Patientenapotheke, selbstdispensierende Ärzte) vorsieht oder nicht.

<sup>3</sup> Die Begriffe „Arzneimittel“ und „Medikamente“ werden synonym verwendet.

<sup>4</sup> Vgl. Art. 22 ff. Verordnung über die Arzneimittel vom 17. Oktober 2001 (Arzneimittelverordnung [VAM]; SR 812.212.21); vgl. Fn. 5.

<sup>5</sup> Abgabekategorien bei Arzneimitteln: A = einmalige Abgabe auf ärztliche oder tierärztliche Verschreibung; B = Abgabe auf ärztliche oder tierärztliche Verschreibung, C = Abgabe nach Fachberatung durch Medizinalperson (Apotheken), D = Abgabe nach Fachberatung (Apotheken und Drogerien), E = Abgabe ohne Fachberatung; vgl. Fn. 4.

<sup>6</sup> Art. 52 Abs. 1 Bst. b Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10).

32. Entsprechend den genannten Arzneimittelmerkmalen hat der Konsument/Patient, der im vorliegenden Fall Marktgegenseite ist, auf dem Arzneimittelmarkt verschiedene oder keine Wahlmöglichkeit und ist entsprechend gehalten, sich etwa an einen bestimmten Typ von Abgabestellen (z.B. Apotheken) zu wenden oder verfügt immerhin über eine gewisse Wahl bei seinem Arzneimittelbezug (z.B. Drogerien, Versandhandel). Wenn zum Beispiel ein Konsument/Patient ein Antibiotikum der Kategorie B benötigt, kann er sich nicht direkt an eine Apotheke wenden, sondern muss vorab einen Arzt konsultieren, ein Rezept und schliesslich sein Antibiotikum in der Apotheke oder in bestimmten Kantonen bei einem SD-Arzt beziehen (oder via Versandhandel). Falls dieses Medikament auf der SL aufgeführt ist, erhält der Konsument/Patient das Medikament durch die Krankenkasse rückvergütet. Benötigt hingegen eine Person ein Medikament der Kategorie C, kann sie es in einer Apotheke beziehen, ohne sich vorgängig an einen Arzt zu wenden. Ist das Arzneimittel der Kategorie allerdings auf der SL aufgeführt und erwägt dieselbe Person, sich dieses Medikament rückvergüten zu lassen, muss sie sich vorher an einen Arzt wenden. Der Arzt kann dieses Medikament direkt abgeben, sofern dies die kantonale Gesetzgebung vorsieht.

33. Die erfolgte Beschreibung des schweizerischen Arzneimittelmarktes ist für die Bestimmung des relevanten Marktes ausschlaggebend. Der (Absatz)Markt von Arzneimitteln (oder der Abgabe/Verkauf von Arzneimitteln) in der Schweiz muss folglich nach dem durch die Kon-

sumenten/Patienten nachgefragten Arzneimitteltypen unterschieden werden. Auf diese Weise ergeben sich die folgenden vier Teilmärkte<sup>7</sup>:

- Teilmarkt für Arzneimittel der Kategorie **A und B**, auf ärztliche Verschreibung
- Teilmarkt für Arzneimittel der Kategorie **C**, Abgabe nach Fachberatung durch Medizinalperson
- Teilmarkt für Arzneimittel der Kategorie **D**, Abgabe nach Fachberatung
- Teilmarkt für Arzneimittel der Kategorie **E**, Abgabe ohne Fachberatung

34. Bei den Arzneimittelkategorien A, B, C und D spielt die Tatsache, ob sie auf der SL sind oder nicht, eine wichtige Rolle, namentlich da auf der SL staatliche Höchstpreise festgelegt sind und die Auflistung auf der SL zur Rückvergütung durch die Krankenversicherung ausschlaggebend ist. Letztere Bedeutung kommt aber vor allem anlässlich der Bestimmung des räumlich relevanten Marktes sowie der Analyse des wirksamen Wettbewerbs zum Tragen.

#### B.4.1.1.2. Beschaffungsmärkte

35. Nachfolgend ist lediglich auf den Markt für Arzneimittel näher einzugehen, da die restlichen Märkte (vgl. Rz. 22) auch bei enger Marktabgrenzung nicht betroffen sind. Die Distribution von Pharmaprodukten erfolgt über verschiedene Stufen und kann vereinfacht wie folgt dargestellt werden (vgl. RPW 2006/3, S. 500):

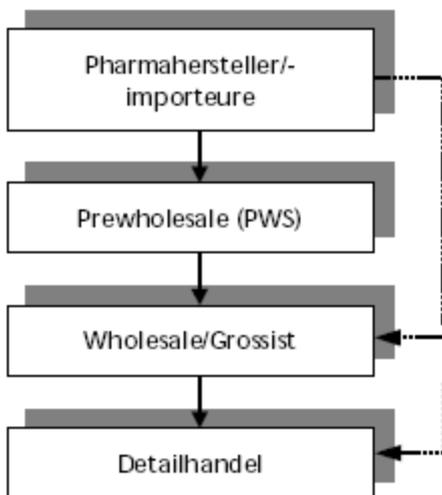


Abbildung 3: Distributionsstufen von Pharmaprodukten

36. Von den Grossisten abzugrenzen sind zunächst die so genannten "Prewholesale-Anbieter" (PWS-Anbieter). Viele Pharmahersteller liefern ihre Produkte nicht direkt an die Grossisten, sondern schalten einen PWS-Anbieter dazwischen. Das Hauptangebot eines PWS-Anbieters besteht in den Dienstleistungen der Lagerung und der Vertriebslogistik. Daneben bieten die meisten PWS-Anbieter weitere Dienstleistungen wie zum Beispiel Bestellwesen, Administration, Rechnungsstellung und Inkasso an. Es handelt sich folglich um eine klassische ausgelagerte Dienstleistung, welche von Pharmaunternehmen, die sich auf das Kerngeschäft der Forschung und Entwicklung konzentrieren möchten, in An-

spruch genommen wird. Im vorliegenden Fall können PWS-Anbieter keine Marktgegenseite von Apotheken darstellen, da sich PWS-Anbieter auf einer vorgelagerten Ebene – zwischen den Pharmaherstellern und den Grossisten – befinden und somit nicht direkt in Kontakt mit den Apotheken treten.

<sup>7</sup> Vgl. Art. 23 ff. VAM.

37. In Bezug auf die Arzneimitteldistribution bilden die Pharmagrossisten das traditionelle Bindeglied zwischen den Pharmaherstellern und dem Detailhandel. Sie sorgen für die Verteilung der Arzneimittel an die einzelnen Abnehmer. Die Grossisten lagern die Arzneimittel in Distributionszentren und beliefern den Detailhandel, d.h. sie transportieren die durch den einzelnen Detailhandelsanbieter bestellten Arzneimittel termingerecht vor Ort. Als Abnehmer der Grossisten figurieren Apotheken, Drogerien, SD-Ärzte, Spitäler und Heime.

38. Die klassischen Pharmagrossisten verfügen über ein Vollsortiment (Vollgrossist), so dass sie in der Lage sind, grundsätzlich jedes nachgefragte Medikament innerhalb kurzer Zeit zu liefern. In der Regel werden beispielsweise Apotheken zumindest täglich beliefert. Die Vollgrossisten beliefern grundsätzlich auch sämtliche Absatzkanäle.

39. Neben diesen klassischen Vollgrossisten sind im Pharmagrosshandel auch Unternehmen tätig, welche nur über ein beschränktes Sortiment verfügen (sog. „Shortliner“). Shortliner konzentrieren sich in der Regel auf ein kleines Sortiment an relativ teuren und deshalb lukrativen Arzneimitteln, welche sie zu günstigeren Preisen als der Vollgrossist verkaufen. Shortliner bieten im Vergleich zum Vollgrossisten tendenziell ein eingeschränktes Dienstleistungsangebot an, beispielsweise in Bezug auf die Lieferfrequenz (normalerweise keine täglichen Lieferungen).

