



<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>

**2011/1**

---

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: 701.000.11/1)

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>

2011/1

**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.

April/avril/aprile 2011

---

<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

2011/1

<b>A</b>	<b>Tätigkeitsberichte</b>	
A 1	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
	1. Jahresbericht 2010 der Wettbewerbskommission	1
	2. Rapport annuel 2010 de la Commission de la concurrence	20
	3. Rapporto annuale 2010 della Commissione della concorrenza	39
	4. Annual Report 2010 of the Competition Commission	58
<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b> <b>Pratique administrative</b> <b>Prassi amministrativa</b>	
B 1	<b>Sekretariat der Wettbewerbskommission</b> Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	<b>Vorabklärungen</b> <b>Enquêtes préalables</b> <b>Inchieste preliminari</b>	
	1. Service- und Wartungsabonnemente für Aufzüge	77
	2. Switch/Switchplus	87
B 2	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	<b>Untersuchungen</b> <b>Enquêtes</b> <b>Inchieste</b>	
	1. SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)	96
3.	<b>Unternehmenszusammenschlüsse</b> <b>Concentrations d'entreprises</b> <b>Concentrazioni di imprese</b>	
	1. Gilde Buy-Out Management Holding B.V./Parcom Capital Management B.V. betreffend Erwerb gemeinsamer Kontrolle über Gamma Holding N.V.	199
	2. CVC Capital Partners/Apollo Management/Brit Insurance	200
	3. Swatch Group AG/Novi SA	201
	4. Coop/transGourmet	202
	5. Emmi/Ziegenmilchsparte Bettex	203
	6. Swisscom (Schweiz) AG/Axept AG	204
	7. SBB Cargo/Hupac	208
	8. FIAT Powertrain/GM/VM Motori	211
	9. Tamedia/car4you	212
	10. Swiss Life/Nationale Suisse (Geschäftszweig Kollektivleben)	214
	11. Lufthansa Technik AG/Panasonic Avionics Corporation (GU idair GmbH)	215
<b>C</b>	<b>Zivilrechtliche Praxis</b> <b>Pratique des tribunaux civils</b> <b>Prassi dei tribunali civili</b>	
C 1	<b>Kantonale Gerichte</b> Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
	1. Entscheid des Amtsgerichts Luzern-Land vom 9. November 2010 betreffend vorsorgliche Massnahmen	216
	2. Entscheid des Obergerichts Kanton Luzern vom 11. Januar 2011 betreffend Entscheid des Amtsgerichts Luzern-Land vom 9. November 2010	223
	<b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>	226
	<b>Index (deutsch, français e italiano)</b>	228

# A Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Prassi amministrativa

## A 1 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

A 1.	1. <b>Jahresbericht 2010 der Wettbewerbskommission</b>
------	--

### 1. Vorwort des Präsidenten

Am 1. Juli 2010 habe ich von Prof. Walter A. Stoffel, dem ich an dieser Stelle persönlich für seinen grossen Einsatz danken möchte, das Präsidium der WEKO übernommen. Dieser Wechsel stand ganz im Zeichen der Kontinuität, denn an den grossen Zielen und Vorgaben in der Anwendung des schweizerischen Wettbewerbsrechts hat sich nichts geändert. Ich möchte deshalb an dieser Stelle die wichtigsten Schwerpunkte der Wettbewerbsbehörden in Erinnerung rufen.

Im Bereich der Wettbewerbsabreden konzentrieren sich die Verfahren auf die jeweils schädlichsten Formen von horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen. Bei den horizontalen Abreden sind dies die Preis-, Mengen- und Gebietsabreden zwischen direkten Konkurrenten. Diese sind unsere oberste Priorität. Ein spezielles Augenmerk fällt dabei auf eine besondere Form, nämlich die Submissionsabreden im Baubereich. Zudem ist die WEKO bestrebt, das Bonusprogramm, d.h. die Möglichkeit der Selbstanzeige eines Kartells gegen Sanktionsbefreiung, besser bekannt zu machen und damit seine Anwendung zu fördern. Bei den vertikalen Abreden liegt der Schwerpunkt bei den Abschottungen des Schweizer Marktes durch Behinderung von Parallel- und Direktimporten.

Im Zusammenhang mit dem Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen geht es der WEKO darum, Verfahren mit Pilotcharakter aufzugreifen. Dabei ist sie auch bereit, mit den betroffenen Unternehmen einvernehmliche Lösungen für das zukünftige Verhalten zu finden, sofern auf Seiten der Unternehmen die Bereitschaft dazu vorhanden ist. Bei den Unternehmenszusammenschlüssen konzentrieren sich die Wettbewerbsbehörden auf Zusammenschlüsse, welche spezifisch auf dem Schweizer Markt zu einer Verschlechterung der Wettbewerbssituation führen.

Beim Schwerpunktthema dieses Jahresberichts gehen wir darauf ein, dass die zunehmende Globalisierung auch vermehrt zu internationalen Kartellen führt. Deren Verfolgung in der Schweiz könnte erleichtert werden, wenn die Schweizer Wettbewerbsbehörden insbesondere mit den entsprechenden EU-Behörden enger und besser zusammen arbeiten könnten.

Im Anhang behandeln wir zudem ein Thema, das im Berichtsjahr für viele Anfragen beim Sekretariat und Diskussionen in der Öffentlichkeit gesorgt hat, nämlich die zunehmenden Währungsdifferenzen zwischen dem Schweizer Franken und dem Euro bzw. Dollar. Wie den Ausführungen zu entnehmen ist, sind die Eingriffsmöglichkeiten der Wettbewerbsbehörde beschränkt, weil die Weitergabe von Währungsvorteilen bestimmten ökonomischen Mustern folgt, welche durch die Wettbewerbspolitik nicht beeinflussbar sind.

Die WEKO und ihr Sekretariat sind sich bewusst, welche wichtige Bedeutung der Wettbewerb für die Schweizer Volkswirtschaft und die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen und der Schweiz hat. Sie sind gewillt, mit Pilotentscheiden und einer pragmatischen Haltung eine hohe Breitenwirkung zu erzielen. Naturgemäss ist es jedoch klar, dass die Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden eine langfristige Aufgabe darstellt und dass sie nicht auf kurzfristige Erfolge zielt.

**Prof. Vincent Martenet**

Präsident der Wettbewerbskommission



## 2. Wichtigste Entscheide der WEKO

Nachfolgend erfolgt eine chronologische Aufzählung der wichtigsten Entscheide der WEKO im Jahr 2010. Auf diese wird in den Berichten zu den einzelnen Bereichen (siehe 4.1 bis 4.3) näher eingegangen.

Mit Verfügung vom 25. Januar 2010 erlässt die WEKO vorsorgliche Massnahmen gegen die **Kreditkartenunternehmen**. Sie regelt darin die weitere Festlegung der sog. Interchange-Fees, deren Höhe bis 31. Januar 2010 einer einvernehmlichen Regelung unterlag. Die Anpassungen führten zu einer Senkung der Interchange-Fees und damit einer Angleichung an den europäischen Durchschnitt.

Am 16. April 2010 publizierte die WEKO ein Gutachten gestützt auf Art. 2 Abs. 7 BGBM, wonach die **Erneuerung der Konzession** über die Erstellung und den Betrieb von elektrischen Verteileranlagen **öffentlich auszuschreiben** sei. Ein analoges Gutachten erging kurz darauf im Zusammenhang mit der Vergabe von Wasserrechtskonzessionen, da nicht nur rechtliche, sondern auch faktische Monopole öffentlich vergeben werden müssen.

Am 22. April 2010 untersagt die WEKO das Zusammenschlussvorhaben zwischen **France Télécom/Orange** und **Sunrise**. Das neue Unternehmen hätte zusammen mit Swisscom im Mobilfunkmarkt eine kollektiv marktbeherrschende Stellung eingenommen. Mangels neuer Marktzutritte hätten die Unternehmen keine Anreize gehabt, mittels Preissenkungen die Position des Konkurrenten anzugreifen.

Am 10. Mai 2010 büsst die WEKO zwei Hersteller von **Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen** wegen Vereinbarungen über Höhe und Zeitpunkt von Preiserhöhungen (Preiskartell). Die Flamco AG wird mit Fr. 169'000.- gebüsst. Die Pneumatex AG hätte eine Busse von rund Fr. 5,2 Millionen erhalten. Diese wurde ihr erlassen, weil sie als erstes Unternehmen die Beteiligung am Kartell den Wettbewerbsbehörden angezeigt hatte (Bonusmeldung). Der Entscheid der WEKO ist rechtskräftig. Ein paralleles Verfahren in der EU ist noch hängig.

Mit Beschluss vom 28. Juni 2010 passt die WEKO ihre Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (**Vertikalbekanntmachung**) ihrer jüngsten Fallpraxis und den Entwicklungen in der EU an. Sie stellt damit sicher, dass in der Schweiz im Bereich der vertikalen Abreden weiterhin die gleichen Regeln zur Anwendung kommen wie in der EU und eine Abschottung der schweizerischen Märkte verhindert werden kann.

Mit Verfügung vom 18. Oktober 2010 büsst die WEKO vier Unternehmen, die im Bereich **Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren** tätig sind, mit Sanktionen von insgesamt rund Fr. 7,6 Millionen. Die Unternehmen hatten Zeitpunkt und Höhe von Preiserhöhungen abgesprochen, was einem Preiskartell gleichkommt. Einem Unternehmen wurde die Busse erlassen, weil es als erstes Die Beteiligung am Kartell den Wettbewerbsbehörden angezeigt hatte. Drei Unternehmen haben den Entscheid der WEKO mit Beschwerde beim Bundesver-

waltungsgericht angefochten. In der EU ist ein paralleles Verfahren zu einem vergleichbaren Sachverhalt hängig.

Am 29. November 2010 büsst die WEKO die **SIX Multi-pay AG** wegen Missbrauchs ihrer marktbeherrschenden Stellung mit rund Fr. 7 Millionen. SIX hatte sich geweigert, anderen Herstellern von Zahlkartenterminals die Schnittstelle für eine neue Funktion offen zu legen. Dies führte dazu, dass Händler, welche die Funktion ihren Kunden anbieten wollten, nur die Terminals von SIX kaufen konnten, was zu einer unzulässigen Behinderung anderer Terminalhersteller führte. SIX hat den Entscheid der WEKO vor Bundesverwaltungsgericht angefochten.

## 3. Schwerpunktthema Bekämpfung internationaler Kartelle

Wettbewerbsabreden zwischen Unternehmen machen grundsätzlich nicht Halt vor nationalen Grenzen. Die zunehmende Globalisierung und Öffnung der nationalen Märkte für ausländische Unternehmen hat dazu geführt, dass sich auch Kartelle grenzüberschreitend organisieren und in mehreren Ländern oder auch Kontinenten aktiv sind.

Die Wettbewerbsbehörden sind weiterhin national organisiert. Es gibt keine international ausgerichtete und mit entsprechenden Kompetenzen ausgestattete Wettbewerbsbehörde, die gegen internationale Kartelle vorgehen könnte. Es gibt verschiedene multi- und bilaterale Zusammenarbeitsabkommen zwischen nationalen Wettbewerbsbehörden wie diejenigen im European Competition Network (ECN), zwischen der EU und den USA, den EU und Kanada, etc. Es bestehen auch lose Netzwerke wie das Competition Committee innerhalb der OECD oder das International Competition Network (ICN), die mangels einer formellen gesetzlichen Grundlage mehr dem Informationsaustausch als einer formellen Kooperation dienen.

Für die Schweiz ist diese Situation nicht anders. Sie arbeitet zwar aktiv im OECD Competition Committee und im ICN mit und beteiligt sich an den Diskussionen und dem Informationsaustausch. Sie unterhält aber keine bi- oder multilateralen Kooperationsabkommen zur Zusammenarbeit in Wettbewerbssachen mit anderen Staaten. Mangels eines Abkommens oder einer anderen gesetzlichen Grundlage ist es ihr also nicht möglich, in Verfahren gegen internationale Kartelle vertrauliche Informationen mit anderen Behörden auszutauschen und damit allenfalls die Verfahren zu vereinfachen. Am Rande sei vermerkt, dass bei Zusammenschlussverfahren mindestens eine Koordination in Bezug auf die Verfahrensdauern möglich ist, weil die beteiligten Unternehmen in aller Regel in Form eines waiver letters die Zustimmung zu einer solchen schriftlich geben.

Die fehlende internationale Zusammenarbeit – insbesondere mit der die Schweiz umgebenden EU – kann zu Nachteilen in den Verfahren der schweizerischen Wettbewerbsbehörden gegen internationale Kartelle führen. Vor allem wenn die Verfahren mit einer Bonusmeldung eingeleitet werden und die meldenden Unternehmen während dem ganzen Verfahren kooperieren müssen, sind weniger Nachteile aufgrund einer fehlenden Zusammenarbeitsmöglichkeit zu erwarten. In den folgenden vier (teilweise hängigen, teilweise abgeschlossenen)

Verfahren hat es die WEKO mit internationalen Kartellen zu tun. Die Aufzählung erfolgt chronologisch nach dem Datum der Untersuchungseröffnung. Dieser ging in allen vier aufgeführten Verfahren eine Selbstanzeige (Bonusmeldung) mit anschliessender Hausdurchsuchung voraus. Die EU-Kommission hat jeweils parallel dazu ebenfalls eine Untersuchung eröffnet.

- Am 13. Februar 2006 eröffnete die WEKO eine Untersuchung gegen verschiedene Fluggesellschaften wegen Abreden im Bereich Luftfracht. Es ging bei diesen Abreden um Zuschläge im Rahmen von Luftfrachttransporten, so etwa Treibstoff-, Sicherheits-, Kriegsrisiko- und Zollabfertigungszuschläge. Die Untersuchung in der Schweiz ist noch hängig. Die EU hat ihr Verfahren mit Entscheid vom 9. November 2010 und einer Sanktion von EUR 799 Mio. gegen die beteiligten Unternehmen abgeschlossen.
- Am 18. Juli 2007 eröffnete die WEKO eine Untersuchung gegen verschiedene Unternehmen betreffend Abreden im Bereich Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren. An der untersuchten Abrede waren neben rein schweizerischen auch international tätige Unternehmen beteiligt. Die Untersuchung ist am 18. Oktober 2010 mit Verfügung der WEKO und einer Sanktion von rund Fr. 7,6 Mio. abgeschlossen worden. Drei Unternehmen haben gegen die Verfügung der WEKO Beschwerde eingereicht. Das Verfahren in der EU ist noch hängig.
- Am 10. Oktober 2007 eröffnete die WEKO eine Untersuchung gegen den Verband Spedlogswiss sowie verschiedene international tätige Speditions- und Logistikunternehmen. Es besteht der Verdacht auf unzulässige Abreden bei der Festsetzung von Zuschlägen, Gebühren und Speditionstarifen bei Speditionsdienstleistungen. Die Untersuchung ist noch hängig, ebenso wie das Verfahren in der EU.
- Am 16. Dezember 2008 eröffnete die WEKO eine Untersuchung gegen verschiedene international tätige Unternehmen im Bereich Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen (Wassermanagement). Die Untersuchung ist am 10. Mai 2010 mit Verfügung der WEKO und einer Sanktion von Fr. 169'000.- abgeschlossen worden. Der Entscheid der WEKO ist rechtskräftig. Das Verfahren bei der EU ist noch hängig.

Zwei der vier Untersuchungen (Baubeschläge und Wassermanagement) sind in der Schweiz abgeschlossen. Eine formelle Kooperation mit der EU-Kommission hätte in diesen Verfahren positive Wirkungen gehabt, die allenfalls das Verfahren in der Schweiz, aber auch in der EU erleichtert hätten. In beiden Untersuchungen fanden sich im Sachverhalt, wie er vom Sekretariat der WEKO ermittelt worden ist, Hinweise und Beweisstücke für in der EU vereinbarte und durchgeführte Preisabreden. Wahrscheinlich befinden sich Hinweise und Beweisstücke zu in der Schweiz praktizierten Abreden im EU-Verfahren. Ein Austausch bzw. eine Weitergabe dieser jeweils andere Verfahren betreffenden Hinweise und Beweise hätte die Verfahren zweifelsohne erleichtert, allenfalls auch beschleunigt. Zudem gingen bei einem der beiden Verfahren in der Schweiz zwei Selbstanzei-

gen (Bonusmeldungen) ein, in der EU hingegen nur eine Selbstanzeige. Die Weitergabe der zweiten Selbstanzeige oder mindestens der das EU-Verfahren betreffenden Teile hätte es der EU erlaubt, das Verfahren ebenfalls schneller abzuschliessen.