40. Gewisse Unternehmen haben sich darauf spezialisiert, Arzneimittel nur an SD-Ärzte zu liefern (Ärztelieferanten). Dabei sind einige dieser Unternehmen auf Grossistenstufe angesiedelt (Ärztgrossisten), andere,

kleinere Ärztelieferanten, beziehen ihre Arzneimittel teilweise von den Grossisten und sind diesbezüglich in der Arzneimitteldistribution als Zwischenstufe zwischen den Grossisten und den SD-Ärzten einzuordnen.

41. Schliesslich vertreiben Hersteller und Importeure ihre Produkte teilweise auch direkt. Der Direktvertrieb ist insbesondere im Bereich der Spitäler üblich. Dies liegt daran, dass Spitäler über ein grosses Einkaufsvolumen und entsprechende eigene Lagerkapazitäten verfügen. Die Hersteller liefern aber auch in anderen Bereichen direkt an die Detailhandelsstufe, beispielsweise an Apothekenketten oder an Gruppierungen und Einkaufsgemeinschaften von unabhängigen Apotheken. Gewisse Hersteller liefern teilweise sogar an einzelne Apotheken oder SD-Ärzte.

42. In den letzten Jahren hat auf Detailhandelsstufe (neben Apotheken, Drogerien, Spitälern und SD-Ärzten) zudem der Versandhandel mit Arzneimitteln zunehmend an Bedeutung gewonnen. Der Versandhandel mit rezeptpflichtigen Arzneimitteln ist seit dem Inkrafttreten des Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz [HMG]; SR 812.21) im Jahr 2001 gemäss Artikel 27 Absatz 3 HMG und Artikel 29 VAM zulässig. Voraussetzung dafür ist eine kantonale Detailhandelsbewilligung zur Führung einer öffentlichen Apotheke (Art. 27 Abs. 4 HMG und Art. 29 Abs. 1 VAM). Die Versandhandelsapotheken beziehen ihre Arzneimittel zum grössten Teil direkt von den Herstellern und Importeuren, teilweise aber auch von den Grossisten.

43. Grafisch präsentiert sich eine Übersicht über die Arzneimitteldistribution wie folgt (siehe Abbildung 4):

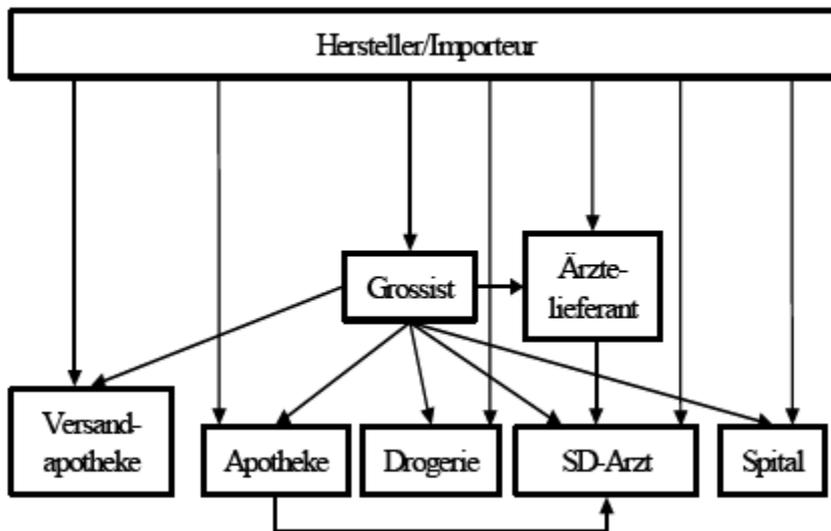


Abbildung 4: Übersicht über die Arzneimitteldistribution

44. Auf den Beschaffungsmärkten stehen die Detailhändler als Nachfrager den Herstellern/Importeuren bzw. Pharmagrossisten gegenüber. Der Detailhandel erbringt in seiner intermediären Stellung auf der Beschaffungsseite Dienstleistungen, die es einem Lieferanten, d.h. den Pharmaherstellern/-importeuren sowie der Grossisten, erlauben, mit seinem Produkt an den Endkonsumenten zu gelangen. Mit anderen Worten umfasst der

sachlich relevante Markt aus Sicht der Lieferanten, die vorliegend die Marktgegenseite bilden, demnach verschiedene Vertriebsmöglichkeiten (Absatzkanäle, d.h. Apotheken, Drogerien, SD-Ärzte, Spitäler) für den Absatz ihrer Arzneimittel zum Endkonsumenten. Für die Marktabgrenzung auf der Beschaffungsseite sind die Substitutionsmöglichkeiten dieser Absatzkanäle zu beurteilen (siehe dazu auch RPW 2006/3, S. 501 f.,

Rz. 22-29). Der sachlich relevante Markt bildet vorliegend der Vertrieb von Arzneimitteln durch Pharmahersteller/-importeure sowie der Grossisten über die verschiedenen Absatzkanäle (Apotheken, Drogerien, SD-Ärzte, Spitäler), wobei die Absatzkanäle bzw. die einzelnen Arzneimittelabnehmer auf Detailhandelsstufe separate sachlich relevante Märkte bilden. In casu steht der Vertriebskanal der Apotheken im Vordergrund. Damit wird innerhalb des Arzneimittelhandels analog zur bestehenden Praxis die Aufteilung nach Vertriebskanälen vorgenommen. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass in einer vertieften Prüfung analog zur vorliegenden Definition der Absatzmärkte nach Produktgruppen zu unterscheiden wäre.

#### B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

##### B.4.1.2.1. Absatzmärkte

46. Hinsichtlich der Definition des räumlich relevanten Marktes für Arzneimittel ist es möglich, sich auf bestehende Überlegungen im Rahmen von anderen Unternehmenszusammenschlüssen im Bereich Detailhandel zu stützen. Es geht darum, soweit möglich, Analogien bezüglich der Distribution von Gütern in der Schweiz, herzustellen. Dabei ist der Akzent auf die Besonderheiten im Arzneimittelverkauf zu legen.

47. Im Detailhandelsbereich spielt sich der Wettbewerb in geografischer Hinsicht gemäss schweizerischer (vgl. „Migros/Globus“, RPW 1997/3, S. 364 ff.) sowie europäischer Rechtsprechung auf zwei Ebenen ab: Einerseits auf der lokalen Ebene zwischen den jeweiligen Verkaufspunkten und auf der nationalen Ebene zwischen den verschiedenen Detailhandelsketten andererseits (vgl. statt vieler RPW 2002/3, S. 511, Rz. 32). Beide Ebenen sind auch im Rahmen einer wettbewerbsrechtlichen Analyse des Arzneimittelhandels in Betracht zu ziehen.

48. Aus Sicht der Konsumenten/Patienten kann davon ausgegangen werden, dass grundsätzlich je nach Arzneimittelkategorie die nächstgelegene oder zumindest eine nahe liegende Apotheke, Drogerie oder SD-Arztpraxis bevorzugt wird, so dass der geografisch relevante Markt lokal abzugrenzen ist. Wie bereits in der vorläufigen Prüfung „Galenica SA/Alliance Uni-Chem“ festgestellt wurde, ergibt sich zwischen städtischen und ländlichen Gebieten ein gewisses Gefälle, d.h. in grösseren Städten ist zum Beispiel die Apothekendichte grösser als in kleineren Ortschaften (vgl. RPW 2005/4, S. 645, Rz. 70).

49. Auf diese Weise gleicht sich die Umschreibung des räumlich relevanten Marktes an die oben vorgenommene Definition des sachlich relevanten Marktes/Teilmärkte an (vgl. Rz. 33). Für alle identifizierten Teilmärkte kann der räumlich relevante Markt vorrangig als **lokal** definiert werden, denn beispielsweise wird sich ein Konsument/Patient aus Genf für den Bezug eines Arzneimittels der Kategorie C nicht nach Lausanne oder Bern begeben. Die Transaktionskosten (Suchkosten, Transportkosten etc.) werden nämlich die Einsparungen durch

den Bezug eines billiger eingekauften Arzneimittels, für welches jedoch ein weiterer Weg zurückgelegt werden musste, reduzieren.

50. Der räumlich relevante Markt hat damit zunächst ein lokales Ausmass. Diesbezüglich ist hervorzuheben, dass, entgegen der Situation im Detailhandel, in dem Studien z.B. einen Umkreis von 10 Autofahrminuten bei kleinen Supermärkten um einen Verkaufspunkt herum bestätigt haben (vgl. Coop/Carrefour, RPW 2008/4, S. 606, Rz. 104 ff), vorliegend keine Informationen hinsichtlich des Arzneimittelmarktes Schweiz bestehen. Solche Analysen könnten allenfalls in einem Untersuchungsverfahren oder einer vertieften Prüfung erstellt werden. Die Wettbewerbsbehörden stützen sich im vorliegenden Fall mangels präziseren Informationen auf die Definition des lokalen Marktes im Rahmen des Detailhandels.

51. Gleichwohl gibt es Elemente, die wie im Detailhandel für eine **nationale** Definition des räumlich relevanten Marktes sprechen, wie dies auch die Parteien vorschlagen. Die WEKO hat denn auch in ihren bisherigen vorläufigen Prüfungen von Unternehmenszusammenschlussvorhaben im Bereich Prewholesale bzw. Pharmagrosshandel den räumlich relevanten Markt für die Apotheken national abgegrenzt. Dies mit der Begründung, dass die Apotheken einen überwiegenden Teil ihrer Umsätze mit kassenpflichtigen Arzneimitteln erzielen (dieser Teil wurde aber seither zunehmend kleiner) und sie diesbezüglich auf einem regulierten Markt tätig sind (vgl. RPW 2005/4, S. 645, Rz. 71; RPW 2006/3, S. 504, Rz. 47). Diese Elemente, die für eine nationale Definition sprechen, werden nachstehend analysiert.

52. Zunächst ist festzuhalten, dass die Aufführung eines Medikaments auf der SL für die Festlegung des Verkaufspreises bedeutend ist. Diese Arzneimittel werden mit einem staatlich fixierten Maximalverkaufspreis versehen. Die Abgabe durch die Abgabestellen zu einem geringeren Preis als dem staatlichem Höchstpreis ist zwar möglich, aber eher unwahrscheinlich, unter anderem, da sie der Konsument/Patient in der Regel nicht selber bezahlen muss, sondern sie durch die Krankenkassen rückvergütet werden (ausgenommen sind Bezüge im Rahmen der Selbstbeteiligung der Versicherten). In der Regel werden die SL-Arzneimittel der Kategorien A, B, C und D, die bei einer Apotheke oder einem SD-Arzt verkauft werden, in der ganzen Schweiz zum selben Preis abgesetzt. Ausgenommen sind die gesetzlich geregelten Abgeltungen der Apothekenleistungen, die nicht alle Apotheken gleich handhaben.

53. Ferner bestehen in der Schweiz Arzneimittel-Vertriebssysteme (z.B. Apothekenketten), die in mehreren Landesteilen präsent sind, was zu einer Überlagerung von mehreren Vertriebsnetzen sowie zu einer Überlagerung der lokalen Erreichbarkeit von Abgabestellen führt. Diese Überlagerung erlaubt Substitutionsketten („Chain of Substitution“) von einem lokalen Markt auf den anderen. Veränderungen auf einem lokalen Markt (Entscheidung einer Apothekenkette, die über das gesamte Vertriebsnetz gilt, wie z.B. Aktionen oder Preisveränderungen) entfalten einen bestimmten Einfluss über seine Grenzen hinaus (vgl. „Coop/EPA“, RPW 2002/3, S. 512).

54. Wie auch aus der Meldung der Parteien zu entnehmen ist, bestehen neben den Apothekenketten der Sun

Store Gruppe und der Galenicare Gruppe (Amavita), die Apothekengruppen Coop Vitality Apotheken, Capitole Gruppe, Dr. Bähler AG Gruppe, Topwell Gruppe sowie die Gruppierungen unabhängiger Apotheken wie die Pharmacieplus sowie die Top Pharm, die mindestens in einer regionalen Dimension tätig sind.

55. Zusammengefasst weisen die Absatzmärkte lokale wie auch nationale Elemente auf. Damit rechtfertigt es sich, den räumlich relevanten Markt als lokal sowie als national abzugrenzen.

#### **B.4.1.2.2. Beschaffungsmärkte**

56. In der neueren Praxis der WEKO (vgl. „Galénica/Unione“, RPW 2006/3, S. 498 ff.; „Pfizer Inc./Pharmacia Corp.“, RPW 2003/2, S. 314 ff.) wurde der räumlich relevante Markt national definiert. Es gibt keinen Anlass, von dieser Marktabgrenzung abzuweichen.

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

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

#### **B.4.2.1 Absatzmärkte**

##### **a) Vorbemerkungen**

58. Wie oben erwähnt (Rz. 46 ff.), spielt sich der (aktuelle) Wettbewerb im Markt für Arzneimittel sowohl auf einer lokalen als auch auf einer nationalen Ebene ab.

59. Es ist zu beachten, dass der Preiswettbewerb von Arzneimitteln primär bei den Hors-Liste-Arzneimitteln spielen kann. Im Jahr 2006 betrug dieser Teil des Marktes etwa CHF 900 Mio., d.h. 56 % der in der Schweiz verkauften Arzneimittel, die jedoch nur 21 % des gesamten Umsatzes ausmachen.

60. Für die auf der SL eingetragenen Arzneimittel (79 % der verkauften Arzneimittel in der Schweiz), existieren – wie bereits erwähnt – Höchstpreise. Entsprechend spielt sich der Wettbewerb zwischen Apotheken auf anderen

Parametern, wie etwa der unterschiedlichen Fakturierung der gesetzlich vorgesehenen Abgeltung der Apothekenleistungen oder dem Standort der Apotheke, ab.

61. Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass die in den betroffenen Gebieten aktiven Ärzte praktisch keine Möglichkeit haben, Arzneimittel abzugeben, da die Selbstdispensation in diesen Gebieten (wie dies in der Romandie generell der Fall ist) nicht vorgesehen ist. Ohne gesetzlich verankerte Möglichkeit zur Selbstdispensation haben nur Apotheken das Recht, Arzneimittel der Kategorien A, B oder C abzugeben (eine Ausnahmestellung kommt dem Versandhandel zu), womit der Ärztekanaal für den Konsumenten/Patienten keine Alternative für den Bezug von Arzneimitteln darstellt.