Zwei Untersuchungen sind in der Schweiz noch hängig (Luftfracht und Speditionsdienstleistungen), wobei das Verfahren in der EU zum Luftfrachtfall abgeschlossen ist. Man mag sich die Frage stellen, wieso die schweizerischen Verfahren lange dauern und es nicht möglich war, einen Fall etwa zeitgleich mit der EU-Kommission abzuschliessen. Die Erklärung dafür findet sich vor allem in der fehlenden Kooperationsmöglichkeit mit der EU-Kommission. Die Untersuchungen Luftfracht und Speditionsdienstleistungen betreffen nämlich nicht nur international tätige Unternehmen, sondern auch grenzüberschreitende Sachverhalte. Luftfracht und Spedition auf der Strasse werden in einem kleinen Land wie der Schweiz von Natur aus zu einem sehr grossen Teil grenzüberschreitend angeboten und ausgeführt. Im bilateralen Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der EU ist zwar eine Kooperationsklausel enthalten, doch wird diese als ungenügende gesetzliche Grundlage für einen Informationsaustausch zwischen den schweizerischen und den europäischen Wettbewerbsbehörden angesehen.

Der Geltungsbereich des schweizerischen Kartellgesetzes endet aber aufgrund des Territorialitätsprinzips an der Schweizer Grenze. Damit ist die Schwierigkeit verbunden, dass es bei einem parallelen Verfahren vor der EU-Kommission ohne formelle Zusammenarbeit bis zum Abschluss des Verfahrens für die schweizerische Wettbewerbsbehörde unklar bleibt, welchen Sachverhalt die EU genau ins Recht fasst und auch mit Sanktionen bestraft. Ist z.B. bei einem Luftfrachttransport von Stockholm nach Zürich nur die Strecke bis zur Schweizer Grenze relevant und das kleine Stück bis nach Zürich gerade nicht? Ist bei einem Strassentransport von Hamburg nach Neapel die ganze Strecke relevant oder bleiben die 290 Kilometer von Basel nach Chiasso unberücksichtigt?

Ohne Kooperationsabkommen mit der EU können solche zentralen Verfahrensfragen nicht zu Beginn oder während des Verfahrens besprochen und entschieden werden. Auch eine Koordinierung der Verfahrensfristen ist nicht möglich. Der schweizerischen Wettbewerbsbehörde bleibt unter diesen Umständen praktisch nur die Variante, den Entscheid der EU abzuwarten, um die eigene Zuständigkeit und den untersuchten Sachverhalt genügend genau abgrenzen zu können. Dies ist zwangsläufig mit langen und für die Unternehmen unbefriedigenden Verfahren verbunden.

Angesichts dieser Sachlage hat es die WEKO sehr begrüsst, dass der Bundesrat im August 2010 ein Verhandlungsmandat zum Abschluss eines Abkommens mit der EU verabschiedet hat. Die WEKO ist überzeugt, dass ein Kooperationsabkommen eine erste und wichtige Etappe im Hinblick auf einen gewichtigeren Beitrag der Schweiz bei der Verfolgung internationaler Kartelle ist. Es wäre zudem ein weiterer Schritt weg vom ehemaligen Image der Schweiz als "Land der 1001 Kartelle", das in einer OECD-Publikation Anfang der 90er Jahre des letz-

ten Jahrhunderts gezeichnet worden ist. Es wäre auch ein zusätzlicher Beleg für die in den letzten Jahren international stark gestiegene Glaubwürdigkeit der Schweiz als verlässliche Partnerin in der Verfolgung von Kartellen.

#### 4. Tätigkeiten in einzelnen Bereichen

##### 4.1 Dienstleistungen

###### 4.1.1 Gesundheit

Die Wettbewerbsbehörden mussten sich erneut mit formellen und materiellen Fragen in Zusammenhang mit der 2009 abgeschlossenen Untersuchung "Hors-Liste Medikamente: Preise von Levitra, Cialis und Viagra" auseinandersetzen. Gegen die am 2. November 2009 ergangene Verfügung der WEKO gingen innert Rechtsmittelfrist fünf Beschwerden ein, u.a. diejenigen der drei in die Untersuchung involvierten und insgesamt mit Fr. 5,7 Mio. sanktionierten Herstellerinnen. In formeller Hinsicht hat sich das Sekretariat insbesondere zu den Rügen betreffend die Begründungspflicht und das Beweismass geäußert. In materieller Hinsicht waren die vergleichbare Rechtslage in der EU wie auch die Voraussetzungen des Abredetatbestandes gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG zentral. Die Beschwerdeverfahren sind aktuell sistiert.

Im Übrigen hatte das Sekretariat in Zusammenhang mit der Verfügung Hors-Liste auf Ersuchen einer Partei eine Verfügung zu erlassen, um den Geschäftsgeheimnischarakter gewisser strittiger Passagen zu klären. Infolge Rechtskraft derselben konnte die Verfügung Hors-Liste nun definitiv publiziert werden.

Die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich gelangte anfangs Jahr mit einer Gutachtensanfrage betreffend die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf die kantonalen Spitalplanungen an die WEKO. Hintergrund der Anfrage bildeten die auf 1. Januar 2009 in Kraft getretenen revidierten Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung im Bereich der Spitalfinanzierung, welche u.a. eine Gleichstellung der Listenspitäler in Sachen Abgeltungssystem unabhängig von ihrer Trägerschaft und damit eine Stärkung des Wettbewerbs im Bereich der Leistungserbringung zum Ziel haben. Die WEKO kam in ihrer Analyse zum Schluss, dass das KG gemäss der den Kantonen verfassungsmässig zustehenden Kompetenz zur Spitalplanung auf Letztere keine Anwendung findet (RPW 2010/2, S. 424 ff). Das Gutachten wies hingegen darauf hin, dass der Beachtung wettbewerbspolitischer Grundsätze im Rahmen der Spitalplanung grosse Bedeutung zukommt, sollen die mit der Revision der Spitalfinanzierung anvisierten Entwicklungen und Ziele erreicht werden. Das Sekretariat steht den Kantonen in diesem Zusammenhang auf Wunsch gerne zur Seite.

Am 7. September 2010 eröffnete das Sekretariat eine breit angelegte Vorabklärung im Bereich Medikamentenvertrieb in der Schweiz, nachdem dieser bereits 2005 Gegenstand einer Marktbeobachtung war. Beim Sekretariat sind diverse Hinweise über möglicherweise kartellrechtswidrige Verhaltensweisen gemäss Art. 5 und 7 KG eingegangen. Die Vorwürfe betreffen dabei verschiedene Stufen des Distributionsprozesses. Im Fokus der Wettbewerbsbehörden stehen der Medikamentengross-

handel und der Pharma Pre-Wholesale. Die Vorabklärung wird dem Sekretariat ein detailliertes und aktuelles Bild über den Medikamentenvertrieb in der Schweiz vermitteln und zeigen, ob effektiv Anhaltspunkte für kartellrechtswidriges Verhalten vorliegen.

Eine weitere Vorabklärung befasst sich mit den Marktverhältnissen im Bereich Hörgeräte. Gegenstand der Abklärungen sind neben möglichen horizontalen Abreden auf Stufe der Hersteller von Hörgeräten oder auf Stufe der Verkaufsstellen (den sogenannten Hörgeräteakustikern) auch allfällige vertikale Abreden zwischen Hörgeräteherstellern und Akustikern.

###### 4.1.2 Finanzdienstleistungen

###### *Kreditkarten*

Im Juli 2009 eröffnete die WEKO erneut eine Untersuchung bezüglich der **Domestic Multilateral Interchange Fees** (DMIF) von Visa und MasterCard. Interchange Fees sind Gebühren, welche von den Acquirern (welche mit den Händlern Kreditkartenakzeptanzverträge ausgeben) an die Issuer (welche Kreditkarten herausgeben) bezahlt werden. Es soll abgeklärt werden, ob die kollektive Festsetzung von Interchange Fees nach wie vor als gerechtfertigt qualifiziert werden kann. Daneben soll bestimmt werden, welche Kalkulationsgrundlagen und -methoden für die Festlegung dieser Gebühren angewendet werden können.

Eine erste Untersuchung bezüglich Interchange Fees in den Kreditkartengremien wurde im Dezember 2005 mit einer einvernehmlichen Regelung (EVR I) mit den Issuern und den Acquirern abgeschlossen (RPW 2006/1, S. 65 ff). Dabei wurde die DMIF an die mittels objektiviertem Verfahren ermittelten Nettwerkkosten der Issuer gebunden und bei der Berechnungsmethode ein wettbewerbsorientierter Ansatz gewählt.

Im Hinblick auf das Auslaufen der EVR I hat das Sekretariat eine Wirkungsanalyse des Kreditkartenentscheids durchgeführt. Im Januar 2010 hat die WEKO mittels vorsorglicher Massnahmen eine Übergangslösung im Rahmen einer neuen einvernehmlichen Regelung (EVR II) getroffen (RPW 2010/3, S. 473 ff). Die EVR II gilt für 3 Jahre respektive bis zum Abschluss der laufenden Untersuchung. Dabei wird die DMIF für die Übergangszeit weiterhin aufgrund der kostenbasierten Berechnungsmethode festgelegt, allerdings mit einigen Anpassungen im Berechnungsmodell, um den wettbewerbsorientierten Ansatz bei der Festlegung der DMIF zu verstärken. Diese Anpassungen haben zu einer Senkung der DMIF und einer Angleichung an den europäischen Durchschnitt geführt. Gegen die Verfügung der WEKO erhob Jelmoni Bonus Card AG Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Dieses ist auf die Beschwerde nicht eingetreten (RPW 2010/3, S. 592 ff).

###### *Debitkarten*

Im März 2010 gelangte MasterCard Europe mit einer Meldung an die Wettbewerbsbehörden. Gegenstand war die Einführung einer **Domestic Fallback Interchange Fee** (DFIF) für sämtliche inländischen Transaktionen, welche mit der im Schweizer Markt neu einzuführenden Debitkarte "Debit MasterCard" ausgeführt werden. Das Sekretariat eröffnete hierzu im April 2010 eine Vorabklä-

rung und vereinigte diese mit der bereits 2009 eröffneten Vorabklärung in Sachen Maestro-Debitkarte. Die Verfahrensvereinbarung konnte erfolgen, weil es sich in beiden Vorabklärungen um die Einführung einer DFIF durch das Unternehmen MasterCard Europe handelt. Im Gegensatz zu anderen europäischen Ländern funktioniert das Maestro-System in der Schweiz nach wie vor ohne eine Interchange Fee.

Eine andere Vorabklärung befasst sich mit der Frage, ob die Einführung verschiedener **Acquiringgebühren** durch MasterCard eine unzulässige Wettbewerbsabrede oder einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt. In diesem Zusammenhang hatte das Sekretariat die Gesuche von SIX Multipay AG, der Erdöl-Vereinigung und des Verbandes elektronischer Zahlungsverkehr um Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegen MasterCard mangels konkreter Anhaltspunkte abgewiesen.

#### *Weitere Verfahren*

Am 29. November 2010 büsste die WEKO die SIX Group AG mit rund Fr. 7 Mio. Die WEKO stellte fest, dass die SIX Multipay AG ihre marktbeherrschende Stellung im Bereich des Kredit- und Debitkarten-Acquiring dazu missbraucht hat, um die Zahlkartenterminals ihrer Schwestergesellschaft SIX Card Solutions AG zu bevorzugen. Die von SIX Multipay AG im Jahr 2005 lancierte **Fremdwährungsumrechnung am Zahlkartenterminal** des Händlers (Dynamic Currency Conversion, DCC) war nur auf den Terminals der Konzernschwester verfügbar, nicht jedoch auf denjenigen anderer Terminalanbieter.

Das Verfahren war durch die Anzeige eines Terminalanbieters ausgelöst worden. Dieser hatte sich beschwert, dass seine Terminals nicht kompatibel mit der von SIX Multipay AG (frühere Telekurs Multipay AG) angebotenen DCC-Funktion seien, da ihm die notwendigen Schnittstellen-Informationen verweigert würden. Die Verweigerung von SIX Multipay AG hat dazu geführt, dass deren Händler die DCC-Funktion ihren Kunden nur dann anbieten und von den damit verbundenen Erträgen profitieren konnten, wenn sie über ein Terminal der Schwestergesellschaft SIX Card Solutions AG verfügten.

Das Verhalten der Multipay hat gemäss WEKO mehrere kartellrechtlich relevante Tatbestände erfüllt: Geschäftsverweigerung gegenüber den anderen Terminalanbietern, Diskriminierung, Einschränkung der technischen Entwicklung und Koppelung zwischen Acquiring, verbunden mit der DCC-Funktion der Multipay, und dem Terminal der Card Solutions.

Der Kartellrechtsverstoss ist seit Dezember 2006 beendet: bereits während des Vorabklärungsverfahrens hat SIX Multiplay die Schnittstellen-Informationen offengelegt. Die Dauer des Verfahrens erklärt sich dadurch, dass eine verfahrensrechtliche Frage (Wiederholung von Verfahrenshandlungen) höchstrichterlich geklärt werden musste. Die Verfügung der WEKO enthält diverse wegleitende Elemente: Art. 3 Abs. 2 KG wird in einer zeitgemässen Auslegung nicht als Anwendungsvorbehalt interpretiert; der Mechanismus des "Leveraging", d.h. der Übertragung von Marktmacht vom beherrschten auf einen anderen Markt, wird unter Berücksichtigung der ökonomischen Literatur und des internationalen Kontex-

tes dargestellt und analysiert; es wird auf die Thematik der Offenlegung von Schnittstelleninformationen durch marktbeherrschende Unternehmen sowie auf die Implikationen einer solchen Offenlegung auf die Investitions- und Innovationsanreize der Unternehmen eingegangen.

Das Sekretariat hatte 2010 ein Vorhaben zu prüfen, welches von den drei Banken UBS, CS und ZKB gemeldet worden war. Dabei ging es um die Gründung eines Vereins mit dem Zweck, Daten von Eigenheimtransaktionen in der Schweiz (aufgrund Postleitzahl oder Ort, und weiter basierend auf Mikrolage, Landfläche, Raumvolumen bzw. Nettofläche, Zustand, Kaufdatum und Kaufpreis) durch einen sogenannten Data Pooling Agent zu konsolidieren, terminologisch zu vereinheitlichen und anschliessend zu harmonisieren. Mit der Schaffung eines solchen **Immobilien Datenpools** verfolgen die Gründerbanken das Ziel, in der Schweiz die Beurteilungsbasis für Immobilienbewertungen zu vergrössern und dadurch deren Qualität zu verbessern. Konkret bezweckt der Datenpool nach Angaben der Gründerbanken die Förderung des Innovationswettbewerbs hinsichtlich von Bewertungsmodellen, die Förderung des Wettbewerbs auf dem Markt für Immobilienbewertungen, die Verbesserung von allgemein zugänglichen Immobilienrecherchen und damit verbesserte Marktkenntnisse für alle interessierten Marktteilnehmer sowie eine Verringerung von Verlusten durch Fehlbewertungen. Neben den Vereinsmitgliedern erhält auch jeder interessierte Dritte gegen eine Gebühr Zugang zu den konsolidierten und harmonisierten Daten und darf diese ohne Beschränkung zu internen und externen Zwecken nutzen. Einzig die Weitergabe oder Veröffentlichung der im Pool enthaltenen Datensätze oder des gesamten Datenpools ist untersagt. Das Sekretariat verzichtete auf die Eröffnung eines Verfahrens. Gleichzeitig hat es die Gründerbanken darauf hingewiesen, dass der Verein voraussichtlich eine marktbeherrschende Stellung einnehmen wird und deshalb der initialen Ausgestaltung des Vereins und der Errichtung des Pools besondere Beachtung zu schenken ist, um eine Diskriminierung zwischen Marktteilnehmern (z.B. beim Zugang zum Datenpool) zu vermeiden.

Im Rahmen einer vorläufigen Prüfung haben die Wettbewerbsbehörden den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle an der **ValFinance AG**, einer Tochtergesellschaft der Valiant Holding AG, durch die Schweizerische Post und die Valiant Holding AG und die damit verbundene Produktkooperation zwischen der Schweizerischen Post und der Valiant Bank AG im Kreditgeschäft beurteilt. Da die Post bzw. die PostFinance über keine Banklizenz verfügt, ist sie bei ihren Tätigkeiten auf dem Markt für Kreditgeschäfte darauf angewiesen, mit einer Bank zusammenzuarbeiten. Das gemeldete Zusammenschlussvorgaben ermöglicht der PostFinance die Fortsetzung der Tätigkeit auf dem Markt für Kreditgeschäfte und damit auf diesem Markt in den Wettbewerb mit den Gross-, Kantonal- und Raiffeisenbanken zu treten. In der vorläufigen Prüfung waren keine wettbewerblich bedenklichen Auswirkungen ersichtlich.

#### **4.1.3 Freie Berufe und gewerbliche Dienstleistungen**

Eine Untersuchung gegen die Neuenburger Sektion des Immobilienverbandes USPI betrifft Tarifempfehlungen, die sich an die Mitglieder richten und die für die Immobi-

lienvermittlungs- und -verwaltungsmärkte auf dem Internet veröffentlicht werden. Ziel ist es die möglichen Auswirkungen der Empfehlungen auf die betreffenden Märkte im Kanton Neuenburg, aber auch den möglichen Einfluss auf die angrenzenden Kantone aufzuzeigen. Im Rahmen einer Analyse dieser Auswirkungen wurden zahlreiche Unternehmen in den Kantonen Neuenburg, Waadt, Freiburg und Bern befragt. Das Verfahren ist im Gang.