##### **b) Nationale Ebene**

Auf **nationaler** Ebene führt die Übernahme von Sun Store durch Galénica nicht zu einer Marktanteilkonzentration, welche 20 % übersteigt. Folglich ist dieser Markt nicht betroffen. Selbst wenn eine enge Marktabgrenzung vorgenommen wird, d.h. lediglich die durch die Apotheken erzielten Arzneimittelumsätze berücksichtigt werden (ohne Berücksichtigung der Arzneimittelumsätze der SD-Ärzte), erlangt Galénica durch den Unternehmenszusammenschluss einen umsatzbasierten Marktanteil von 15-20 % (vgl. Tabelle 3). Wird nur die Anzahl der am Unternehmenszusammenschluss beteiligten Apotheken im Verhältnis der Gesamtanzahl der aktiven Apotheken in der Schweiz herangezogen, beträgt der Prozentsatz 12.5 (vgl. Tabelle 4). Es kann davon ausgegangen werden, dass dies national betrachtet auch für die oben definierten Teilmärkte gilt (vgl. Rz. 33) und der Zusammenschluss nicht zu spürbaren Veränderungen führt. Es ist im Weiteren anzunehmen, dass sich die Marktanteile der meldenden Parteien nach dem Unternehmenszusammenschluss innerhalb den verschiedenen Arzneimittelkategorien nicht massgebend verändern werden. Für die Kategorien sind die Marktanteile eher zu hoch berechnet, da auch die anderen Vertriebskanäle (wie SD-Ärzte und Drogerien) in der Berechnung der Marktanteile auf nationaler Ebene berücksichtigt werden müssten. Zum Beispiel haben die Konsumenten/Patienten für den Verkauf der Arzneimittelkategorien A, B und C in bestimmten Landesteilen auch die Möglichkeit, sich etwa an SD-Ärzte zu wenden, welche in der Schweiz einen relevanten Marktanteil ausweisen (24.4 % gemäss Fabrikpreis). An dieser Stelle wird aber nicht vertieft auf die daraus erwachsenden Wettbewerbsbedingungen eingegangen.

Tabelle 3: Nationaler Marktanteil von Sun Store und Amavita gemäss Umsatz 2008 (in Mio. CHF, zu Verkaufspreisen)<sup>8</sup>

Region	Total Apotheken	Anteil Amavita	Anteil Sun Store	Anteil Amavita/Sun Store
Total CH	3'200 - 3'500	7-12 %	5-10 %	15-20 %

Quelle: IMS Health GmbH

Tabelle 4: Nationaler Marktanteil von Sun Store und Amavita gemäss Anzahl Apotheken 2008 (Sun Store und Amavita im Verhältnis zur Gesamtanzahl an Apotheken)

Region	Total Apotheken	Amavita	Sun Store	Rest. Apotheken	Anteil Amavita	Anteil Sun Store	Anteil Amavita/Sun Store
Total CH	1'729	121	95	1'513	7.0 %	5.5 %	12.5 %

Quelle: IMS Health GmbH / Parteien

### c) Lokale Ebene

62. Auf **lokaler** Ebene gestaltet sich die Situation anders. Ausgehend von der Analyse der Anzahl vom Zusammenschluss betroffenen Apotheken im Verhältnis zur Gesamtzahl an Apotheken in der Schweiz, zeigt sich, dass durch den Zusammenschluss für die folgenden Städte und Agglomerationen lokal betroffene Märkte entstehen: Morges, Lausanne, Bulle, Sion, Sierra sowie La Chaux-de-Fonds und Delémont. Da die Apotheken unterschiedlich gross sind,<sup>9</sup> sind Aussagen, die sich lediglich an der Anzahl Apotheken orientieren, nur bis zu einem gewissen Grad aussagekräftig. Um die exakten Marktanteile berechnen zu können, wäre auf die individuellen Umsatzzahlen aller Apotheken abzustellen. Eine

Vollerhebung der Umsatzzahlen aller Apotheken existiert jedoch nicht.

63. Zur Verifizierung werden als Indikator regional erhobene Umsatzzahlen, die auf einer Stichprobe von Apotheken basieren (inklusive sämtlicher Amavita- und Sun Store-Apotheken in der Schweiz), herbeigezogen (PTR-Regionen der IMS Health GmbH), die nach Postleitzahlen codiert sind; vgl. Abbildung 5). Diese regionale Analyse bestätigt, dass in den als lokal betroffenen Märkten der Zusammenschluss von Sun Store und Galenica insbesondere zu einer erhöhten Konzentration in der Romandie führt. Zusätzlich ergeben sich regional betrachtet in Luzern als auch in St. Gallen Regionen mit erhöhten Konzentrationen.

Abbildung 5: PTR-Regionen



Quelle: IMS Health GmbH

<sup>8</sup> Es handelt sich nicht um den Umsatz der Apotheken im Allgemeinen, sondern um den Umsatz der Apotheken mit Arzneimittel.

<sup>9</sup> Siehe JORDAN DOMINIQUE und RAY DIDIER, 2007, „Apotheken und Drogerien“, in: Gerhard Kocher und Willy Oggier, Gesundheitswesen Schweiz 2007-2009, Verlag Hans Huber, Bern, S. 24 ff.

64. Es zeigt sich auch, dass die Marktanteile der Amavita- und Sun Store-Apotheken nach Umsatzzahlen tendenziell höher sind als nach Anzahl Apotheken. So müssten im Rahmen einer vertieften Prüfung sämtliche Umsatzzahlen der Apotheken erhoben werden, um ein genaueres Bild (mit kleineren als den PTR-Regionen) der lokalen Konzentrationen abbilden zu können. Vorliegend kann darauf aber verzichtet werden, da – wie nachfolgend gezeigt – keine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung angenommen werden kann. Es ist festzustellen, dass die Übernahme von Sun Store durch Galenica die Situation für die überwiegende Mehrheit der Städte und Gemeinden der Westschweiz nicht in entscheidender Art verändert.

65. Die WEKO geht davon aus, dass durch den Unternehmenszusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Es ist anzunehmen, dass selbst wenn eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde, dadurch der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt werden könnte. Dies zeigen die nachfolgenden Überlegungen:

- Zunächst sind auf diesen Märkten in den meisten Fällen mindestens zwei weitere Akteure (Capitole und/oder Pharmacieplus) präsent.
- In der Umgebung der betroffenen Städte und Agglomerationen stehen den Konsumenten/Patienten in einem Umkreis von etwa 10 Autofahrminuten mehrere Apotheken zur Verfügung, welche einer Konkurrenz-Gruppe von Galenica/Sun Store angehören oder von den zusammenschliessenden Unternehmen unabhängig sind. Zum Beispiel sind im Agglomerationsgürtel von Sierre 6 weitere Apotheken (Chalais, Grône, Lens, Leuk, Grimisuat und Vercorin) tätig; somit ist es etwa nicht notwendig, sich für den Arzneimittelkauf nach Sion zu begeben. Von Morges (Lausanne nicht hinzugerechnet) aus sind 7 Apotheken in 10 Autofahrminuten erreichbar (z.B. Crissier, Chavanne-près-Renens, Bussigny etc.). Von Bulle aus können Konkurrenzunternehmen in La Tour-de-Trême, Riaz und Broc aufgesucht werden.
- Diesbezüglich ist festzuhalten, dass in der ganzen Romandie die Anzahl an unabhängigen Apotheken, welche keiner Gruppe der zusammenschliessenden Parteien angehören werden, wichtig ist, auch wenn diese Apotheken nicht in Apotheken-Gruppen organisiert sind. Im Übrigen könnte die Konzentration Galenica/Sun Store ein Element sein, welches die wettbewerbsfördernde Gruppenbildung vorantreibt.
- Sodann ist der Marktzugang relativ offen. Im Verlauf der letzten Jahre wurden denn auch neue Apotheken eröffnet. Die Phönix Pharmahandel AG & Co., die im Jahr 2008 in den Markt eingetreten

ist, verfügt heute gemäss Angaben der meldenden Unternehmen über einen Marktanteil von 2-7 %. Zwei Jahre früher trat auch die Migros in den Markt ein. So kann am Kundendienst der Migros Lenzburg Arzneimittel bestellt werden, welche durch die Apotheke zur Rose geliefert werden und nach 48 Stunden im Geschäftslokal der Migros bezugsbereit sind. Es gilt jedoch zu bemerken, dass der Marktanteil der Migros derzeit immer noch gering, wenn auch ausbaufähig, ist. In den betroffenen Städten und Agglomerationen bestehen keine Elemente, welche die Errichtung neuer Konkurrenz-Apotheken verhindern (potenzieller Wettbewerb).

- Was den Hors-Liste-Arzneimittelmarkt der Kategorien D und E betrifft, haben die Konsumenten/Patienten die Möglichkeit, sich an Drogerien oder an den Detailhandel (für die Kategorie E) zu wenden, ohne von den Apotheken im Allgemeinen und von Galenica im Besonderen, abhängig zu sein.
- Abschliessend ist zu erwägen, dass vom Arzneimittelverkauf über den Versandhandel zunehmend Gebrauch gemacht wird.

66. Aus diesen Gründen besteht auf lokaler Ebene genügend wirksamer Wettbewerb, um Galenica/Sun Store disziplinieren zu können. So ist es nicht anzunehmen, dass in den betroffenen Städten und Agglomerationen eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

#### d) Schlussfolgerungen

67. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den relevanten Märkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

#### B.4.2.2 Beschaffungsmärkte

68. Der Vertriebskanal über die Apotheken ist auf dem Beschaffungsmarkt nach nationaler Abgrenzung nicht betroffen, da die Schwellwerte nach Artikel 11 Abs. 1 Bst. d VKU nicht erreicht werden. Damit kann davon ausgegangen werden, dass der Zusammenschluss auf den relevanten Märkten keine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

#### B.4.3 Ergebnis

69. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den obengenannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben. Vorbehalten bleibt Art. 38 Abs. 1 Bst. a KG.

B 2.3

**5. Fiat/Chrysler**

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

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

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

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 28. Mai 2009*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 28. Mai 2009*

1. Am 5. Mai 2009 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Fiat SpA (Fiat) mit Sitz in Turin, Italien, die Kontrolle über die Aktiven und die Geschäftstätigkeit der Chrysler LLC (Chrysler) mit Sitz in Aubin Hills, USA, zu erwerben.

2. Fiat ist eine unter italienischem Recht konstituierte Firma, welche in der Entwicklung, der Herstellung und dem Vertrieb von Personenwagen (Pkw), Lastwagen sowie Landwirtschafts- und Baufahrzeugen tätig ist. Daneben unterhält Fiat hauptsächlich über Tochtergesellschaften den Geschäftsbereich Component and Production Systems, welcher den der Fahrzeugproduktion vorgelagerten Bereich umfasst. In der Schweiz bestehen

unter dem Dach der Fiat-Gruppe diverse Gesellschaften, die den Import und den Vertrieb der zugehörigen Fahrzeuge und Ersatzteile bezwecken. Die Fiat-Gruppe vereinigt die Pkw-Marken Fiat, Lancia, Alfa Romeo, Ferrari und Maserati sowie Iveco-Lastwagen und Nutzfahrzeuge.

3. Chrysler ist ein US-amerikanischer Hersteller von Personenwagen, Motoren und Ersatzteilen der Marken Chrysler, Jeep und Dodge. In der Schweiz ist Chrysler über die Chrysler Switzerland GmbH tätig, die den Import, Vertrieb und Handel mit Motorfahrzeugen, Zubehör und Ersatzteilen sowie den damit in Zusammenhang stehenden Dienstleistungen in der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein bezweckt.

4. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft insbesondere die Märkte für die Herstellung und den Vertrieb von Personenkraftwagen sowie Ersatzteilen. Die Ermittlungen der Wettbewerbskommission ergaben, dass die durch das Zusammenschlussvorhaben herbeigeführten horizontalen Überschneidungen begrenzt und die Zusammenschlussparteien auf den betroffenen Teilmärkten weiterhin starken Wettbewerbern mit erheblichen Marktanteilen ausgesetzt sein werden.

5. Durch den Zusammenschluss wird keine marktbeherrschende Stellung von Fiat und Chrysler begründet oder verstärkt.

B 2.3

**6. GE/Safran**

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

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

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

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 26. Juni 2009*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 26. Juni 2009*

1. Am 29. Mai 2009 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Safran SA (über ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft Safran USA) mit Sitz in Paris, Frankreich, die gemeinsame Kontrolle über die GE Homeland Protection, Inc. (GEHP) mit Sitz in Newark, USA, zu erlangen. Die General Electric Company (GE) mit Sitz in Fairfield, USA, die derzeit hundert Prozent der Aktien an der GEHP hält, beabsichtigt, 19 % der Aktien von GEHP zu behalten und auch nach der Transaktion einen bestimmenden Einfluss auf GEHP auszuüben.

2. Safran SA ist eine unter französischem Recht konstituierte und börsenkotierte Gesellschaft und die Muttergesellschaft der Safran Gruppe, zu welcher auch Safran USA gehört. Die Safran Gruppe ist ein im Bereich der Spitzentechnologie tätiger Konzern, welcher in folgende drei Geschäftseinheiten aufgliedert ist: Aerospace Propulsion (Antriebstechnik für Luft- und Raumfahrt), Aircraft Equipment (Flugzeugausrüstung und -systeme) und Defense Security (Verteidigungs- und Sicherheitstechnologien). Die Safran Gruppe beschäftigt insgesamt 54'500 Angestellte in über 30 Ländern.

3. GE ist ein weltweit tätiges diversifiziertes Industrie-, Finanz- und Medienunternehmen und aktiv in den verschiedensten Geschäftsfeldern in den Bereichen Herstellung, Technologie und Dienstleistungen. Die Produkt- und Dienstleistungspalette der GE Gruppe reicht von der

Herstellung von Flugzeugtriebwerken, der Energieerzeugung und der Wasseraufbereitung über Sicherheitstechnologien und Gesundheitstechnologien bis hin zu Finanzdienstleistungen für Privat- und Geschäftskunden sowie Informationsdienstleistungen. GE hat Kunden in über 100 Ländern und beschäftigt weltweit über 300'000 Personen.

4. Bei GE Security Inc. (GESE) handelt es sich um eine hundertprozentige (indirekte) Tochtergesellschaft von GE. GESE hält gegenwärtig noch 100 % der Anteile an GEHP und ist eine nach amerikanischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Plainville, USA. GESE bietet eine umfassende Palette von Sicherheits- und Erkennungssystemen an, einschliesslich hochentwickelte Videoüberwachungssysteme, webbasierte Überwachungssysteme, Zutrittskontrollanlagen, Brandmelde-techniken und Lebensrettungssysteme, Einbruchmelde-techniken (für Geschäfts- und Privatkunden), Geräte für die Erkennung von Sprengstoffen und Rauschgiften und Schlüsselverwaltung (Key Management). GESE beschäftigt mehr als 5'700 Angestellte und ist in über 26 Ländern operativ tätig.

5. Die Marktuntersuchungen der Weko ergaben, dass die Produkte von GE und Safran nicht substituierbar sind. Das Zusammenschlussvorhaben führt folglich zu keinen horizontalen Überschneidungen. In räumlicher Hinsicht konnte eine genauere Abgrenzung des Marktes ausbleiben, da das Zusammenschlussvorhaben selbst bei Zugrundelegung eines eng gefassten räumlichen Marktes (Schweiz) auf keine wettbewerbsrechtlichen Einwände gestossen wäre. Schliesslich lieferte auch die Analyse der voraussichtlichen Stellung in den betroffenen Märkten keine Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung oder deren Verstärkung.

6. Da durch diesen Zusammenschluss in der Schweiz weder eine marktbeherrschende Stellung begründet noch eine solche verstärkt wird, konnte auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG verzichtet werden.

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

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

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

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 9. Juli 2009*

## A SACHVERHALT

1. Am 10. Juni 2009 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die Meldung i.S.v. Art. 9 Abs. 1 KG über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen der Swiss Prime Site AG („Swiss Prime Site“) und der Jelmoli Holding AG („Jelmoli“) erhalten (zusammen „die Parteien“). Danach beabsichtigt die Swiss Prime Site, durch ein öffentliches Umtauschangebot im Sinne von Art. 22 ff. BEHG für alle sich im Publikum befindenden Namenaktien die Kontrolle über Jelmoli zu erlangen. Dem Umtauschangebot geht ein Aktienkaufvertrag mit der Pelham Investments SA voraus, wodurch die Swiss Prime Site rund 30 % des Aktienkapitals der Jelmoli erworben hat.