Ebenfalls im Bereich Tarifempfehlungen führte das Sekretariat eine Vorabklärung zur Tätigkeit von Geometern im Kanton Waadt durch. Diese Tätigkeit ist sehr vielschichtig, und es bestehen zahlreiche Dokumente im Zusammenhang mit Honorarberechnungen oder Vergütungen, die teils auf Bundes-, teils auf Kantonsebene geregelt sind. Folgendes hat sich ergeben: Auch wenn bei den Waadtländer Geometern ein Trend besteht, sich an diesen Tarif zu halten, konnte kein Zusammenhang mit einer Abrede zwischen Konkurrenten, noch ein bewusstes Parallelverhalten nachgewiesen werden. Der Trend dürfte eher aus dem Verhalten des Kantons Waadt resultieren, der die Geometer teilweise dazu verpflichtet, sich an diesen Tarif zu halten, was bereits zu einem einheitlichen Verhalten führt. Die betreffenden Parteien, insbesondere der Kanton Waadt und die Geometer, wurden auf das Phänomen hingewiesen. In Zusammenarbeit mit ihnen wurden die nötigen Massnahmen ergriffen, um Wettbewerb im Bereich Honorare zu begünstigen.

Aufgrund der durch eine unabhängige Wartungsfirma eingereichten Anzeige wurde eine Vorabklärung im Bereich **Wartungsverträge für Aufzüge** durchgeführt. Gegenstand der Anzeige war der als zu hoch erachtete Ersatzteilpreis für unabhängige Wartungsunternehmen. Das Sekretariat hat entschieden, das Verfahren ohne Folge einzustellen. Allerdings hat sich gezeigt, dass der Aufzugsmarkt mit einer neuen Generation von Aufzügen zu Beginn des vergangenen Jahrzehntes eine signifikante Entwicklung durchgemacht hat. Die Wartung der neuartigen Produkte, die aus mehr elektronischen Elementen bestehen und besondere Materialien und spezifisches Know-how erfordern, ist komplizierter geworden. Diese Entwicklung macht eine Wartung durch "Dritte" schwieriger, insbesondere aufgrund verschiedener kommerzieller Entscheide durch die Aufzugshersteller. Für den Augenblick deutet aber angesichts des Aufzugsbestandes in der Schweiz, in dem noch immer zahlreiche Modelle der vorigen Generation zu finden sind, nichts darauf hin, dass der Zugang zum Markt für Dritte erschwert wäre. Die Situation könnte sich aber in der Zukunft ändern; deshalb wurden die Aufzugshersteller auf Vorgehensweisen hingewiesen, die den Wettbewerb beeinträchtigen können.

Im Bereich **Informatik** gab die Gründung der Tochterfirma Switchplus durch das Unternehmen Switch Anlass zur Eröffnung einer Vorabklärung. Verschiedene Anbieter von Internetdienstleistungen beschwerten sich, die mit der Zuteilung und Verwaltung von Domains mit der Endung ".li" und ".ch" beauftragte Switch begünstige ihre Tochterfirma, insbesondere über Quersubventionierungen, auf Kosten von Konkurrenzfirmen. In einer ersten Phase nahm sich das Sekretariat der Sache gemäss geltender Praxis nicht an, weil die Anzeigerinnen den

Fall in gleichgerichteter Sache bereits vor Zivilgericht gezogen hatten. Nach dem Negativentscheid von Letzterem lehnte das Sekretariat in einer zweiten Phase das Ersuchen um vorsorgliche Massnahmen ab und richtete das Augenmerk auf die allgemeine Wettbewerbssituation auf dem Schweizer Markt.

## 4.2 Infrastruktur

### 4.2.1 Telekommunikation

Im Bereich Telekommunikation hatte die WEKO eine Vielzahl von Unternehmenszusammenschlüssen zu prüfen. Die bedeutendsten waren France Télécom/Sunrise, Sunrise/CVC und Swisscom/Groupe E.

Den geplanten Zusammenschluss **France Télécom/Sunrise** unterzog die WEKO einer vertieften Prüfung, da Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in verschiedenen Mobilfunkmärkten bestanden. Die WEKO kam dabei zum Schluss, dass das Vorhaben zur Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung der fusionierten Unternehmung und Swisscom führen würde, welche geeignet wäre, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Unter Berücksichtigung aller Aspekte entschied die WEKO am 22. April 2010 das Zusammenschlussvorhaben zu untersagen. Die Zusammenschlussparteien erhoben gegen diesen Entscheid Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht, zogen die Beschwerde später jedoch wieder zurück.

Demgegenüber wurde das einige Monate später gemeldete Zusammenschlussvorhaben **Sunrise/CVC** durch die WEKO als wettbewerbsrechtlich unbedenklich eingestuft. Die vorläufige Prüfung ergab keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung und der Kauf von Sunrise durch die Investitionsgesellschaft CVC konnte zugelassen werden. Es zeigte sich, dass nach dem Zusammenschluss weiterhin drei grosse Netzanbieter im Mobilfunkmarkt verbleiben, was weiterhin für eine gewisse Wettbewerbsdynamik sorgt und den Markt für Innovationen offen lässt.

Ende November 2010 hat die WEKO die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens zwischen **Swisscom** und der **Groupe E** erhalten. Dabei geht es um den Aufbau eines Glasfasernetzes auf dem Gebiet des Kantons Freiburg und die in diesem Zusammenhang beabsichtigte Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens. Im Verlauf des Monats Dezember hat die WEKO die vorläufige Prüfung durchgeführt und entschieden, das geplante Vorhaben einer vertieften Prüfung zu unterziehen. Diese Prüfung wird in den ersten vier Monaten des Jahres 2011 erfolgen.

Einen Schwerpunkt im Bereich Telekommunikation bildete das Thema **Glasfaser**. Das Sekretariat hat ihre im Jahr 2009 eröffnete Marktbeobachtung im Bereich **Glasfaser** weitergeführt. Im Spätsommer wurden erste Meldungen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG eingereicht. Die einzelnen Meldungen betreffen die Kooperationen für den Aufbau eines Fibre to the Home-Glasfasernetzes (FttH-Glasfasernetz) zwischen **Swisscom** einerseits und verschiedenen **Städten bzw. Kantonen** der Schweiz andererseits. Gemeldet wurden jeweils einzelne Klau-

seln, welche die Kooperationsparteien als unter Umständen kartellrechtlich problematisch einschätzten. Ende 2010 waren diesbezüglich sechs Widerspruchsverfahren in diesem Bereich hängig, weitere wurden von verschiedener Seite in Aussicht gestellt. Darüber hinaus reichten Dritte mehrere Anzeigen gegen verschiedene Kooperationen im Bereich Glasfaser ein. Die WEKO wird sich im Verlauf des nächsten Jahres als eines der Schwerpunktthemen mit dem Auf- und Ausbau der Glasfaserinfrastruktur in der Schweiz und den damit verbundenen wettbewerbsrechtlichen Problemen auseinandersetzen.

Daneben war das Jahr 2010 im Bereich Telekommunikation durch Arbeiten im Rahmen von Rechtsmittelverfahren geprägt:

Mit Entscheid vom 24. Februar 2010 hat das Bundesverwaltungsgericht in Sachen **Swisscom Mobile (Mobilfunkterminierungsgebühren)** die Verfügung der WEKO bezüglich des missbräuchlichen Verhaltens von Swisscom korrigiert und die Sanktion von Fr. 333 Mio. aufgehoben. Gegen den Entscheid haben sowohl das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement als auch Swisscom Beschwerde ans Bundesgericht erhoben. Im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens wurden mehrere Schriftenwechsel durchgeführt. Daneben hat die WEKO aufgrund des hängigen Beschwerdeverfahrens entschieden, das Verfahren **Mobilfunkterminierung II** zu sistieren, bis das Bundesgericht in Sachen Swisscom Mobile entschieden hat.

Auch in Sachen **Preispolitik ADSL** hat Swisscom Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht gegen den Entscheid der WEKO vom 19. Oktober 2009 erhoben. In diesem Verfahren nahm die WEKO ebenfalls Stellung zu den Vorbringen von Swisscom.

Schliesslich wurden gegen zwei Teilverfügungen der ComCom im Bereich **Mietleitungen** Beschwerde erhoben. Die WEKO hatte im Jahr 2008 diesbezüglich ein Gutachten zu Händen des BAKOM erstellt und wurde deshalb vom Bundesverwaltungsgericht aufgefordert in beiden Verfahren je zwei Fachberichte zu verschiedenen Fragestellungen einzureichen.

#### 4.2.2 Medien

Im Medienbereich konnten die gemeldeten Zusammenschlüsse **Axel Springer/Ringier** sowie **Edipresse/Cuhat** zugelassen werden. Die vorläufigen Prüfungen ergaben keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

Mit Urteil vom 27. April 2010 stützte das Bundesverwaltungsgericht den Entscheid der WEKO vom 5. März 2007 betreffend **Richtlinien des VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern** in allen Punkten. Gegen dieses Urteil erhob Publigroupe Beschwerde ans Bundesgericht. Die WEKO hatte sich im Rahmen der beiden Schriftenwechsel zu den Vorbringen von Publigroupe zu äussern.

Das Sekretariat hat am 30. Juli 2010 eine Vorabklärung in Sachen **Preispolitik SDA** eröffnet. Es bestehen Anhaltspunkte, dass gewisse Kunden gegenüber anderen Kunden (insbesondere gegenüber den grossen Printmediengesellschaften) preislich benachteiligt werden.

Im Jahr 2007 hat das BAKOM 13 **Veranstaltungskonzessionen für die Verbreitung von Regionalfernseh- und Regionalradioprogrammen** in der Schweiz ausgeschrieben. Gegen die Konzessionsvergabe an zwei regionale Radio- und einen regionalen Fernsehsender wurde Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht erhoben. Dieses hiess die Beschwerde gut, hob den Entscheid auf und wies die Sache zur Neuurteilung zurück. Gestützt auf Art. 74 Abs. 2 des Radio- und Fernsehgesetzes hat das BAKOM für die Beurteilung der Marktstellung die WEKO zu konsultieren. Im Verlauf des Jahres fand zwischen dem BAKOM und dem Sekretariat eine informelle Zusammenarbeit zur Vorbereitung der Gutachten statt. Ende Jahr wurde der WEKO der erste Gutachtensauftrag erteilt und mit der Redaktion des Gutachtens begonnen.

Die Untersuchung **Bücherpreise in der Romandie** wurde weiter vorangetrieben. Die Berücksichtigung der parlamentarischen Debatte über ein allfälliges Buchpreisbindungsgesetz verzögerte die Ausdehnung der Untersuchung. Aufgrund der Verschiebung der Debatte wird die Untersuchung nun jedoch planmässig weitergeführt. Das geplante Buchpreisbindungsgesetz würde die 2007 als unzulässige Wettbewerbsabrede bezeichnete Buchpreisbindung auf gesetzlichem Weg wieder einführen.

#### 4.2.3 Energie

Im Bereich Energie führte das Sekretariat eine Marktbeobachtung betreffend **Offerten für Grosskonsumenten** durch, welche kurz vor Abschluss steht. Dabei wurde der Frage nachgegangen, ob zwischen Energieversorgungsunternehmen Abreden bestehen, die dazu führen, dass die aus der Grundversorgung ausgetretenen Grosskonsumenten keine attraktiven Offerten erhalten. Zur Klärung des Sachverhalts wurde eine umfassende Befragung der Grosskonsumenten durchgeführt.

Das Sekretariat hat die Beschaffung von **Systemdienstleistungen** durch die Swissgrid weiter beobachtet. Zentral war dabei die Frage, ob Wettbewerb unterhalb der von Swissgrid eingeführten Preisobergrenze spielen kann oder ob sich die Angebote an die Preisobergrenze annähern. Im Sommer wurden die Preisobergrenzen schliesslich wieder abgeschafft.

Des Weiteren war das Sekretariat im Rahmen der vorbereitenden Arbeiten für die **Revision des Stromversorgungsgesetzes** in der Arbeitsgruppe Systemdienstleistungen vertreten. Die Arbeitsgruppe sollte Empfehlungen erarbeiten, wie die Kosten in diesem Bereich weiter gesenkt werden können. Zentral war dabei unter anderem die Frage, ob und in welchem Umfang dieser Markt zu regulieren ist.

Die Schweiz führt seit 2007 Verhandlungen mit der EU über ein **Stromabkommen**. In diesem Zusammenhang beteiligte sich das Sekretariat an der Ausarbeitung eines Konzeptpapiers betreffend wettbewerbsrechtliche Elemente eines künftigen Abkommens. Zudem hatte das Sekretariat die Möglichkeit sich zu den Wettbewerbsbestimmungen im Entwurf des Stromabkommens zu äussern.

Schliesslich hat die WEKO ein Gutachten gemäss Art. 47 KG zu Händen des Verwaltungsgericht des Kantons

Bern erstellt. Die WEKO hatte dabei die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit eines Energieliefervertrages zu beurteilen.

#### 4.2.4 Weitere Bereiche

Die WEKO hat die Untersuchung im Bereich **Import von Bier** eingestellt. Sie stellte fest, dass Parallelimporte bestimmter Biermarken von Anheuser-Busch Inbev (z. B. Stella Artois) und Grupo Modelo (z. B. Corona Extra) möglich sind und stattfinden. Die ursprünglichen Anhaltspunkte, dass Parallelimporte der entsprechenden Biermarken verhindert werden, haben sich in der Untersuchung nicht bestätigt.

Die Vorabklärung im Bereich **Eierhandel** wurde weit vorangetrieben und kann voraussichtlich im ersten Quartal 2011 abgeschlossen werden. Weil Informationen nicht oder nur stark verzögert erhältlich gemacht werden konnten, sind verschiedene Auskunftsverfügungen erlassen worden.

Im Bereich Transport ist anfangs Dezember die Meldung des Zusammenschlussvorhabens **SBB/Hupac** eingegangen. Die beiden Unternehmen meldeten die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (SBB Cargo International), welches verschiedene Dienstleistungen für die Abwicklung von Schienengüterverkehr auf der Nord-Süd-Achse erbringen soll. Die vorläufige Prüfung konnte im Verlauf des Monats Dezember durchgeführt werden. Die WEKO verzichtete auf eine vertiefte Prüfung.

### 4.3 Produktemärkte

#### 4.3.1 Revision Vertikalbekanntmachung

Am 28. Juni 2010 erliess die WEKO die revidierte Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung). Diese trägt der jüngsten Fallpraxis der WEKO (Entscheidungen *sécateurs et cisailles*, *Gaba* und *Hors Liste-Medikamente*) sowie den aktuellen Entwicklungen im EU-Wettbewerbsrecht Rechnung. Die EU hatte per 1. Juni 2010 ihren rechtlichen Rahmen angepasst und dabei insbesondere der zunehmenden Bedeutung der Nachfragemacht grosser Einzelhandelsunternehmen sowie des Online-Verkaufs Rechnung getragen. Mit der Revision bekräftigt die WEKO ihren Willen, weiterhin gegen schädliche vertikale Abreden vorzugehen und stellt sicher, dass in diesem Bereich auch künftig die gleichen Regeln wie in der EU zur Anwendung kommen.

Die wichtigsten Revisionspunkte betreffen die Regeln zur Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs und zur Prüfung der Erheblichkeit von Wettbewerbsabreden. Die Vertikalbekanntmachung hält neu fest, dass für die Widerlegung der Vermutung eine Gesamtbetrachtung des Marktes massgebend ist. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intra- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wettbewerb führt. Ferner stellt die Vertikalbekanntmachung klar, dass die Erheblichkeit bei qualitativ schwerwiegenden Abreden wie Preisbindungen zweiter Hand und absolutem Gebietsschutz im Einzelfall gewürdigt wird.

Die zwei zentralen Neuerungen in den europäischen Bestimmungen hinsichtlich der Berücksichtigung der Nachfragemacht und des Online-Handels fanden Niederschlag in der Schweizer Vertikalbekanntmachung. Neu spielt auch der Marktanteil des Abnehmers auf den Beschaffungsmärkten eine Rolle bei der Beurteilung der Frage, ob eine Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigen ist. Zudem gelten Internetverkäufe grundsätzlich als passive Verkäufe. Dies bedeutet, dass es prinzipiell jedem Händler erlaubt sein muss, das Internet für den Verkauf von Produkten zu nutzen.

Die revidierte Vertikalbekanntmachung stellt schliesslich klar, welche Umstände Anlass zur Prüfung von Preisempfehlungen geben und nach welchen Kriterien diese von der WEKO auf ihre Zulässigkeit beurteilt werden. Die rechtliche Würdigung von Preisempfehlungen erfolgt dabei entsprechend der EU.