2. Swiss Prime Site ist eine schweizerische Immobiliengesellschaft. Ihr Portfolio von rund CHF 3.8 Mrd. ist auf Geschäftsimmobilien fokussiert. Swiss Prime Site ist seit April 2000 an der SIX Swiss Exchange („SIX“) kotiert und weist eine Börsenkapitalisierung von rund CHF 1.3 Mrd. auf. Damit ist Swiss Prime Site, nach PSP Swiss Property mit einer Börsenkapitalisierung von 2.5 Mrd., die zweitgrösste kotierte Schweizer Immobiliengesellschaft.

3. Jelmoli ist ein schweizerischer Immobilien- und Detailhandelskonzern. Jelmoli ist ebenfalls an der SIX kotiert und weist eine Börsenkapitalisierung von 1.5 Mrd. auf. Jelmoli konzentriert sich seit Beginn der 90er-Jahre auf die Entwicklung und Verwaltung von Detailhandelsimmobilien, u.a. des Jelmoli-Warenhauses „The House of Brands“ in Zürich. Die Jelmoli-Gruppe wurde per Ende März 2009 in einen Immobilien- und Detailhandelskonzern (Jelmoli) einerseits und einen Investmentkonzern (Athris Holding AG) andererseits aufgespalten. Letztere ist an der vorliegend gemeldeten Transaktion nicht beteiligt und wird deshalb nicht weiter berücksichtigt. Weiter gibt Jelmoli im Rahmen seiner Detailhandelstätigkeiten zusammen mit der Valartis Bank die Jelmoli Bonus Card (Kundenkarte mit integrierter Visa Gratskreditkarte) heraus.

## B ERWÄGUNGEN

### B.1 Geltungsbereich

4. Das Kartellgesetz<sup>1</sup> 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

5. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss – öffentliches Übernahmeangebot

6. Am 29. Mai 2009 schloss die Swiss Prime Site mit Pelham Investments SA (Pelham) einen Aktienkaufvertrag ab, wonach Swiss Prime Site von Pelham knapp 30 % des Aktienkapitals von Jelmoli erwirbt. Um die Kontrolle über Jelmoli zu erlangen, wird Swiss Prime Site in Anschluss an den Vollzug des Aktienkaufvertrages ein öffentliches Umtauschangebot (Transaktion) im Sinne von Art. 22 ff. BEHG für alle sich im Publikum befindenden Namenaktien der Jelmoli unterbreiten. Der Erwerb der Pelham-Beteiligung und das öffentliche Umtauschangebot sind voneinander unabhängig.

7. Daraus folgt, dass die gemeldete Transaktion einen Erwerb der Kontrolle von Swiss Prime Site über Jelmoli und damit einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU<sup>2</sup> darstellt. Als ein angekündigtes öffentliches Übernahmeangebot ist die Transaktion meldefähig im Sinne von Art. 9 KG.

### B.1.3 Ziele des Zusammenschlusses

8. Swiss Prime Site beabsichtigt mit der Übernahme von Jelmoli und dem damit erworbenen Immobilienportfolio die Diversifikation ihres bestehenden Portfolios. Zudem sollen durch das Immobilien-Know-How beider Unternehmen Synergieeffekte erzielt und Mehrwert geschaffen werden.

### B.2 Vorbehaltene Vorschriften

9. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

### B.3 Meldepflicht

10. Sofern die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 und 3 KG und Art. 3–8 VKU erreicht sind, handelt es sich um einen meldepflichtigen Zusammenschluss. Die folgende Tabelle gibt einen Überblick über die im Jahr 2008 erwirtschafteten Umsätze der beiden Unternehmen.

<sup>1</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6.10.1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>2</sup> Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4).

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2008 (in Mio. CHF)

Umsätze 2008 (in Mio. CHF)	Schweiz	weltweit
Swiss Prime Site	209	209
Jelmoli <sup>3</sup>	396.4	396.4
Total	605.4	605.4

11. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2008 in der Schweiz einen Umsatz von insgesamt mehr als CHF 500 Mio. Der Schwellenwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG ist somit erreicht. Beide beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2008 in der Schweiz je einen Umsatz von über CHF 100 Mio., womit auch der Schwellenwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG überschritten ist. Der Zusammenschluss ist in keinem anderen Land als in der Schweiz meldepflichtig.

#### B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

12. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die Weko, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

13. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

##### B.4.1 Relevante Märkte

###### B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

15. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind wie oben aufgezeigt in mehreren Bereichen tätig. Während Swiss Prime Site ausschliesslich im Immobiliengeschäft aktiv ist, ist Jelmoli zusätzlich im Bereich des Detailhandels und der Herausgabe von Kredit- und Kundenkarten tätig. Durch den Zusammenschluss kommt es somit einzig im Segment des Immobiliengeschäfts zu Überlappungen. Sowohl Swiss Prime Site als auch Jelmoli verfügen vor allem über Geschäftsliegenschaften, wobei Swiss Prime Site mehr Büroliegenschaften und Jelmoli mehr Retailliegenschaften besitzt.

16. Das Immobiliengeschäft umfasst die Entwicklung, Bewirtschaftung und Vermietung sowie den Kauf und Verkauf von Liegenschaften.<sup>4</sup> Die Marktgegenseite bilden im vorliegenden Fall daher Mieter sowie Käufer und Verkäufer von Immobilien. Das Immobiliengeschäft kann weiter in die Bereiche Geschäftsliegenschaften (Büroliegenschaften und Retailliegenschaften) und Wohnliegenschaften unterteilt werden. Ob die Vermietung und der Kauf und Verkauf von Liegenschaften je als eigene

sachlich relevante Märkte zu betrachten sind und ob jeweils nach Art der Geschäftsliegenschaft unterschieden werden muss, müsste aus Sicht der Marktgegenseite beurteilt werden. Da auch bei der engsten denkbaren Marktabgrenzung der kumulierte Anteil der Parteien in der Schweiz unter 10 % liegt, kann die Frage der genauen Marktabgrenzung offen gelassen werden.

17. Im Zusammenhang mit dem Immobiliengeschäft hat die Wettbewerbskommission (Weko) in ihrer bisherigen Praxis den Bereich *Facility Management* (FM) näher betrachtet, wobei die Existenz eines eigenständigen FM-Marktes verneint wurde.<sup>5</sup> FM beinhaltet alle Dienstleistungen, die zum Betreiben und Unterhalten einer Immobilie erforderlich sind, beispielsweise die Verwaltung und technische Dienste. FM-Anbieter halten in der Regel jedoch keine Liegenschaften, sondern bieten ihre FM-Leistungen Immobilieneigentümern, wie z.B. Swiss Prime Site, an. Im Bereich FM besteht damit die Marktgegenseite einerseits aus Immobilieneigentümern, welche FM-Dienstleistungen nachfragen und andererseits aus Mietern, welche ihr Mietverhältnis über die FM-Gesellschaft (Liegenschaftsverwaltung) abwickeln. FM-Anbieter sind daher nur insofern Konkurrenten von Swiss Prime Site oder Jelmoli, als sie gegenüber den Mietern als Vermieter von Liegenschaften auftreten.

18. Aufgrund der obigen Ausführungen wird im Folgenden als Arbeitshypothese von sachlich relevanten Märkten für das Immobiliengeschäft mit Büro- und Retailliegenschaften ausgegangen.

###### B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

<sup>3</sup> Die Angaben von Jelmoli sind ohne die Umsätze der Athris, da die vorliegende Transaktion nach deren Abspaltung erfolgt und somit die Athris nicht betrifft.

<sup>4</sup> Die Haupttätigkeit der Immobiliengesellschaften Swiss Prime Site und Jelmoli besteht im Halten und Vermieten von Liegenschaften. Käufe und Verkäufe werden gemäss Aussage der Parteien getätigt, um das Liegenschaftsportfolio zu optimieren und nicht in erster Linie mit dem Ziel, Umsätze zu generieren. So hat im Jahr 2008 Swiss Prime Site nur 10 kleine Liegenschaften mit einem Marktwert von insgesamt 49 Mio. und Jelmoli nur zwei kleine Liegenschaften veräussert.

<sup>5</sup> Vgl. etwa RPW 2009/1, S. 96, Rz. 2 f., Johnson Controls/Geschäftsbereich Facility Management der Swisscom Immobilien AG, RPW 2006/4, S. 682, Rz. 18, ISS/Edelweissfm, und RPW 2004/1, S. 141, Rz. 11 f., 3i Group plc/MIB AG.

20. Die definitive Abgrenzung der räumlichen Märkte kann vorliegend ebenfalls offen gelassen werden, da selbst bei der engst möglichen räumlichen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen. Im Folgenden soll deshalb nur kurz auf eine mögliche räumliche Abgrenzung des Immobiliengeschäfts eingegangen werden.

21. Die Parteien sind der Ansicht, dass die räumliche Dimension des Immobiliengeschäfts national sei, wobei offen gelassen wird, ob aufgrund geographischer Faktoren allenfalls eine regionale Abgrenzung möglich wäre.

22. Aufgrund grosser regionaler Unterschiede in Bezug auf die Attraktivität eines Standorts sowie eingeschränkter geographischer Mobilität scheint eine regionale Abgrenzung des Immobiliengeschäfts naheliegend. Gerade bei Büro- und Retailliegenschaften wäre zudem eine weitere Segmentierung nach wirtschaftlichen Ballungszentren (z.B. Grossraum Zürich oder Genf) denkbar.

23. Als Arbeitshypothese wird im Folgenden von regionalen räumlich relevanten Märkten ausgegangen, mit spezieller Betrachtung von wirtschaftlichen Ballungszentren wie Zürich oder Genf.

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

24. Es werden nur diejenigen sachlich und räumlich relevanten Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann in der Regel von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. Es erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

25. Durch die Kontrollübernahme von Jelmoli wird Swiss Prime Site sowohl gemessen am Verkehrswert ihrer Liegenschaften als auch hinsichtlich der Börsenkapitalisierung zur grössten eigenständigen Immobiliengesellschaft der Schweiz. Trotzdem liegen, wie im Folgenden aufgezeigt wird, aufgrund der atomistischen Struktur des Immobilienmarktes keine sachlichen und räumlichen Märkte vor, in welchen die Marktanteilsschwellen gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU erfüllt sind.

##### **a) Marktanteile**

26. Im Hinblick auf die vorliegend relevanten Tätigkeiten von Swiss Prime Site und Jelmoli in der Schweiz gibt es nur wenig öffentlich zugängliche Daten. Die folgenden Angaben beruhen auf einer Plausibilitätsprüfung der Schätzungen der Parteien<sup>6</sup>, da es keinen Anlass gibt, diese Zahlen grundsätzlich in Zweifel zu ziehen.

27. Für den Bereich Büro- und Retailflächen ergibt sich auf diese Weise für die gesamte Schweiz ein Marktanteil von [<10] % für Swiss Prime Site und [<10] % für Jelmoli, was einen gemeinsamen Marktanteil im Bereich Geschäftsliegenschaften von [<10] % ergibt. Der kumulierte Marktanteil beider Parteien liegt für sämtliche betrachteten Regionen (z.B. Westschweiz, Bern, Zentralschweiz, Tessin, Ostschweiz) [<10] %, wobei der gemeinsame

Marktanteil in der Stadt [...] mit [1-10] % am höchsten liegt.

28. Die Marktanteile werden für die Geschäftsliegenschaften separat für Büro- und Retailflächen bestimmt. Im Bereich Büroflächen liegen die kumulierten Marktanteile von Swiss Prime Site und Jelmoli für alle betrachteten Regionen [<10] %. Im Bereich Retailflächen liegen die kumulierten Marktanteile von Swiss Prime Site und Jelmoli für alle betrachteten Regionen [<10] %, wobei der gemeinsame Marktanteil in der Stadt [...] mit [1-10] % am höchsten ausfällt.

29. Die Unterteilung der Geschäftsliegenschaften in Büro- und Retailflächen bringt zum Ausdruck, dass im Allgemeinen die Marktanteile von Swiss Prime Site im Bereich Büroflächen höher ausfallen als jene von Jelmoli, während im Bereich Retailflächen die Marktanteile von Jelmoli höher ausfallen als jene von Swiss Prime Site.

30. Die Parteien verfügen über fast keine reinen Wohnliegenschaften. Swiss Prime Site verfügt über keine reinen Wohnliegenschaften, Jelmoli nur über 7 reine Wohnliegenschaften. Die Parteien halten Liegenschaften mit Wohnungen fast ausschliesslich aufgrund von Gewerbeliegenschaften mit Wohnanteil. Swiss Prime Site verfügt in der Schweiz über ungefähr 200 Wohnungen, Jelmoli über 12 gemischte Gewerbe- und Wohnliegenschaften. Werden diese Zahlen ins Verhältnis der Gesamtanzahl Liegenschaften<sup>7</sup> gesetzt, wird deutlich, dass der Anteil der Parteien im Bereich Wohnliegenschaften auch bei einer engen Marktabgrenzung sehr gering ausfällt.

31. Auch bei der engst möglichen Segmentierung des Marktes ergeben sich folglich keine sachlichen und räumlichen Märkte, in welchen die Marktanteile gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU überstiegen werden.

##### **b) Aktuelle Konkurrenz**

32. Gemessen am Verkehrswert der Liegenschaften gibt es nach Angabe der Parteien verschiedene Wettbewerber, die eine ähnliche Grösse haben:

<sup>6</sup> Die Schätzungen der Marktanteile der Parteien basieren auf Flächenhochrechnungen der Firma Wüest & Partner. Dabei werden die Büro- und Retailflächen der Liegenschaften von Swiss Prime Site und Jelmoli zu den Gesamtvolumen in verschiedenen Regionen in Bezug gesetzt, woraus sich eine Schätzung für den jeweiligen Marktanteil ergibt.

<sup>7</sup> Gemäss Wüest & Partner gab es in der Schweiz im Jahr 2007 über 2 Mio. Wohnungen (Stadt Zürich: 172'000, Stadt Genf 81'400, Stadt Bern: 57'700).

Tabelle 2: Verkehrswert der Liegenschaften in Mia. CHF (börsenkotierte Unternehmen sind mit einem Asterisk (\*) gekennzeichnet)

Wettbewerber	Verkehrswert der Liegenschaften in Mia. CHF (ca.)
Swisslife/Swissville *	[1-10]
Zürich Versicherung *	[1-10]
AXA/Winterthur *	[1-10]
PSP Swiss Property AG *	[1-10]
UBS Sima *	[1-10]
Basler Versicherung *	[1-10]
<b>Jelmoli *</b>	<b>4.1</b>
Pensionskasse-Migros (MPK)	[1-10]
<b>Swiss Prime Site *</b>	<b>3.8</b>
Pensionskasse des Kantons Waadt CPEV	[1-10]
Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft AG *	[1-10]
Helvetia *	[1-10]
Suva	[1-10]
Allreal *	[1-10]

33. Aus obiger Zusammenstellung wird deutlich, dass es verschiedene Marktteilnehmer gibt, welche gemessen am Verkehrswert ihrer Liegenschaften eine vergleichbare Grösse wie Swiss Prime Site oder Jelmoli haben.