Aufgrund der Berücksichtigung der Marktanteile der Abnehmer auf den Beschaffungsmärkten werden vertikale Abreden mit marktmächtigen Nachfragern neu strenger beurteilt. Die WEKO sieht eine Übergangsregelung bis am 31. Juli 2011 vor, welche es den Unternehmen erlaubt, von der neuen Regel betroffene problematische Vertragsklauseln anzupassen.

#### 4.3.2 Konsumgüterindustrie

Die **Weisswarenbranche** beschäftigte die WEKO in diesem Jahr auf verschiedenen Ebenen. Neben einer Untersuchung betreffend die Behinderung von Internetverkäufen behandelte die WEKO auch eine Meldung nach Art. 49a Abs. 3 KG (Widerspruchsverfahren) sowie verschiedene Beratungsanfragen.

Im September 2010 eröffnete die WEKO eine Untersuchung betreffend die Behinderung von Produktverkäufen über das Internet. Anlass dafür war der Umstand, dass die Electrolux AG ihren Händlern Verkäufe von Produkten ihrer Marke über das Internet untersagte. Hinzu kam, dass im gleichen Zeitraum die V-Zug AG ihr Vertriebssystem mehrfach anpasste und in diesem Rahmen Online-Verkäufe zunächst ausschloss, dann aber wieder zuließ. Mit der Untersuchung soll (zum ersten Mal) die Frage geklärt werden, ob die Behinderung von Produktverkäufen über Online-Shops gegen das KG verstösst. In der Untersuchung sollen über die Branche hinaus grundsätzliche Kriterien für den Online-Handel festgelegt werden.

Das Sekretariat behandelte verschiedene Beratungsanfragen von Herstellerunternehmen der Weisswarenbranche, welche im Wesentlichen die Frage der Zulässigkeit von sog. **selektiven Vertriebssystemen** betrafen. Kernaspekte bildeten dabei die Ausgestaltung der Selektionskriterien, nach denen Händler zum Vertriebssystem zugelassen werden, sowie die Frage, inwiefern Online-Verkäufe eingeschränkt werden können.

Im Frühjahr 2010 wurde das Sekretariat mit Beratungsanfragen rund um die Distributionslogistik angegangen. Branchenweit sollte ein sog. **Lieferkostenbeitrag** für die Auslieferung von Kleinmengen (1–2 Geräte) an Händler eingeführt werden. Die WEKO meldete wettbewerbsrechtliche Bedenken an, sodass die Meldung vor Ablauf der gesetzlich vorgesehenen Frist zurückgezogen wurde. Hauptkritikpunkte für die WEKO waren insbe-

sondere (i) die Notwendigkeit einer branchenweiten Lösung und (ii) die Ausgestaltung des Instrumentes als Abgabe (und nicht bspw. als Rabatt).

Im Mai 2010 versandte das Sekretariat der WEKO seinen Antrag in Sachen **ASCOPA** an die rund dreissig Verfahrensparteien zur Stellungnahme. Gegenstand der Untersuchungen sind mögliche Preis- und Mengenabsprachen aufgrund eines Informationsaustauschs zwischen namhaften Herstellern und Vertreibern von Kosmetik- und Parfümerieprodukten. Nach Eingang der Stellungnahmen der Parteien entschloss sich das Sekretariat, zusätzliche Untersuchungshandlungen vorzunehmen, welche zurzeit noch andauern. Nach Abschluss der Untersuchungen wird der überarbeitete Antrag den Parteien erneut zur Stellungnahme zugesandt, bevor er der WEKO zum Entscheid in der Sache zugestellt wird.

Im März 2010 eröffnete die WEKO eine Untersuchung gegen die **Nikon AG** wegen möglicher Behinderung von Parallelimporten von Nikon-Produkten und führte eine Hausdurchsuchung. Aufgrund einer Anzeige lagen Anhaltspunkte vor, dass Nikon Parallelimporte in die Schweiz behindert oder verhindert hat. Solche Verhaltensweisen könnten unzulässige Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG darstellen.

Eine weitere Untersuchung richtet sich gegen die **Roger Guenat S.A.** wegen Verdachts auf Preisbindungen zweiter Hand und möglicher Behinderung von Parallelimporten bei Bergsportprodukten. Die Roger Guenat S.A. vertreibt und repräsentiert Produkte verschiedener Marken, teils als Generalimporteurin (insbes. Petzl, Beal und Entreprises), teils als Agentin (Ortovox und Boreal). Die Untersuchung wurde mittels Hausdurchsuchungen und gestützt auf eine Anzeige eröffnet. Die entsprechenden Ermittlungen sind noch im Gang.

Eine Marktbeobachtung zu den Preisen von **Rollkoffern** verschiedener Marken (insbesondere Samsonite und Rimowa) ergab, dass die untersuchten Rollkoffer-Modelle bei den meisten befragten Händlern zu den gleichen oder fast gleichen Preisen angeboten werden und dass diese vorwiegend den Preisempfehlungen der Hersteller oder Importeure entsprechen. Es konnte nicht nachgewiesen werden, dass die Einhaltung der Preisempfehlungen durch die Rollkofferhändler auf kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweisen zurückzuführen ist. Allerdings zeigte sich, dass die Preisempfehlungen oft nicht klar ersichtlich als unverbindlich gekennzeichnet waren. Die involvierten Unternehmen wurden deshalb aufgefordert, ihre Preisempfehlungen ausdrücklich als unverbindlich zu bezeichnen.

#### 4.3.3 Detailhandel

Das Sekretariat hat verschiedene **Marktbeobachtungen und informelle Gespräche** mit Marktteilnehmern durchgeführt. Zu eruieren galt es namentlich Fragen im Zusammenhang mit (Parallel-)Importbehinderungen. Die Abklärungen zeigten, dass (Parallel-)Importe auch bei beträchtlichen Preisdifferenzen zum Ausland nach wie vor durch staatliche Regulierungen behindert werden, wie etwa im Fall Garnier Nutrisse Crème (vgl. unten). Gleichzeitig versuchen Unternehmen jedoch auch, solche Importe durch mittelbare Massnahmen – wie etwa die Verweigerung von Garantieleistungen bei importier-

ter Ware – unattraktiv zu machen. Gegenstand der Marktbeobachtungen waren auch die Einhaltung von Preisempfehlungen sowie Fragen betreffend den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten. In diesem Zusammenhang hat das Sekretariat betont, dass es aufgrund des Grundsatzes der Vertragsfreiheit weder für Discounter noch für andere Unternehmen einen Anspruch auf die Belieferung mit bestimmten Produkten oder Verpackungsgrössen gibt, solange der Lieferant der fraglichen Produkte nicht marktbeherrschend ist.

Die Marktbeobachtung zu einem Haarfärbemittel von L'Oréal ergab, dass sie Preisempfehlungen erlässt. Es ergaben sich keine Anhaltspunkte, dass diese mittels Anreizen oder Sanktionen durchgesetzt werden. Die Preise in der Schweiz für dieses Produkt sind deutlich höher als in Deutschland. Ein Parallelimport von Haarfärbemitteln durch einen Detailhändler in der Schweiz ist im Prinzip möglich, aber aufgrund der Vorschrift, die Gebrauchsanweisung und die Warnhinweise auf gefährliche Inhaltsstoffe in den drei Amtssprachen zu beschriften, wenig praktikabel. Dieser Fall zeigt auf, dass sich der Parallelimport für gewisse Güter trotz Einführung des Cassis-de-Dijon-Prinzips nach wie vor schwierig gestaltet. Die Wettbewerbsbehörde hat im übrigen mit Skepsis zur Kenntnis genommen, dass bereits parlamentarische Vorstösse zur Schwächung des Cassis-de-Dijon-Prinzips eingereicht worden sind, was zu einer Verminderung seines wettbewerbsfördernden Effekts führen würde.

Eine Marktbeobachtung zur **Nivea Crème** zeigte sodann, dass sich in der Schweiz tätige Detailhändler unterschiedlich stark an die Preisempfehlungen von Beiersdorf Schweiz hielten. Insbesondere bei grossen Dosisgrössen wurden die Preisempfehlungen oftmals unterschritten. Somit hat der preissensitive Konsument die Möglichkeit, Nivea in der Schweiz zu einem gleich günstigen Preis wie im umliegenden Ausland einzukaufen.

Schliesslich stellte das Sekretariat in der Marktbeobachtung zu Rasierklingen der Marke **Gillette** fest, dass trotz Preisempfehlungen seitens Procter & Gamble Schweiz ein ausreichender Wettbewerb zwischen den Detailhändlern bezüglich dieser Marke besteht (sog. Intra-brand-Wettbewerb). So folgten der Preissenkung der Migros für Gillette-Rasierklingen im November 2009 auch Preissenkungen ihrer Hauptkonkurrenten für diese Produkte.

#### 4.3.4 Bauwirtschaft

Mit Verfügung vom 10. Mai 2010 schloss die WEKO die Untersuchung Komponenten für **Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen** nach siebzehn Monaten ab. Die Untersuchung wurde aufgrund einer Selbstanzeige einer am Kartell beteiligten Partei mit einer Hausdurchsuchung eröffnet. Die Ermittlungen führten zum Nachweis verschiedener Preisabsprachen über Expansionsgefässe und damit zusammenhängenden Produkten zwischen den Jahren 2006 und 2008. Die beteiligten Unternehmen informierten sich gegenseitig über bevorstehende Preiserhöhungen und passten diese bezüglich prozentualer Höhe und Zeitpunkt weitgehend einander an. Ferner wurden weitere sensible Geschäftsinformationen wie Umsatzangaben und Preislisten ausgetauscht. In der untersuchten Zeitspanne wurden die Preiserhöhungen



bei jeder Preiserhöhungsrunde aufeinander abgestimmt, was zu einem Dauerzuschlag im Rahmen der Sanktionsberechnung führte. Die WEKO sanktionierte ein Unternehmen in der Höhe von Fr. 169'000.-. Die Erstanzeigerin profitierte von einem Bonus in der Höhe von 100% und vermied damit eine Sanktion in der Höhe von Fr. 5,2 Millionen.

Die im Juni 2009 eröffneten Untersuchungen betreffend **Submissionsabreden im Strassen- und Tiefbau in den Kantonen Zürich und Aargau** wurden planmässig vorangetrieben. Die Auswertung der beschlagnahmten Dokumente und die Informationen der kooperierenden Unternehmen haben Indizien geliefert, dass weitere Unternehmen an den Abreden beteiligt waren. Aus diesem Grund wurde im August 2010 die vorliegende Untersuchung auf weitere Tiefbauunternehmen ausgedehnt. Ende Jahr standen die Ermittlungshandlungen in der Endphase und der Antrag wird voraussichtlich im ersten Halbjahr 2011 zugestellt.

Die Untersuchung **Baubeschläge** für Fenster und Fenstertüren wurde mit Verfügung vom 18. Oktober abgeschlossen. Die WEKO verhängte dabei Bussen von insgesamt Fr. 7,6 Millionen gegen die Siegenia-Aubi AG, SFS Unimarket AG, Paul Koch AG sowie Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG. Die Selbstanzeigerin Roto Frank AG kam in den Genuss eines vollständigen Sanktionserlasses. Unter Baubeschlägen werden alle Teile verstanden, welche Fensterflügel und -rahmen verbinden und die Öffnungs- und Schliessfunktion eines Fensters bzw. einer Fenstertür steuern. Solche werden von Fensterverarbeitern zur Herstellung von gebrauchsfertigen Fenstern und Fenstertüren benötigt. In der Untersuchung konnten Preisabreden über Höhe und Zeitpunkt von Preiserhöhungen in der Schweiz im 2007 nachgewiesen werden. Solche horizontalen Preisabreden stellen besonders schädliche Verstösse gegen das Kartellgesetz dar.

Ein ähnlich gelagertes Verfahren im Bereich **Türelemente** wie Türdrücker, -schlösser, -scharniere etc. ist hängig.

Gestützt auf eine Anzeige eröffnete das Sekretariat der WEKO im Juni 2010 eine Vorabklärung im Bereich elektrischer Werkzeuge der Marke **Festool**. Gegenstand war die Frage, ob die Herstellerin von Festool-Werkzeugen, die Tooltechnic Systems (Schweiz) AG (TTS), ihre Festool-Partnerhändler unter Druckausübung bzw. Anreizsetzung zur Einhaltung der empfohlenen Wiederverkaufspreise bringt und damit eine unzulässige vertikale Preisabrede vorliegt. Die Abklärungen des Sekretariats haben keine genügenden Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede ergeben.

#### 4.3.5 Uhrenindustrie

Im September 2009 eröffnete die WEKO aufgrund eines möglichen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung eine Untersuchung gegen **ETA Manufacture Horlogère Suisse SA**, eine Tochtergesellschaft der Swatch Group. Die ETA ist die mit Abstand grösste Herstellerin von mechanischen Uhrwerken in der Schweiz und steht im Verdacht, Preise und Konditionen gegenüber ihren Handelspartnern in unzulässiger Weise angepasst zu haben. Das Sekretariat führte umfangreiche Ermittlungshandlungen durch.

ETA war vor einigen Jahren Adressatin eines Verfahrens vor der WEKO. Es ging um die Ankündigung von ETA, die Liefermengen von Ebauches - rohen Bestandteilen eines mechanischen Uhrwerks in Form eines Bausatzes - zu reduzieren und die Lieferungen gänzlich einzustellen. Das Verfahren endete 2004 mit einer einvernehmlichen Regelung, in welcher sich ETA verpflichtete, ihre bisherigen Kunden bis Ende des Jahres 2010 weiterhin mit Ebauches zu beliefern. Im Auslaufen dieser Regelung kamen aus der Uhrenindustrie keine Rückmeldungen, welche die WEKO dazu veranlasst hätten, erneut aktiv zu werden.

Ende 2009 kündigte der damalige Verwaltungsratspräsident der **Swatch Group** in der Presse an, inskünftig die Belieferung von Drittkunden mit Uhrenkomponenten zu reduzieren resp. einzustellen. Diesbezüglich kam es im Jahr 2010 zu verschiedenen informellen Kontakten mit der Swatch Group. Ob in diesem Zusammenhang ein formelles Verfahren eröffnet wird, hängt davon ab, inwiefern Swatch das Vorhaben umzusetzen gedenkt.

#### 4.3.6 Automobilsektor

Im 2010 hat die WEKO ihre **Erläuterungen zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel** angepasst. Die neue Version dieser Erläuterungen trägt der Praxiserfahrung der WEKO der letzten Jahre bei der Beurteilung vertikaler Abreden im Kraftfahrzeughandel und dem neuen rechtlichen Rahmen auf europäischer Ebene ab 1. Juni 2010 Rechnung. Am 27. Mai 2010 hat die Europäische Kommission einen neuen wettbewerbsrechtlichen Rahmen für die Automobilbranche angenommen. Demnach gelten für den Vertrieb von Neufahrzeugen nach einer Übergangsfrist bis zum 31. Mai 2013, in der die bisherige KFZ-GVO weiterhin Anwendung findet, die Bestimmungen der allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Abreden. Für die Märkte für Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen sowie den Vertrieb von Ersatzteilen kommen die spezifischen Bestimmungen der neuen KFZ-GVO zur Anwendung. In breitem Konsens mit den Vertretern der Automobilbranche hat die WEKO entschieden, die Bekanntmachung zunächst unverändert beizubehalten. Im Hinblick auf die Änderungen auf europäischer Ebene ab Juni 2013 wird die WEKO rechtzeitig unter Einbezug der Marktteilnehmer befinden, wie die Bekanntmachung ab diesem Datum weiterzuführen ist.

Im Oktober 2010 hat die WEKO eine Untersuchung gegen die **BMW Group** eröffnet. Die BMW AG (München) und die konzernmässig mit ihr verbundenen Unternehmen haben möglicherweise Verkäufe von Neufahrzeugen der Marken BMW und MINI aus dem EWR an Kunden und Händler in der Schweiz verhindert. Es bestehen folglich Anhaltspunkte für eine kartellrechtlich unzulässige Gebietsabschottung.

Im Jahr 2010 sind beim Sekretariat mehr als 50 **Anfragen bzw. Anzeigen** im Zusammenhang mit dem Automobilsektor eingegangen. Viele Fragen bezogen sich auf die Gewährung von Garantieansprüchen auf direktimportierten Fahrzeugen. Aufgrund des starken Schweizerfrankens sind die Preisunterschiede zum europäischen Ausland und der Anreiz, dort ein Auto zu erwerben noch grösser geworden. In diesem Zusammenhang

ist es wichtig, dass die Kunden in der Schweiz die Möglichkeit haben, ihre Garantieansprüche geltend zu machen, wie es in der Bekanntmachung der WEKO vorgehen ist.

#### 4.3.7 Landwirtschaft

Im August 2010 wurde der Bereich Landwirtschaft wieder dem Dienst Produktemärkte zugeordnet, wo der Bereich aufgrund der Wertschöpfungskette ursprünglich angesiedelt war. Das Sekretariat hat 2010 viele **Einzelanzeigen** von Marktteilnehmern aus der Landwirtschaft erhalten und diese in Marktbeobachtungen geprüft; unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen konnten nicht festgestellt werden. Im **Düngermarkt** wurde eine grössere Marktbeobachtung eingeleitet, deren Ergebnisse allerdings erst 2011 vorliegen werden.

Aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung auf den Märkten Konsummilch, Konsumrahm und Butter musste die **Emmi AG** drei Zusammenschlussvorhaben melden. Das erste betraf die Übernahme der Fromalp AG. Es zeigte sich eine bedeutende Marktanteilsaddition im Bereich Schmelzkäseprodukte und insbesondere im Bereich Fondue fixfertig. In einer eingehenden Analyse konnte festgestellt werden, dass potentielle Konkurrenz eine disziplinierende Wirkung auf die Zusammenschlussparteien hat. Die anderen Meldungen betrafen mit dem Kauf der Marke Onken des deutschen Dr. Oetker-Konzerns die Bereiche Joghurt und Quark sowie mit der Übernahme der Fromagerie Bettex S.A. die Produkte Ziegenkonsummilch, Ziegenjoghurt und Ziegenkäse. Die Vorhaben waren unproblematisch.

Das Sekretariat hat in **Ämterkonsultationen** zu parlamentarischen Vorstössen Stellung genommen. Es sprach sich gegen die Motion Aebi aus und wies darauf hin, dass die damit beabsichtigte Mengensteuerung durch die Schweizer Milchproduzenten die Lösung der strukturellen Probleme auf dem Milchmarkt verhindere. Zur Interpellation Lumengo führte das Sekretariat aus, dass eine Abschaffung des Salzregals aus wettbewerbspolitischer Sicht zu unterstützen wäre.

#### 4.4 Binnenmarkt

Die Tätigkeit der Einheit Binnenmarkt stand im Zeichen von drei thematischen Schwerpunkten: Ein erster bildete die bereits im Vorjahr lancierte Auseinandersetzung mit der Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM, die eine **Ausschreibungspflicht für die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private** stipuliert. Sie mündete in der Verabschiedung von zwei Gutachten betreffend die Erneuerung von Wasserrechtskonzessionen bzw. die Erneuerung von Konzessionsverträgen über die Erstellung und den Betrieb elektrischer Verteileranlagen, welche der WEKO die Gelegenheit boten, die Tragweite der auslegungsbedürftigen Begriffe "Monopol" und "Private" zu erläutern. Dabei erfasst die binnenmarktrechtliche Ausschreibungspflicht nach Auffassung der WEKO nicht nur die Übertragung rechtlicher, sondern auch faktischer Monopole. Die beiden Gutachten ernteten zum Teil heftigen Widerspruch und führten u.a. zur Einreichung einer (noch hängigen) Motion aus dem Ständerat, welche verlangt, dass der

Ausschreibungswettbewerb im Bereich der Wasserkraft und Stromverteilung spezialgesetzlich ausgeschlossen wird.

Ein zweiter Schwerpunkt bildete die **Regulierung des Taxiwesens**. Die Vielzahl von zum Teil stark divergierenden Regelungen führen nach wie vor zu Beschränkungen des Marktzugangs auswärtiger Taxidienstleister. Vor diesem Hintergrund hat das Kompetenzzentrum den Verband taxisuisse in seinen Bestrebungen unterstützt, ein – rechtlich nicht verbindliches – Musterreglement zuhanden der für die Regulierung zuständigen Gemeinden bzw. Kantone zu entwerfen, welches gleichermaßen einheitliche wie wettbewerbsfreundliche Marktzugangsvoraussetzungen festlegt. Ferner bewog die Sanktionierung eines ausserkantonalen Taxidienstleisters die WEKO zur Einreichung einer Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Genf, um die Gewährleistung des freien Marktzugangs zum Genfer Flughafen durchzusetzen.

Schliesslich führte die Einheit Binnenmarkt im Rahmen der Umsetzung des 2008 verabschiedeten Konzepts zur **Bekämpfung von Submissionsabsprachen** fünf eintägige Ausbildungsveranstaltungen durch, an denen Vertreterinnen und Vertreter von insgesamt 11 kantonalen Beschaffungsstellen teilnahmen. Die zahlreichen positiven Rückmeldungen bestätigten dabei die Nützlichkeit dieses Instrumentes und das Bedürfnis nach einer verstärkten Zusammenarbeit in diesem Bereich. Für das nächste Jahr sind weitere Veranstaltungen vorgesehen, insbesondere in den französischsprachigen Kantonen.

Nebst den vorstehend erläuterten Schwerpunkten behandelte die Einheit Binnenmarkt auch in diesem Jahr wiederum mehrere Eingaben von Privaten und Behörden. Standen bei Ersteren Probleme bei der Durchsetzung ihres Anspruchs auf freien Marktzugang im Vordergrund, ging es bei Letzteren insbesondere um die Sicherstellung der BGBM-Kompatibilität kantonaler und kommunaler Vorschriften sowie der Verwaltungspraxis.

#### 4.5 Ermittlungen

2010 wurde der Bereich Ermittlungen für die Organisation und Durchführung mehrerer Hausdurchsuchungen beigezogen, welche ein Einsatzteam, bestehend aus für diese Aufgabe ausgebildeten Mitarbeitern des Sekretariates, Fachleuten für IT-Forensik sowie Polizisten, erforderte. Ferner organisierte er eine ad-hoc-Ausbildung für Teamchefs/innen, die erfolgreich von mehreren MitarbeiterInnen des Sekretariates absolviert wurde.

Im gleichen Jahr traf das Bundesstrafgericht einen wichtigen Entscheid in einem Verfahren betreffend Entsiegelung (siehe RPW 2010/1, S. 226 ff). Anlässlich einer 2009 durchgeführten Hausdurchsuchung verlangte eines der Unternehmen die Siegelung eines Teils der Dokumente. Dies mit der Begründung, sie unterlägen dem Anwaltsgeheimnis, beziehungsweise seien für das laufende Verfahren nicht relevant. Das Bundesstrafgericht gab dem Sekretariat vollumfänglich Recht und erlaubte dem Sekretariat die Entsiegelung der beschlagnahmten Dokumente.

#### 4.6 Kommunikation

Im Jahr 2010 haben die Wettbewerbsbehörden 21 Medienmitteilungen publiziert und drei Pressekonferenzen abgehalten. Bei zwei Ereignissen war das Interesse der Medien besonders gross. Erstens bei der Untersagung des Zusammenschlusses zwischen Orange und Sunrise. Der Entscheid wurde in einer Pressekonferenz bekannt gegeben und war während Wochen Diskussthemata in den Medien. Zweitens der Wechsel im Präsidium von Walter A. Stoffel zu Vincent Martenet. Der abtretende Präsident bekam viele Interviewanfragen mit dem Schwerpunkt Rückblick/Bilanz ziehen, während beim antretenden Präsidenten künftige Schwerpunkte und Ausblick interessierten.

#### 4.7 Internationale Beziehungen

**OECD:** Vertreter der WEKO und des Sekretariats nahmen an den dreimal jährlich in Paris stattfindenden Treffen des OECD Wettbewerbskomitees teil. In Zusammenarbeit mit dem SECO wurden verschiedene Beiträge verfasst und vorgetragen. Thematisiert wurden unter anderem das öffentliche Beschaffungswesen sowie die *Procedural Fairness*. Das Oktober-Meeting war *Green Growth* gewidmet. Das Thema wird im Rahmen der allgemeinen Umwelt- und Energiefragen einen wichtigen Aspekt des OECD-Wettbewerbskomitees bilden.

**ICN:** Im April nahm eine Delegation an der neunten Jahreskonferenz des ICN in Istanbul teil. Im Oktober fand der ICN Cartel Workshop in Yokohama statt, in welcher ein Vertreter des Sekretariats eine Session moderierte. Wettbewerbsbehörden aus aller Welt erörterten an diesem Workshop, wie ihre Ressourcen bei der Aufdeckung, Abklärung und Sanktionierung von Kartellverhalten am effizientesten eingesetzt werden können. Ausserdem nahm das Sekretariat am ICN Merger Workshop in Rom und am ICN Unilateral Conduct Workshop in Brüssel teil.

**UNCTAD:** Die alle vier Jahre stattfindende Überprüfungskonferenz des UN-Kodex über wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken hat im November in Genf stattgefunden. Themen waren die gerichtliche Überprüfung von Sanktionen, der Beitrag der Wettbewerbspolitik zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung sowie die Erfahrungen mit der Anwendung des Kodexes, wobei die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden im Mittelpunkt stand. Zudem wurde eine revidierte Fassung eines Modellgesetzes über Wettbewerb besprochen. Im Rahmen des COMPAL Programmes, welches die Bildung resp. Stärkung von Wettbewerbsbehörden in Lateinamerika zum Ziel hat, wurden zwei Praktikanten aus Lateinamerika für je drei Monate im Sekretariat betreut.

**Vietnam-Projekt:** Anfang 2008 startete das Projekt "Strengthening the Vietnamese Competition Authorities", welches zum Ziel hat, die im Jahr 2006 gegründete vietnamesische Wettbewerbsbehörde (VCA) zu stärken und zu unterstützen. Die bilaterale Zusammenarbeit umfasst die Durchführung von Workshops in Vietnam und die Unterstützung bei Marktstudien. Weiter wirken Mitarbeiter des Sekretariats als Experten vor Ort, namentlich zur Erarbeitung von Leitlinien zu wettbewerbsrelevanten Themen. Im Jahr 2010 absolvierte ein Mitarbeiter der

vietnamesischen Behörde ein dreimonatiges Praktikum im Sekretariat. Das Projekt, welches durch das SECO finanziert ist, wird im Jahr 2011 abgeschlossen.

**EU:** Mit dem Ziel der Bekämpfung internationaler Wettbewerbsbeschränkungen hat der Bundesrat am 18. August 2010 ein Verhandlungsmandat für ein Kooperationsabkommen mit der EU im Bereich Wettbewerb verabschiedet. Es soll den Austausch von Informationen, einschliesslich vertraulicher Informationen, durch die Wettbewerbsbehörden der Schweiz und der EU ermöglichen, die in den jeweiligen Wettbewerbsverfahren verwendet werden können. Mit dem Beginn von Verhandlungen ist anfangs 2011 zu rechnen.

**Bilaterale Kontakte:** Im Rahmen des Abkommens mit Japan wurde ein erstes Treffen mit der *Japan Fair Trade Commission* am Rande des ICN Cartel Workshops in Yokohama abgehalten. Bilaterale Beziehungen wurden mit den chinesischen, deutschen, französischen, österreichischen und ukrainischen Wettbewerbsbehörden gepflegt.

### 5. Organisation und Statistik

#### 5.1 WEKO

Im Jahr 2010 hielt die WEKO 14 ganztägige Plenarsitzungen ab. In der Kommission gab es im Berichtsjahr die folgenden personellen Wechsel:

- **Walter A. Stoffel** ist mit Ablauf seiner zwölfjährigen Amtszeit am 30. Juni 2010 als Präsident der WEKO zurückgetreten und aus der WEKO ausgeschieden;
- Der Bundesrat ernannte den bisherigen Vizepräsidenten **Vincent Martenet** auf den 1. Juli 2010 zum Präsidenten der WEKO;
- Das frei gewordene Amt eines Vizepräsidenten wurde vom Bundesrat auf den 1. November 2010 mit dem bisherigen WEKO-Mitglied **Martial Pasquier** besetzt;
- Am 1. Januar 2011 wird **Andreas Heinemann**, Professor an der Universität Zürich, sein neues Amt als WEKO-Mitglied antreten.

Die WEKO würdigt nachstehend **Walter A. Stoffel** als Mitglied und Präsident der WEKO:

Walter A. Stoffel trat am 1. Juli 1998 in die WEKO ein. Aufgrund seiner langjährigen Erfahrung mit dem Wettbewerbsrecht als Professor an der Universität Freiburg i.Ue. und Richter bei der damaligen Rekurskommission für Wettbewerbsfragen war er prädestiniert für dieses Amt. Mit diesem Rucksack ausgestattet, übernahm er bei Amtsantritt das Amt eines Vizepräsidenten der WEKO und Präsidenten der Kammer Produktemärkte. In dieser Funktion hat er sofort wichtige Akzente in der praktischen Anwendung des Kartellgesetzes gesetzt. Schwerpunkte seiner ersten Amtsjahre waren unter anderem die kartellrechtliche Beurteilung von Vertikalabreden sowie die Liberalisierung des Automobilhandels. Dies führte im Jahr 2002 zur Verabschiedung von zwei einschlägigen Bekanntmachungen der WEKO, in denen sie aufzeigte, inwiefern vertikale Abreden im allgemeinen und im besonderen im Automobilhandel als erhebliche und nicht gerechtfertigte Wettbewerbsbeschränkungen

gen beurteilt werden. Diese beiden Bekanntmachungen haben zur damaligen Zeit und in der Diskussion um die Hochpreisinsel Schweiz viel zur Rechtssicherheit und zu einer transparenten Anwendung des Gesetzes in diesen Bereichen beigetragen.

Auf den 1. Januar 2003 ist Walter A. Stoffel zum Präsidenten der WEKO ernannt worden. Seiner bisherigen Linie ist er dabei treu geblieben. Er war den Unternehmen, Anwälten und allen Interessierten ein zugänglicher und verlässlicher Diskussionspartner. Er verstand es, auch kontroverse Standpunkte sachlich und fair zu vertreten sowie sie durchzusetzen. In seine ersten Präsidentschaftsjahre fiel die Revision des Kartellgesetzes von 2003, mit Inkrafttreten am 1. April 2004. Mit dieser Revision war die WEKO in der Lage, schwere Verstösse gegen das Kartellgesetz mit direkten Sanktionen in Form von Geldbussen zu bestrafen. Gleichzeitig ist mit der Bonusmeldung die Möglichkeit geschaffen worden, dass Unternehmen ihre Beteiligung an einem Kartell selbst anzeigen und im Gegenzug von Sanktionen befreit werden. Die Umsetzung dieser neuen Instrumente in den Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden brauchten viel Geduld und Fingerspitzengefühl. Geduld einerseits, weil viele neue verfahrensrechtliche Fragen auftauchten und präzise gelöst werden mussten. Fingerspitzengefühl andererseits, weil die neuen Instrumente in einem Mass eingesetzt werden mussten, dass deren Benutzung nicht willkürlich und trotzdem abschreckend wirkten. Diese Herausforderung hat Walter A. Stoffel in Zusammenarbeit mit dem Sekretariat und der Kommission hervorragend gelöst. Unter seinem Präsidium hat die WEKO verschiedene wichtige Verfahren abschliessen und eine klare Praxis in Anwendung der Sanktionsordnung schaffen können. Zudem hat das Bundesverwaltungsgericht vor seinem Rücktritt in zwei Urteilen bestätigt, dass die institutionelle Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörde den Anforderungen der EMRK genügt.

Abgesehen von der Führung der WEKO hin zu Entscheiden und den übrigen Aufgaben des Präsidenten der WEKO lagen Walter A. Stoffel zwei Dinge besonders am Herzen:

Erstens die Schaffung eines internationalen Beziehungsnetzes für die schweizerische Wettbewerbsbehörde. Sein Ziel war es von Anfang an, die schweizerische Wettbewerbsbehörde auf der internationalen Bühne wahrnehmbar zu machen und auf eine formelle Kooperation hinzuarbeiten. Die Bühne hat Walter A. Stoffel mit der Organisation des ICN-Jahreskongresses 2008 in Zürich in die Schweiz geholt. Dieser Anlass hat der Schweiz und der WEKO viel Ansehen auf dem internationalen Parkett verschafft. Zudem war es mit ein Verdienst von Walter A. Stoffel, dass der Bundesrat nach langen Vorverhandlungen im August 2010 - kurz nach seinem Rücktritt - ein formelles Verhandlungsmandat für ein Kooperationsabkommen zwischen der Schweiz und der EU in Wettbewerbssachen verabschiedet hat.

Zweitens war Walter A. Stoffel ein ausgezeichneter Botschafter der Wettbewerbskommission und ihrer Tätigkeit. Er hat es immer wieder verstanden, in Interviews für Radio und Fernsehen komplexe Entscheide der WEKO in einer für Medienschaffende und die Öffentlichkeit verständlichen Form zu erklären. Seine bevorzugte Form

war dabei das Live-Interview. Er ist mehrmals in einschlägigen Sendegefässen wie Kassensturz, Rundschau, A bon entendeur etc. live aufgetreten und hat alle Fragen geduldig und mit einer verständlichen Sprache beantwortet. Seine perfekte Beherrschung von drei Landessprachen (Deutsch, Französisch, Rätoromanisch) waren ihm dabei sehr wertvoll.

Die WEKO dankt Walter A. Stoffel für seine grossen Verdienste als Mitglied, Vizepräsident und während sieben Jahren als Präsident der Wettbewerbskommission. Sie wünscht ihm für seine weitere berufliche Tätigkeit an der Universität Freiburg sowie für seine private Zukunft alles Gute.