34. Hinsichtlich der unter Rz.32 aufgeführten Wettbewerber kann unterschieden werden zwischen eigenständigen Immobiliengesellschaften wie Swiss Prime Site, PSP Swiss Property AG oder Allreal und Grundeigentümern wie Pensionskassen und Versicherungen, welche als Teil ihrer Anlagestrategie Immobilien halten. Da die Liegenschaftsbesitzer unabhängig von ihrer Organisationsform dieselbe wirtschaftliche Tätigkeit ausüben (Kauf und Verkauf sowie Vermietung von Liegenschaften), stehen sie in einem Konkurrenzverhältnis zueinander.

35. Selbst wenn Swiss Prime Site durch die Übernahme von Jelmoli gemessen am Verkehrswert ihrer Liegenschaften zur grössten eigenständigen schweizerischen Immobiliengesellschaft werden dürfte, liegen neben anderen Immobiliengesellschaften mit Pensionskassen, Anlagestiftungen und Versicherungen verschiedene Wettbewerber vor, die Immobilien zu Anlagezwecken kaufen, verkaufen und vermieten und über ein bedeutendes Immobilien-Portefeuille verfügen.

36. Allgemein kann festgehalten werden, dass das Immobiliengeschäft durch ein fragmentiertes Marktumfeld gekennzeichnet ist, wobei verschiedene Eigentümer von Immobilien eine mit den Parteien vergleichbare Grösse

aufweisen und in einem Konkurrenzverhältnis zu diesen stehen.

#### B.4.3 Schlussfolgerungen

37. Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die von der Transaktion herrührenden kumulierten Marktanteile der Parteien in der Schweiz tief sind. Deshalb wird die Transaktion die Marktstruktur in der Schweiz nicht spürbar ändern, weder im allgemeinen noch in einem der einzelnen Segmente oder Subsegmente. Da die neue Einheit nach dem Zusammenschluss – selbst bei der engst möglichen Marktabgrenzung – auf keinem relevanten Markt über einen Marktanteil von mehr als [1-10] % verfügt, liegen keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

38. Überdies werden die Parteien auch nach Vollzug des Zusammenschlusses weiterhin lebhaftem Wettbewerb seitens etablierter schweizerischer Immobiliengesellschaften wie PSP Swiss Property AG oder Allreal sowie Versicherungen und Pensionskassen, welche als Teil ihrer Anlagestrategie über eigene Immobiliengesellschaften verfügen, ausgesetzt sein.

#### B.5 Ergebnis

39. Zusammenfassend ergibt die vorläufige Prüfung keine Anhaltspunkte dafür, dass der geplante Zusammenschluss – der Erwerb der Kontrolle der Swiss Prime Site über Jelmoli – eine marktbeherrschende Stellung

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

---

D	<b>Entwicklungen</b> <b>Développements</b> <b>Sviluppi</b>
D 2	<b>Bibliografie</b> Bibliographie Tribunale federale

## SCHWEIZ

ZIMMERLI DANIEL: Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der Bonusregelung im Kartellrecht – Stämpfli Bern 2007

LANG THOMAS: Immaterialgüterrechtliche Lizenzierung und kartellrechtliche Verhaltenskontrolle – Peter Lang, Frankfurt am Main

KRAUSKOPF PATRICK L./GRABER ANDREA: Die neue Vertikalbekanntmachung – Ein Leitfaden für Praktiker in: sic! 2008, 781 ss.

KRAUSKOPF PATRICK L./ROCHAT DELPHINE: Wirksame kartellrechtliche Compliance, in: Anwaltsrevue/Revue des avocats 2009/2, 63 ss.

SCHALLER OLIVIER: Ce qu'il faut retenir des (r)évolutions cartellaires 2008, in: Reuve de l'Avocat 2009/2, 83 ss.

**Abkürzungsverzeichnis**

Registre des abréviations  
Indice delle abbreviazioni

<b>A</b>			
AF	Arrêté fédéral	GebrV	and Trade Verordnung über
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	GRUR	Gebrauchsgegenstände Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	GU	Gemeinschaftsunternehmen
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	<b>H</b>	
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	HGer	Handelsgericht
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	HMG	Heilmittelgesetz
<b>B</b>		<b>I</b>	
BA	Bundesamt	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BB	Bundesbeschluss	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BBI	Bundesblatt	<b>J</b>	
BG	Bundesgesetz	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	JdT	Journal des Tribunaux
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	<b>K</b>	
BGer	Bundesgericht	KG	Kartellgesetz
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BR	Bundesrat	<b>L</b>	
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BV	Bundesverfassung	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
<b>C</b>		LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
CC	Code civil	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
CE	Communauté Européenne	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
CE	Conseil des Etats	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CF	Conseil fédéral	LF	Loi fédérale / Legge federale
CHF	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LL	Legge federale sul lavoro
CO	Code des obligations	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
Cost.	Costituzione federale	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
CPS	Code pénal suisse	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici commercio
cst.	Constitution fédérale	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
<b>D</b>		LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	<b>M</b>	
DG	Direction Générale (UE)	<b>N</b>	
<b>E</b>		<b>O</b>	
EU	Europäische Union	O	Ordonnance
<b>F</b>		OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
FF	Feuille fédérale	OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
FMG	Fernmeldegesetz		
<b>G</b>			
GATT	General Agreement on Tariffs		

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	<b>T</b>	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
<b>P</b>		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	<b>U</b>	
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UE	Union Européenne
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
<b>Q</b>		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
<b>R</b>		<b>V</b>	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	<b>W</b>	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RR	Regierungsrat	<b>X</b>	
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	<b>Y</b>	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	<b>Z</b>	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
<b>S</b>		ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZPO	Zivilprozessordnung
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

## Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
  - abgestimmte Verhaltensweise 130 f.
  - Abrede 128 ff., 137, 140 f.
  - Acquiring 124 ff.
  - Anhörung -
  - Apotheker/innen -
  - Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 125 ff.
  - Befristung des Entscheids -
  - Breitbanddienste -
  - Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 122 ff.
  - Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 109, 112
  - Effizienzprüfung -
  - Einstellung einer Untersuchung -
  - einvernehmliche Regelung 122, 154
  - Erheblichkeit 136, 138, 140
  - Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
  - Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
  - Interchange Fee 122 ff.
  - Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
  - Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 132, 169, 175, 186
  - Koppelungsgeschäft -
  - Kostenraster -
  - Krankenversicherer -
- Kreditkarten 122 ff.
  - Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung (keine) -
  - marktbeherrschende Stellung 136, 160, 167, 170, 172, 176, 183 ff., 187, 189
  - Marktgegenseite 132 ff., 160, 170, 176 ff., 187
  - Marktorganisation -
  - Marktstruktur 139, 141, 179
  - Marktzutrittsschranken -
  - Meldepflicht 160, 169 f., 175, 186
  - Missbrauch 151
- N**
- Netzwerk 128, 135, 139
  - Netzwerkkosten -
  - Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
  - potenzieller Wettbewerb 138, 164, 183
  - Preisabrede 130 ff., 136, 138, 140
  - Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte -
  - Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 141, 151, 155
  - Senkung Herstellkosten -
  - Submission -
  - Submissionskartell -
- T**
- Tarife 128, 131
  - Tarifvertrag -
  - Tierärzte/innen -
  - Transparenzmassnahmen -
- U**
- Umstossung der Vermutung -
  - Untersuchung 123 f., 141, 143, 154, 180, 185
  - unzulässige Wettbewerbsabrede 123, 129 f.

---

<b>V</b>	<b>W</b>
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -	Wettbewerb um den Markt -
Veröffentlichung –	<b>X</b>
Verschulden -	<b>Y</b>
Vierparteiensysteme -	<b>Z</b>
vorbehaltene Vorschriften 129, 159, 175, 186	Zahlungsmittel 126, 132, 134
vorgezogene Recyclinggebühren -	zweiseitige Märkte -

---