## 5.2 Sekretariat

Die im Jahr 2009 erarbeiteten Grundlagen der Organisationsentwicklung sind umgesetzt und implementiert worden. Die Verfahren laufen damit nach vorgegebenen Prozessen ab. Die Planung, Steuerung und Kontrolle der Verfahren und des Ressourceneinsatzes wurden verbessert. Dies hat zu einer Senkung der Verfahrensdauer in einzelnen Verfahren geführt. Dem steht gegenüber, dass weniger Personalressourcen zur Verfügung stehen. Sparprogramme kosteten 1 Stelle; die jährlichen Lohnerhöhungen führen beim "jungen" Personalbestand bei gleichbleibendem Budget zu einem jährlichen Verlust von 1.5 bis 2 Stellen. Bei verschiedenen Verfahren musste deshalb eine Neubeurteilung der Prioritäten vorgenommen werden. Dies führte dazu, dass sich das Sekretariat auf die Schwerpunktthemen konzentriert, die von der WEKO vorgegeben sind (siehe Vorwort des Präsidenten) und dass selbst dort einzelne Verfahren und Verfahrensschritte zurückgestellt werden müssen.

Ende des Jahres 2010 beschäftigte das Sekretariat 62 (Vorjahr 64) Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (Vollzeit und Teilzeit), mit einem Frauenanteil von 40 (Vorjahr 45) Prozent. Dies entspricht insgesamt 53.8 (Vorjahr 58.2) Vollzeitstellen. Das Personal teilte sich wie folgt auf: 43 wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (inkl. Geschäftsleitung) gleich 37.9 (Vorjahr 40.7) Vollzeitstellen, 7 (Vorjahr 9) wissenschaftliche Praktikantinnen und Praktikanten gleich 7 (Vorjahr 9) Vollzeitstellen, 11 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Dienstes Ressourcen und Logistik gleich 8.9 (Vorjahr 8.5) Vollzeitstellen.

## 5.3 Teilrevision KG

Der Bundesrat eröffnete am 30. Juni 2010 die **Vernehmlassung zur Teilrevision des Kartellgesetzes**<sup>1</sup>. Die WEKO hat sich dazu mit einer eigenen Stellungnahme geäussert. Die WEKO hält darin zunächst fest, dass die schweizerischen Wettbewerbsbehörden heute grundsätzlich zufriedenstellend funktionieren. Betreffend die **institutionelle Ausgestaltung** spricht sich die WEKO für eine Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsaufgaben aus. Sie ist aber der Ansicht, dass sich dieses Ziel interimistisch oder auch permanent im Rahmen des aktuellen institutionellen Modells verwirklichen liesse. Die WEKO fragt sich deshalb, ob ein kompletter institutioneller Systemwechsel heute angezeigt ist. Falls eine neue Wettbewerbsbehörde geschaffen wird, erachtet die

<sup>1</sup> Vgl. <http://www.weko.admin.ch/aktuell/01024/index.html?lang=de>

WEKO deren Unabhängigkeit als zentral. Der Gesetzesentwurf gewährleiste dies aber nicht vollumfänglich, da der Bundesrat die administrative Aufsicht über die Wettbewerbsbehörde ausüben, und deren Leitung für (nur) vier Jahre wählen würde.

Hinsichtlich **vertikaler Abreden** hält die WEKO fest, dass sie bereits heute in jedem einzelnen Fall prüft, ob die in Frage stehende Abrede den wirksamen Wettbewerb beseitigt, resp. erheblich beeinträchtigt. Ausserdem sei die Praxis der WEKO in diesem Bereich nahe derjenigen der EU-Behörden. Hingegen begrüsst die WEKO

eine Modernisierung der **Zusammenschlusskontrolle**. Sie bevorzugt die vorgeschlagene Variante 1, in welcher ein SIEC-Test zu Anwendung kommen soll. Auf diese Weise würden in der Schweiz bei einem Zusammenschluss dieselben Beurteilungskriterien angewendet werden wie in der EU und den meisten anderen westlichen Industrieländern. Die WEKO ist mit den vorgeschlagenen Massnahmen zur Verbesserung des **Widerspruchsverfahrens** einverstanden. Sie begrüsst auch eine verbesserte **internationale Zusammenarbeit** und die **Stärkung des Kartellzivilrechts**.

#### 5.4 Statistik

Untersuchungen	2009	2010
Während des Jahres geführt	20	20
davon Übernahmen vom Vorjahr	16	14
davon Eröffnungen	4	6
Endentscheide	6	5
davon einvernehmliche Regelungen	3	3
davon behördliche Anordnungen	2	2
Davon Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG	5	3
Verfahrensleitende Verfügungen	n.a.	7
Vorsorgliche Massnahmen	0	2
Sanktionsverfahren nach Art. 50 ff. KG	0	0
Vorabklärungen		
Während des Jahres geführt	19	22
Übernahmen vom Vorjahr	11	15
Eröffnungen	8	7
Abschlüsse	7	13
davon mit Untersuchungseröffnung	1	3
davon mit Anpassung des Verhaltens	4	6
davon ohne Folgen	2	4
Andere Tätigkeiten		
Bearbeitete Meldungen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG	12	13
Erfolgte Beratungen	35	56
Abgeschlossene Marktbeobachtungen	87	105
Sonstige erledigte Anfragen	210	374
Zusammenschlüsse		
Meldungen	26	34
Kein Einwand nach Vorprüfung	19	29
Prüfungen	5	1
Entscheide der WEKO	4	1
nach Vorprüfung	1	0
nach Prüfung	3	1
Vorzeitiger Vollzug	0	0
Beschwerdeverfahren		
Beschwerdeverfahren total vor BVGer und BGer	6	14
Urteile Bundesverwaltungsgericht (BVGer)	1	8
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	1	6
davon teilweiser Erfolg	0	1
Urteile Bundesgericht (BGer)	0	0
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	0	0

davon teilweiser Erfolg	0	0
Hängig Ende Jahr (vor BVGer und BGer)	5	9
Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen etc.		
Gutachten (Art. 15 KG)	2	0
Empfehlungen (Art. 45 KG)	0	0
Gutachten (Art. 47 KG oder 11 FMG)	0	2
Nachkontrollen	4	0
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	0	2
Stellungnahmen (Art. 46 Abs. 1 KG)	186	177
Vernehmlassungen (Art. 46 Abs. 2 KG)	9	5
BGBM		
Empfehlungen / Untersuchungen (Art. 8 BGBM)	0	0
Gutachten (Art. 10 I BGBM)	0	2
Erläuterungen (Sekretariat)	27	19
Beschwerden (Art. 9 Abs. 2 <sup>bis</sup> BGBM)	1	2

## 6. Anhang: Problematik der unvollständigen Weitergabe von Währungsvorteilen und kartellrechtliche Eingriffsmöglichkeiten

### 6.1 Einleitung

In jüngster Vergangenheit gingen bei den Wettbewerbsbehörden vermehrt Anfragen ein, weshalb im Umfeld eines schwachen Euros die entstehenden Währungsvorteile den Abnehmern bzw. Konsumenten von importierten Gütern nicht oder nicht vollumfänglich zu Gute kommen. Mit anderen Worten: Durch die Abwertung des Euros gegenüber dem Schweizer Franken werden Importe aus dem Euro-Raum billiger und dies sollte – so die verbreitete Wahrnehmung – direkt auf die inländischen Preise der importierten Güter durchschlagen. Dies gilt für Importe nicht nur aus dem Euro-Raum, sondern auch aus den USA, da sich der US Dollar gegenüber dem Schweizer Franken in jüngster Zeit ebenfalls stark abgewertet hat. Eine Vielzahl von Beispielen, insbesondere im Bereich der Konsumgüterindustrie, weisen jedoch darauf hin, dass dieser Mechanismus oftmals nicht oder nur unvollständig zum Tragen kommt. Die Vermutung, dass die Nicht-Weitergabe von Wechselkursvorteilen in einem Zusammenhang mit Absprachen oder anderem kartellrechtlich unzulässigem Verhalten stehen könnte, ist naheliegend.

Die folgenden Ausführungen gehen der Frage nach, aus welchen Gründen Wechselkursvorteile unter Umständen nicht sofort und vollumfänglich an inländische Abnehmer bzw. Konsumenten weitergegeben werden, und wann eine solche Nicht-Weitergabe von Währungsvorteilen kartellrechtlich relevant sein könnte. In einem ersten Schritt werden empirische Fakten zum Thema der Weitergabe von Wechselkursveränderungen erläutert. Darauf werden in einem zweiten Schritt verschiedene Argumente angeführt, welche das empirisch beobachtete Phänomen einer unvollständigen Weitergabe von Wechselkursvorteilen erklären können. Schliesslich werden die gewonnenen Erkenntnisse im Lichte des Kartellgesetzes gewürdigt.

### 6.2 Empirische Fakten

Es existiert eine Vielzahl von internationalen Studien, welche das Thema der Weitergabe von Wechselkursveränderungen (auch "Exchange Rate Pass-Through") empirisch untersuchen.<sup>2</sup> Die nachfolgenden Ausführungen beruhen weitgehend auf einer Studie der Schweizerischen Nationalbank (SNB), in welcher eine umfassende Analyse der Problematik für die Schweiz vorgenommen wird.<sup>3</sup> Dabei ist festzuhalten, dass in der erwähnten Studie nicht explizit zwischen den Preiseffekten einer Auf- bzw. Abwertung des Schweizer Frankens unterschieden wird.

In der Literatur betrachtet man einerseits die Weitergabe von Wechselkursveränderungen auf der Ebene der Importpreise und andererseits die nachfolgende Weitergabe von Importpreisveränderungen an die Konsumenten. Es besteht ein breiter Konsens darüber, dass Wechselkursveränderungen zwar zu Veränderungen der Importpreise führen; die Weitergabe der Wechselkursveränderungen findet jedoch nur unvollständig statt. Es besteht ebenfalls ein Konsens, dass diese partielle Weitergabe relativ rasch erfolgt. Die Höhe der Weitergabe kann jedoch von

Land zu Land variieren. Gemäss der SNB-Studie beträgt der langfristige Anteil der Weitergabe von Wechselkursveränderungen an die Importpreise in der Schweiz etwa 37 %, der kurzfristige Anteil 35 %. Damit liege die Weitergabe von Wechselkursveränderungen in der Schweiz ungefähr im gleichen Rahmen wie jene in Europa oder den USA.<sup>4</sup>

Weitgehende Einigkeit besteht auch darüber, dass Veränderungen der Importpreise (teilweise) an die Konsumenten weitergegeben werden. Auch bei dieser Weitergabe gibt es länderspezifische Unterschiede. In der Schweiz werden, wiederum gemäss der SNB-Studie, Veränderungen der Importpreise fast vollständig an die Konsumentenpreise für importierte Güter weitergegeben. Dementsprechend kann geschlossen werden, dass die insgesamt unvollständige Weitergabe von Wechselkursveränderungen an die Konsumentenpreise hauptsächlich auf rigide Importpreise zurückzuführen ist.

Weiter belegen diverse Studien, dass die Weitergabe von Wechselkursveränderungen seit 1990 in verschiedenen Ländern gesunken ist, so auch in der Schweiz.<sup>5</sup> Ein möglicher Erklärungsansatz dafür ist, dass sich in diesem Zeitraum (um 1990) verschiedene Zentralbanken zu einer Niedrig-Inflation-Politik bekannten. Im Umfeld tiefer Inflation geben Firmen Kostenveränderungen (also auch Wechselkursveränderungen) weniger stark weiter, weil ein Zuwarten bei der Anpassung der Preislisten in solchen Perioden für die Unternehmen weniger kostspielig ist als in Zeiten hoher Inflation.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Siehe z.B. J. MCCARTHY, Pass-Through of Exchange Rates and Import Prices to Domestic Inflation in some Industrialized Economies, BIS Working Papers, 1999, No. 79; J.M. CAMPA/L.S. GOLDBERG, Exchange Rate Pass-Through into Import Prices, Review of Economics and Statistics, 2005, 87(4), 679-690; oder als guter Übersichtsartikel J. MENON, Exchange Rate Pass-Through, Journal of Economic Surveys, 1995, 9(2), 197-231.

<sup>3</sup> J. STULZ, Exchange Rate Pass-Through in Switzerland: Evidence from Vector Autoregressions, Swiss National Bank Economic Studies, 2007, No. 4.

<sup>4</sup> Vgl. z.B. P.K. GOLDBERG/M.M. KNETTER, Goods Prices and Exchange Rates: What have we Learned?, Journal of Economic Literature, 1997, 35(3), 1243-1272; E. HAHN, Pass-Through of External Shocks to Euro Area Inflation, European Central Bank Working Paper, 2003, No. 243. Im Gegensatz dazu zeigt MCCARTHY (zit. in Fn. 2), dass die Weitergabe in der Schweiz eher gering ist im Vergleich zu anderen industrialisierten Ländern, während CAMPA/GOLDBERG (zit. in Fn. 2) der Meinung sind, dass die Weitergabe in der Schweiz höher ist als in den meisten OECD Ländern.

<sup>5</sup> Vgl. J.E. GAGNON/J. IHRIG, Monetary Policy and Exchange Rate Pass-Through, Board of Governors of the Federal Reserve System International Finance Discussion Papers, 2004, No. 704 (revised version); J. BAILLIU/E. FUJII, Exchange Rate Pass-Through and the Inflation Environment in Industrialized Countries: An Empirical Investigation, Bank of Canada Working Paper, 2004, No. 21; STULZ (zit. in Fn. 3).

<sup>6</sup> Internationale Daten zeigen denn auch, dass Preisanpassungen in Ländern mit einer tiefen durchschnittlichen Inflationsrate seltener vorgenommen werden als in Hochinflationsländern. Vgl. L. BALL/N. G. MANKIWI/D. ROMER, The New Keynesian Economics and the Output-Inflation Tradeoff, Brookings Papers on Economic Activity, 1988, 1, 1-65.

Neben den empirischen Untersuchungen, welche sich direkt mit der Weitergabe von Wechselkursveränderungen befassen, existiert eine Vielzahl von Studien, welche sich mit der Häufigkeit von Preisanpassungen im Allgemeinen auseinandersetzen. Diese Studien belegen, dass Preise typischerweise für ein Jahr oder mehr festgelegt werden.<sup>7</sup>

### 6.3 Gründe für eine unvollständige Weitergabe von Wechselkursvorteilen

Im Folgenden werden einige Argumente diskutiert, welche eine unvollständige Weitergabe von Wechselkursveränderungen in der Schweiz begründen könnten. Die nachfolgende Liste beinhaltet sowohl Argumente aus der Theorie, als auch solche aus der Praxis, wobei bewusst auf eine Wertung der dargelegten Argumente verzichtet wird. Die Liste hat zudem keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Vielmehr soll gezeigt werden, dass Preisanpassungen komplexe Prozesse sind, welche oft aus nachvollziehbaren Gründen verzögert oder nur unvollständig vollzogen werden:

- Der Kostensenkungseffekt einer Frankenaufwertung tritt in vielen Branchen erst nach einer gewissen Zeit und nur bei dauerhaften Wechselkursvorteilen ein, weil der Warenimport erstens oftmals auf vertraglichen, langfristigen Vereinbarungen beruht, die sich nicht auf den aktuellen, sondern auf einen in der Vergangenheit festgelegten Wechselkurs abstützen. Zweitens erfolgt die Warenbeschaffung im Ausland teilweise auch in Schweizer Franken. Drittens sichern sich gewisse Unternehmen gegen Fremdwährungsrisiken ab. In diesen drei Fällen hat eine Veränderung von Wechselkursen keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Beschaffungskosten. Viertens wollen Unternehmen allenfalls zuerst bestehende Lagerbestände abbauen, welche wechselkursbedingt zu höheren Einkaufspreisen beschafft wurden, bevor sie neu gekaufte Waren billiger anbieten.
- Bei langlebigen Gütern werden Listenpreise im Voraus gemacht und nicht tagesaktuell angepasst. Kurzfristige Kostensenkungen können aber über Rabatte erfolgen. So haben beispielsweise die Schweizer Autohändler ihre Listenpreise im Jahr 2010 aufgrund des starken Frankens zwar nicht gesenkt, allerdings reagierten sie mit einem "Euro-Bonus" oder anderen Massnahmen auf die Frankenaufwertung.<sup>8</sup> Laut Branchenvertretern würden kurzfristige Preissenkungen bei den Neuwagen im Occasionsmarkt zu Wertvernichtungen in Milliardenhöhe führen: Wenn es zu Neuauflagen der Listen mit niedrigeren Autopreisen käme, würde der heutige Fahrzeugpark der Schweizerinnen und Schweizer massiv entwertet. Nehme der Wert rapide ab, vergehe dem Autofahrer die Lust auf ein neues Fahrzeug, als Folge davon breche der Handel ein.<sup>9</sup> In der ökonomischen Literatur werden für die Beobachtung, dass (Listen-)Preise nicht kontinuierlich den Kostenveränderungen angepasst werden, denn auch namentlich die damit verbundenen hohen Anpassungskosten, aber auch fehlende Informationen über zukünftige Marktentwicklungen verantwortlich gemacht: Unternehmen passen ihre

Preise unter Berücksichtigung der damit verbundenen Kosten erst dann veränderten Rahmenbedingungen an, wenn sie über die hierfür notwendigen Informationen verfügen.<sup>10</sup>

- Ferner können Wechselkursvorteile durch andere Kostenkomponenten bei der Güterbeschaffung (teilweise) kompensiert werden, etwa durch exogene Kostenschocks wie höhere Rohstoff- und Energiepreise. Zudem können Wechselkursveränderungen auch zu einem Substitutionsprozess bei den Inputs führen, was zu weiteren Veränderungen der Kostenstruktur beiträgt. Dies hat zur Folge, dass die Veränderung der Beschaffungskosten nicht zwingend der Veränderung des Wechselkurses entsprechen muss.<sup>11</sup>
- Schliesslich identifizieren ökonomische Modelle namentlich folgende Faktoren, welche das Ausmass der Weitergabe von Wechselkursveränderungen beeinflussen: Wechselkursvorteile werden umso eher an Kunden weitergegeben, je tiefer die Marktkonzentration und je bedeutender Importe sind.<sup>12</sup> Letztere sind Indikatoren für einen bedeutenden Wettbewerbsdruck und offene Märkte. In diesem Sinne lautet ein weiterer Befund ökonomischer Studien, dass Wechselkursvorteile umso eher weitergegeben werden, je weniger segmentiert, d.h. je offener, eine Industrie ist. In solchen Fällen ist es für die Unternehmen schwieriger, eine Politik internationaler Preisdifferenzierung zu verfolgen.<sup>13</sup> Ferner ist die Weitergabe von Wechselkursvorteilen umso höher, je bedeutender das Angebot von oder die Nachfrage nach Importen auf Wechselkursveränderungen reagieren.<sup>14</sup> Dieser Zusammenhang lässt sich auch am Resultat einer Studie des "Institut de hautes études internationales et du développement" in Genf erkennen. Laut dieser Studie, welche die Reaktion französischer Exporteure auf die

<sup>7</sup> Vgl. z.B. A.S. BLINDER, Why are Prices Sticky? Preliminary Results from an Interview Study, American Economic Review Papers and Proceedings, 1991, 81, 89-100; A.K. KASHYAP, Sticky Prices: New Evidence from Retail Catalogs, The Quarterly Journal of Economics, 1995, 110(1), 245-274.

<sup>8</sup> Vgl. NZZ, Euro weich, Importeure hart – Ruf nach Senkung der Autopreise, 14.10.2010, Nr. 300, S. 65.

<sup>9</sup> Vgl. AUTO-SCHWEIZ, Klarsicht, Newsletter Oktober 2010, verfügbar unter <http://www.auto-schweiz.ch/Klarsicht.html> [15.11.2010].

<sup>10</sup> Vgl. KASHYAP (zit. in Fn. 7); O. J. BLANCHARD, "Wages, Prices and Inflation Stabilization," in: Inflation, Debt and Indexation, R. Dornbusch/M. H. Simonsen, eds., Cambridge, MIT Press, 1983.

<sup>11</sup> Vgl. A. GRON/D. L. SWENSON, Cost Pass-Through in the U.S. Automobile Market, The Review of Economics and Statistics, 2000, 82(2), 316-324. Diese Autoren zeigen, dass sich – unter Berücksichtigung solcher Substitutionsprozesse – der statistisch geschätzte Anteil der Wechselkursweitergabe erhöht. Allerdings verwerfen auch sie die Hypothese einer vollständigen Weitergabe.

<sup>12</sup> Vgl. R. M. FEINBERG, The Interaction of Foreign Exchange and Market Power Effects on German Domestic Prices, Journal of Industrial Economics, 1986, 35(1): 61-70; R. M. FEINBERG, The Effects of Foreign Exchange Movements on U.S. Domestic Prices, Review of Economics and Statistics, 1989, 71(3), 505-511.

<sup>13</sup> Vgl. GOLDBERG/KNETTER (zit. in Fn. 4).

<sup>14</sup> Vgl. J. MENON (zit. in Fn. 2) mit Angaben von weiteren theoretischen Gründen für die (Nicht-) Weitergabe von Wechselkursvorteilen. Eine gute Übersicht hierzu ist auch zu finden in J. MCCARTHY (zit. in Fn. 2).



Euroabwertung analysiert, halten starke Exportfirmen mit einer hohen Produktivität bzw. qualitativ hochstehenden Produkten ihre Preise im Zielland (hier: der Schweiz) hoch, wenn sie dank einer Euro-Abwertung wettbewerbsfähiger werden. Diese Strategie erlaubt ihnen, ihre Gewinnmarge zu erhöhen. Nur kleinere, weniger produktive Exporteure geben die Wechselkursvorteile in Form tieferer Importpreise an die Schweizer Händler weiter, um ihren Marktanteil in der Schweiz zu steigern oder um überhaupt erst in den Schweizer Markt einzutreten. Der Grund für diese unterschiedlichen Strategien besteht darin, dass die wahrgenommene Preiselastizität der Nachfrage<sup>15</sup> für starke Exportfirmen tiefer ist als für kleine Exporteure.<sup>16</sup> Für starke Firmen – oftmals Anbieter von starken Markenprodukten – lohnt es sich deshalb bei einer Euro-Abwertung, die Importpreise in der Schweiz hoch zu halten.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Wechselkursveränderungen aus verschiedenen Gründen nicht nur in der Schweiz, sondern auch in anderen Ländern oft nur unvollständig und verzögert an die Konsumenten weitergegeben werden.

#### 6.4 Eingriffsmöglichkeiten der Wettbewerbsbehörden

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob und unter welchen Bedingungen für die Wettbewerbsbehörden Anlass besteht, im Falle der Nicht-Weitergabe von Wechselkursvorteilen tätig zu werden. Grundsätzlich können die Wettbewerbsbehörden nur auf der Grundlage des Kartellgesetzes (KG) in den Märkten intervenieren. Wenn kein kartellrechtlich relevanter Sachverhalt vorliegt, besteht seitens der Wettbewerbsbehörden folglich auch keine Möglichkeit für Eingriffe in den Markt. Im Falle der Nicht-Weitergabe von Wechselkursvorteilen könnte allenfalls ein kartellrechtlich relevanter Sachverhalt vorliegen, wenn eine solche Nicht-Weitergabe im Zusammenhang mit einer Abrede zwischen Marktteilnehmern (Art. 5 KG) oder einer unzulässigen Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens (Art. 7 KG) steht.

Denkbar wäre beispielsweise eine Absprache zwischen Konkurrenten, allfällige Wechselkursvorteile nicht an Abnehmer bzw. Konsumenten weiterzugeben. Eine solche Abrede würde eine direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen bewirken und somit unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG fallen. Sollten in bestimmten Märkten Anhaltspunkte für solche oder ähnlich Absprachen bestehen, würden die Wettbewerbsbehörden zweifelsohne intervenieren.

Ein weiterer kartellrechtlich relevanter Sachverhalt könnte vorliegen, falls in einem Vertriebssystem eine vertikale Abrede über die Nicht-Weitergabe von Wechselkursvorteilen zwischen beispielsweise ausländischen Produzenten/Herstellern und deren nationalen Händlern bestehen würde. Ein solcher Fall würde möglicherweise unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fallen. Kartellrechtlich bedenklich wäre insbesondere, falls in einem bestimmten Markt eine Vielzahl solcher vertikaler Abreden parallel getroffen würde, da dadurch die Ausweismöglichkeiten der Abnehmer bzw. Konsumenten beschränkt würden. Zu beachten ist jedoch, dass eine ent-

sprechende Absprache nur vom Kartellgesetz erfasst wird, sofern es sich nicht um einen konzerninternen Sachverhalt handelt. Vertreibt z.B. ein internationaler Kleiderproduzent seine Produkte über eigene Verkaufslokale in der Schweiz, so ist er in seiner Preissetzung grundsätzlich frei.

Fraglich ist jedoch, ob eine vertikale Absprache, welche nur die Nicht-Weitergabe von Wechselkursvorteilen betrifft, für die Abredepartner überhaupt sinnvoll bzw. überwachbar und somit durchsetzbar wäre, da verschiedene andere Faktoren die Preise beeinflussen können. So müsste z.B. auch die Rabatt- und Aktionspolitik im Rahmen einer Absprache klar geregelt werden, um einer Umgehung der Absprache durch die Händler vorzubeugen. Zudem könnte eine solche Absprache auf dem Markt nur durchgesetzt werden, falls Parallelimporte nicht oder nur schwer möglich sind. Eine Verhinderung der Weitergabe von Wechselkursvorteilen auf der Basis einer vertikalen Abrede würde deshalb wohl eine weit umfassendere Absprache bedingen, welche in ihrer Wirkung einer Preisbindung zweiter Hand und/oder eines Verbots von Parallelimporten gleichkommen dürfte. Diese Tatbestände unterliegen nach Art. 5 Abs. 4 KG der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs und werden von den Wettbewerbsbehörden regelmässig aufgegriffen. Dies zeigt beispielsweise der aktuelle Fall "BMW", bei welchem untersucht wird, ob durch eine unzulässige Gebietszuweisung Parallelimporte von Neufahrzeugen der Marken BMW und MINI in die Schweiz verhindert werden. Ein möglicher Effekt einer solchen Gebietszuweisung sind im Vergleich zum Ausland generell höhere inländische Preise, wobei im heutigen Umfeld eines schwachen Euros auch die Nicht-Weitergabe von Wechselkursvorteilen einen Teil zum (allenfalls) höheren inländischen Preisniveau beitragen dürfte.

Schliesslich ist es auch nicht ausgeschlossen, dass im Zusammenhang mit der Nicht-Weitergabe von Wechselkursvorteilen Art. 7 KG ("unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen") zur Anwendung gelangen könnte; so z.B. für den Fall eines vertikal integrierten Unternehmens (ausländischer Produzent/Hersteller mit eigenem Distributionsnetz in der Schweiz), welches für seine Produkte über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Ähnlich wie im Falle einer vertikalen Abrede dürfte auch hier die Frage nach der Möglichkeit von Parallelimporten ein entscheidendes

<sup>15</sup> Die Preiselastizität der Nachfrage gibt an, um wie viel Prozent die Nachfrage nach diesem Gut sinkt, wenn der Preis des Gutes um ein Prozent zunimmt.

<sup>16</sup> Vgl. N. BERMAN/P. MARTIN/T. MAYER, How Do Different Exporters React to Exchange Rate Changes? Theory, Empirics and Aggregate Implications, CEPR Discussion Paper 7493, 2009, verfügbar unter [www.cepr.org/pubs/dps/DP7493.asp](http://www.cepr.org/pubs/dps/DP7493.asp) [07.12.2010]; N. BERMAN/P. MARTIN/T. MAYER, Exporters (Good Ones) Don't Pass Through, VOX Column, 22.10.2009, verfügbar unter <http://www.voxeu.org/index.php?q=node/4111> [07.12.10]; A. MÜLLER, Starke Marken als Devise, Handelszeitung, Nr. 48, 01.12.2010, S. 19; R. REGENASS, Die Drogeriekette Müller verlangt in der Schweiz bis zu 166 Prozent mehr, Tagesanzeiger Online, 4.12.2010, verfügbar unter <http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Die-Drogeriekette-Mueller-verlangt-in-der-Schweiz-bis-zu-166-Prozent-mehr-/story/16407703> [06.12.2010].

Beurteilungskriterium darstellen. Gemäss der Aufzählung in Art. 7 Abs. 2 KG der in Betracht fallenden unzulässigen Verhaltensweisen könnten in einer solchen Konstellation insbesondere die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) oder auch die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) einschlägig sein. In jedem Fall ist nicht zu vergessen, dass die Wettbewerbsbehörden – auch wenn ein bestimmtes Verhalten allenfalls den Wettbewerb partiell zu behindern vermag – verpflichtet sind, Effizienzgründe zu prüfen. Es ist nicht auszuschliessen, dass bestimmte Verhaltensweisen durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können, weil sie beispielsweise insgesamt zu einer kostengünstigeren Organisation der Vertriebsstrukturen führen. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass – wie oben dargelegt – die Problematik der Nicht-Weitergabe von Wechselkursvorteilen vor allem auf rigide Importpreise zurückzuführen ist. Dies bedeutet, dass in den meisten Fällen ein ausländisches Unternehmen am Ursprung der Nicht-Weitergabe von Wechselkursvorteilen liegen dürfte. Da die Schweiz im Bereich des Wettbewerbsrechts zur Zeit über keine Abkommen mit anderen Ländern verfügt, sind den Wettbewerbsbehörden in vielen Fällen enge praktische und juristische Grenzen für allfällige Interventionen gesetzt.

## 6.5 Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im Zusammenhang mit der Nicht-Weitergabe von Wechselkursvorteilen für die Wettbewerbsbehörden nur eine Interventionsmöglichkeit besteht, falls ein kartellrechtlich relevanter Sachverhalt vorliegt. Wie oben aufgezeigt wurde, gibt es eine Vielzahl von Gründen, weshalb Wechselkursvorteile nicht oder nur teilweise weitergegeben werden, welche keinen direkten kartellrechtlichen Bezug aufweisen. Sollten jedoch konkrete Anzeichen für ein kartellrechtlich unzulässiges Verhalten von volkswirtschaftlicher Bedeutung vorliegen, ist eine Intervention der Wettbewerbsbehörden gewiss.

Zu beachten ist aber, dass die konsequente Durchsetzung des Wettbewerbsrechts nur einen Ansatzpunkt für die Bekämpfung der Nicht-Weitergabe von Wechselkursvorteilen darstellt. Insbesondere von der Umsetzung des "Cassis de Dijon"-Prinzips, der Bekämpfung von technischen Handelshemmnissen sowie einer weiteren Liberalisierung der Landwirtschaft und anderer Binnensektoren sind entsprechende Impulse zu erwarten. Auch die Konsumenten und Händler können nicht gänzlich aus der Pflicht entlassen werden, können sie doch durch das Ausnützen von Arbitragemöglichkeiten, indem sie Direkt- und Parallelimporte tätigen, erheblich dazu beitragen, das Preisniveau in der Schweiz unter Druck zu setzen.

A 1.

**2. Rapport annuel 2010 de la Commission de la concurrence****1. Avant-propos du Président**

Le 1er juillet 2010, j'ai succédé au Professeur Walter A. Stoffel à la tête de la COMCO. Je tiens ici à le remercier personnellement pour son formidable travail. Ce passage de témoin s'inscrit dans la continuité étant donné que ni les objectifs prioritaires ni les directives d'application du droit suisse de la concurrence n'ont connu de modification. Aussi me permettez-vous de rappeler les grands axes des autorités en matière de concurrence.

Dans le domaine des ententes cartellaires, les procédures visent essentiellement les formes les plus nuisibles des restrictions horizontales et verticales à la concurrence. Les cartels horizontaux découlent d'accords passés entre des concurrents directs sur les prix, les quantités et la répartition géographique. Ils sont notre priorité absolue. A ce propos, les cartels de soumission dans le secteur du bâtiment font l'objet d'une attention particulière. De plus, la COMCO s'emploie à mieux faire connaître le régime de clémence, c'est-à-dire la possibilité d'autodénoncer un cartel en échange d'une remise de peine, et donc d'encourager son application. Dans le domaine des accords verticaux, l'accent est mis sur les pratiques visant à empêcher les importations parallèles et directes pour cloisonner le marché suisse.

Lorsque la COMCO engage une procédure à l'encontre d'entreprises occupant une position dominante, elle souhaite lui donner un caractère pilote. Elle est également prête à trouver, de concert avec les entreprises concernées, des solutions d'avenir en termes de comportement, pour autant que les entreprises jouent le jeu. S'agissant des concentrations d'entreprises, les autorités en matière de concurrence se focalisent sur les concentrations qui occasionnent, tout particulièrement sur le marché suisse, une dégradation du terrain concurrentiel.

En abordant le thème prioritaire de ce rapport annuel, nous verrons que la mondialisation croissante a pour corollaire un nombre plus élevé de cartels internationaux. Nous pourrions les débusquer plus facilement en Suisse si nos autorités en matière de concurrence étaient en mesure de travailler plus étroitement et plus efficacement avec leurs homologues de l'UE.

Nous traiterons en annexe d'un sujet qui, durant l'année sous revue, a suscité de nombreuses questions à notre Secrétariat et fait couler beaucoup d'encre: l'appréciation croissante du franc suisse par rapport à l'euro et au dollar. Nous le verrons, les possibilités d'intervention des autorités en matière de concurrence sont restreintes du fait que la transmission d'avantages monétaires répond à des mécanismes économiques qui ne sauraient être influencés par la politique de la concurrence.

La COMCO et son ont conscience de l'importance capitale que revêt la concurrence pour l'économie suisse et pour la compétitivité des entreprises et de notre place économique. Ils s'efforcent d'obtenir, par des décisions à caractère pilote et une approche pragmatique, un impact maximum. Il est toutefois dans l'ordre des choses que l'activité des autorités en matière de concurrence s'inscrive dans le long terme et ne vise pas des résultats éphémères.

**Prof. Vincent Martenet**

Président de la Commission de la concurrence

## 2. Les principales décisions de la COMCO

Les principales décisions prises par la COMCO en 2010 sont énumérées ci-après par ordre chronologique. Elles sont ensuite présentées plus avant sous les différents domaines qui constituent le chapitre 4 (cf. 4.1 à 4.3).

Par décision du 25 janvier 2010, la COMCO a prononcé des mesures provisionnelles à l'encontre des **entreprises de cartes de crédit**, réglant ainsi la fixation des commissions multilatérales d'interchange domestiques, dont le montant était soumis à un accord amiable arrivant à échéance le 31 janvier 2010. Les adaptations permettent d'abaisser ces commissions d'interchange et de les ajuster à la moyenne européenne.

Le 16 avril 2010, la COMCO a publié, en vertu de l'art. 2, al. 7, de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), un avis selon lequel le **renouvellement de la concession** pour la création et l'exploitation d'installations de distribution électrique doit faire l'objet d'un **appel d'offres public**. Peu après, un avis de même nature a été rendu dans le cadre de l'octroi de concessions hydrauliques, puisque non seulement les monopoles de droit, mais aussi les monopoles de fait doivent faire l'objet d'un appel d'offres public.

Le 22 avril 2010, la COMCO a interdit l'opération de concentration entre **France Télécom/Orange** et **Sunrise**. La nouvelle société aurait occupé, conjointement avec Swisscom, une position dominante collective sur le marché de la téléphonie mobile. Le manque de nouveaux prestataires aurait dissuadé les entreprises d'attaquer la position du concurrent en pratiquant des baisses de prix.

Le 10 mai 2010, la COMCO a sanctionné deux fabricants de **composants d'installations sanitaires, de chauffage et de climatisation** pour accords sur le montant et le moment d'augmentations de prix (cartel sur les prix). Flamco AG s'est vu infliger une amende de 169 000 francs. Pneumatex AG aurait été condamnée à payer près de 5,2 millions de francs, mais cette sanction n'a pas été exécutée, car l'entreprise était la première à annoncer, dans le cadre du programme de clémence, sa participation au cartel aux autorités en matière de concurrence. La décision de la COMCO est passée en force de chose jugée. La procédure parallèle est encore pendante dans l'UE.

Par décision du 28 juin 2010, la COMCO a adapté la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux sous l'angle du droit des cartels (**Communication sur les accords verticaux**) pour tenir compte de sa pratique récente et de l'évolution du droit européen. Elle assure ainsi, dans le domaine des accords verticaux, la poursuite de l'application en Suisse de règles analogues à celles de l'UE et permet d'éviter le cloisonnement des marchés suisses.

Par décision du 18 octobre 2010, la COMCO a prononcé des sanctions d'un montant global d'environ 7,6 millions de francs à l'encontre de quatre entreprises actives dans le domaine des **ferrements pour fenêtres et portes-fenêtres**. Les entreprises s'étaient mises d'accord sur le moment et le montant des augmentations de prix, créant ainsi une situation comparable à un cartel sur les prix. Une entreprise a échappé à la sanction, ayant été la

première à annoncer sa participation au cartel aux autorités en matière de concurrence. Les trois autres ont attaqué la décision de la COMCO devant le Tribunal administratif fédéral. Une procédure parallèle ouverte pour des faits comparables est en cours dans l'UE.

Le 29 novembre 2010, la COMCO a infligé une amende de quelque 7 millions de francs à **SIX Multipay AG** pour abus de position dominante. SIX avait refusé à d'autres fabricants de terminaux l'accès à l'interface permettant d'utiliser une nouvelle fonction, de sorte que les commerçants qui souhaitaient offrir la fonction à leurs clients ne pouvaient acheter que des terminaux de SIX, ce qui constitue une entrave illicite pour les autres fabricants de terminaux. SIX a attaqué la décision de la COMCO devant le Tribunal administratif fédéral.

## 3. La lutte contre les cartels internationaux, un thème prioritaire

Les ententes cartellaires entre entreprises font fi des frontières nationales. La mondialisation croissante et l'ouverture des marchés nationaux aux entreprises étrangères ont entraîné une internationalisation des cartels, qui sont actifs dans plusieurs pays et sur plusieurs continents.

Les autorités en matière de concurrence, quant à elles, restent organisées à l'intérieur des frontières nationales. Il n'existe aucune autorité de concurrence à vocation internationale, dotée des compétences lui permettant de prendre des mesures contre les cartels internationaux. Plusieurs accords de coopération multilatéraux et bilatéraux relient certaines autorités nationales en matière de concurrence : citons par exemple le Réseau européen de la concurrence (REC), les accords entre l'UE et les Etats-Unis, ceux entre l'UE et le Canada, etc. Il existe également des réseaux informels tels que le Comité de la concurrence de l'OCDE ou le Réseau international de la concurrence (ICN), qui, par défaut de base légale formelle, servent plutôt à l'échange d'informations qu'à la mise en place d'une coopération concrète.

Il en est de même pour la Suisse, qui collabore activement au Comité de la concurrence de l'OCDE et au RIC, et participe aux discussions et à l'échange d'informations. Mais, en matière de concurrence, la Suisse n'a signé aucun accord bilatéral ou multilatéral de coopération avec d'autres Etats. En l'absence d'accord ou d'autre base légale, elle ne peut échanger des informations confidentielles avec d'autres autorités dans le cadre de procédures menées contre des cartels internationaux ; or cet échange permettrait éventuellement de simplifier les procédures. A remarquer que, lors de concentrations, une coordination est à tout le moins possible en matière de durée de procédure, car les entreprises participantes y donnent leur approbation par écrit conformément aux règles, sous la forme d'une lettre de renonciation (waiver letter).

L'absence de coopération internationale, notamment avec les pays limitrophes, peut présenter des inconvénients dans les procédures menées par les autorités suisses en matière de concurrence contre les cartels internationaux. Il y a moins d'inconvénients liés au manque de possibilité de coopération surtout lorsque les procédures sont ouvertes dans le cadre d'un programme

de clémence et que les entreprises ayant annoncé une restriction à la concurrence doivent coopérer durant toute la procédure. La COMCO a eu affaire à des cartels internationaux dans les quatre procédures ci-après, pendantes ou closes. Celles-ci sont présentées par ordre chronologique, selon la date d'ouverture de l'enquête. Elles font toutes les quatre suite à une auto-dénonciation (programme de clémence) ayant donné lieu à une perquisition. La Commission européenne a ouvert des enquêtes parallèles à ces quatre procédures.

- Le 13 février 2006, la COMCO a ouvert une enquête à l'encontre de plusieurs compagnies aériennes pour accords dans le domaine du fret aérien. Ceux-ci concernaient différentes surtaxes en matière de fret aérien, par exemple celles grevant le carburant, celles touchant à la sécurité, celles relatives au risque de guerre et celles prélevées sur le dédouanement. L'enquête en Suisse n'est pas close. L'enquête ouverte dans l'UE a pris fin par la décision du 9 novembre 2010, qui inflige une sanction de 799 millions d'euros aux entreprises participantes.
- Le 18 juillet 2007, la COMCO a ouvert une enquête contre plusieurs entreprises pour accords dans le domaine des ferrements pour fenêtres et portes-fenêtres. Les entreprises participantes étaient actives aux niveaux suisse et international. L'enquête a pris fin le 18 octobre 2010 ; la sanction prononcée par la COMCO se monte à quelque 7,6 millions de francs. Trois entreprises ont attaqué la décision de la COMCO. La procédure parallèle ouverte dans l'UE est toujours en cours.
- Le 10 octobre 2007, la COMCO a ouvert une enquête contre l'association Spedlog-swiss et différentes entreprises de transport et de logistique actives à l'international. Elle soupçonne l'existence d'accords illicites dans la fixation de surtaxes, de taxes et de tarifs de transport dans le cadre de prestations de transport. Les procédures suisse et européenne sont toujours en cours.
- Le 16 décembre 2008, la COMCO a ouvert une enquête à l'encontre de plusieurs entreprises actives sur le plan international, spécialisées dans les composants d'installations sanitaires (gestion de l'eau), de chauffage et de climatisation. L'enquête s'est achevée le 10 mai 2010 ; la COMCO a prononcé une sanction de 169 000 francs. La décision est passée en force de chose jugée. La procédure parallèle ouverte dans l'UE se poursuit.

Deux des quatre enquêtes, c'est-à-dire celles menées dans les domaines des ferrements et de la gestion de l'eau, sont closes en Suisse. Une coopération formelle avec la Commission européenne aurait facilité ces deux procédures à la fois en Suisse et dans l'UE. Le de la COMCO en a fait le constat, des indices et des pièces suggérant l'existence d'ententes sur les prix convenues et mises en œuvre dans l'UE figuraient dans l'état de faits des deux enquêtes. Il y a tout lieu de penser que les indices et pièces relatifs aux ententes mises en pratique en Suisse se trouvent dans la procédure européenne. L'échange ou la transmission des indices et pièces concernant respectivement l'autre enquête aurait

sans doute facilité, voire accéléré, les procédures. Qui plus est, deux autodénonciations étaient à l'origine de l'une des deux procédures menées en Suisse, alors qu'il y en avait une seule dans la procédure européenne. La communication de la seconde dénonciation ou, à tout le moins, des parties de celle-ci concernant la procédure européenne aurait permis à l'UE de clore, comme en Suisse, plus rapidement la procédure.

Deux enquêtes, celles concernant le fret aérien et les prestations de transport, sont encore en suspens en Suisse, alors que la procédure liée à l'affaire du fret aérien est close dans l'UE. On peut se demander pourquoi la procédure suisse est si longue et pourquoi on n'a pas pu mettre un terme à une affaire plus ou moins en même temps que la Commission européenne. La raison tient essentiellement au manque de possibilité de coopération avec cette institution. Les enquêtes menées dans les domaines du fret aérien et des prestations de transport concernent non seulement des entreprises actives au niveau international, mais encore des infractions transfrontalières. Dans un petit pays comme la Suisse, le fret aérien et le transport sur route ont par nature un fort caractère transfrontalier. L'accord bilatéral sur le transport aérien conclu entre la Suisse et l'UE contient bien une disposition consacrée à la coopération, mais cette base légale est jugée insuffisante pour permettre un échange d'informations entre les autorités suisses et européennes en matière de concurrence.

Reste que le champ d'application de la loi suisse sur les cartels s'arrête aux frontières suisses eu égard au principe de territorialité. Qui plus est, lorsqu'une procédure parallèle est menée par la Commission européenne, les autorités suisses en matière de concurrence, sans coopération formelle, ne savent pas avant le terme de cette procédure quels faits l'UE va précisément interpréter en droit et punir par des sanctions. Citons l'exemple d'un transport de fret aérien de Stockholm à Zurich : seul est pertinent le trajet jusqu'à la frontière suisse ? Et pas les quelques kilomètres qu'il reste à faire jusqu'à Zurich ? Lors d'un acheminement par la route de Hambourg à Naples, s'agit-il de faire cas de la totalité du parcours ou bien les 290 kilomètres séparant Bâle de Chiasso ne sont-ils pas pris en considération ?

Sans accord de coopération avec l'UE, on ne peut discuter de ces questions centrales, ni en décider, au début ou au cours de la procédure. Il n'est pas possible non plus de coordonner les délais de procédure. Dans ces conditions, les autorités suisses en matière de concurrence sont contraintes d'attendre la décision de l'UE pour pouvoir délimiter avec suffisamment de précision leurs compétences et les faits en cause, ce qui implique inévitablement des procédures longues et insatisfaisantes pour les entreprises.

Au vu de cet état des lieux, la COMCO s'est réjouie de l'approbation par le Conseil fédéral, en août 2010, d'un mandat de négociation en vue de la conclusion d'un accord de coopération avec l'UE. Elle est convaincue qu'un tel accord constituera une première et grande étape sur la voie d'un apport plus important de la Suisse à la lutte contre les cartels internationaux. Il permettrait également de se débarrasser de l'image d'une Suisse "pays des 1001 cartels" que brossait une publication de

l'OCDE du début des années 90. Enfin, il attesterait la volonté de la Suisse d'asseoir sa crédibilité en tant que partenaire fiable dans la lutte contre les cartels.

#### 4. Activités dans les différents domaines

##### 4.1 Services

###### 4.1.1 Santé

La décision du 2 novembre 2009 de la Comco "Médicaments hors-liste: prix du Levitra, de Cialis et du Viagra" achevée en 2009 a fait l'objet de **cinq recours**, déposés notamment par les trois fabricants impliqués dans la procédure. D'un point de vue formel, la COMCO s'est en particulier prononcée sur les griefs liés à l'obligation de motiver ses décisions et sur le niveau de la preuve. D'un point de vue matériel, les recourants ont mis l'accent sur la question de la situation juridique comparable au sein de l'UE, de même que celle liée aux conditions légales qu'il faut réunir pour démontrer la présence d'un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. La procédure de recours a été suspendue par le TAF le 13 décembre 2010. Dans cette même affaire, le Secrétariat a dû, sur requête d'une partie, rendre une décision portant sur la notion de secrets d'affaires relatifs à certains passages litigieux de la décision. Comme la partie concernée n'a pas fait recours contre cette décision, la publication de la décision "Médicaments hors-liste" a pu être effectuée dans le DPC 2010/4, p. 703 ss.

Sur demande de la Direction de la santé du canton de Zurich, la Comco a rendu le 19 avril 2010 un avis de droit concernant l'application de la LCart à la **planification hospitalière**. La raison de cette demande tenait à l'entrée en vigueur au 1er janvier 2009 des dispositions révisées de la Loi fédérale sur l'assurance-maladie dans le domaine de la planification hospitalière, lesquelles avaient notamment comme but d'introduire une égalité des listes hospitalières dans le domaine des systèmes de financement, indépendamment de leur mission de service public afin de renforcer la concurrence dans la fourniture de soins. La Comco est arrivée à la conclusion que la LCart ne s'appliquait pas, compte tenu des compétences constitutionnelles résiduelles pour la planification hospitalière (DPC 2010/2, p. 424 ss). L'avis de droit demande aux cantons d'observer les principes de politique de la concurrence dans le domaine de la planification hospitalière.

Le 7 septembre 2010, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable dans le domaine de la **distribution de médicaments en Suisse**, faisant suite à une observation de marché ouverte en 2005 déjà. Les plaintes reçues concernent différents stades de la distribution de médicaments. L'enquête préalable vise les grossistes en médicaments et le domaine du Pharma Pre-Wholesale. Elle devrait permettre de fournir une image détaillée et actuelle de la distribution de médicaments en Suisse et de mettre en évidence d'éventuels indices d'une restriction illicite à la concurrence.

L'enquête préalable relative au marché des **appareils auditifs** a été poursuivie. Elle vise à mettre en exergue d'une part d'éventuels accords horizontaux entre fabricants d'appareils auditifs ou entre les points de vente des audio-prothésistes, et d'autre part d'éventuels ac-

cords verticaux entre les fabricants et les audio-prothésistes.

##### 4.1.2 Services financiers

###### *Cartes de crédit*

La Comco a, en juillet 2009, ouvert une nouvelle enquête dans le domaine des commissions multilatérales d'interchange (**Domestic Multilateral Interchange Fees**, DMIF) de Visa et MasterCard. Il s'agit des commissions versées par les acquirers (qui concluent les contrats d'acceptation de cartes de crédit avec les commerçants) aux issuers (lesquels distribuent les cartes de crédit). La question est de savoir si la fixation collective d'un Interchange Fee, comme cela a été fait jusqu'à présent, peut être justifiée au regard de la LCart. Une première enquête concernant ces commissions dans le domaine des cartes de crédit s'est terminée en décembre 2005, par la conclusion d'un accord amiable (aa I) avec les acquirers et les issuers (DPC 2006/1, p. 65 ss). A cette occasion, les DMIF, objectivées et liées aux coûts effectifs du réseau des issuers, avaient été calculés sur la base d'une méthode de calcul concurrentielle. Comme cet accord amiable arrivait à son terme, le Secrétariat a procédé à une analyse des effets de la décision de 2005. Cette analyse a abouti, en janvier 2010, à un nouvel accord amiable (aa II) pris au moyen de mesures provisionnelles (DPC 2010/3, p. 473 ss). L'aa II est valable pour 3 années, respectivement jusqu'à la conclusion de l'actuelle procédure d'enquête. Les DMIF ont de nouveau été, pour la période transitoire, calculées sur la base des coûts, avec toutefois quelques modifications afin de renforcer l'effet pro-concurrentiel de cette méthode de calcul. Ces adaptations ont conduit à une baisse des DMIF et à une mise à niveau des commissions d'interchange suisses par rapport à la moyenne européenne. Jelmoli Bonus Card AG a déposé un recours contre la décision de la Comco, mais le TAF n'est pas entré en matière (DPC 2010/3, p. 592 ss).

###### *Cartes de débit*

En mars 2010, MasterCard Europe a annoncé aux autorités de la concurrence vouloir introduire une **Domestic Fallback Interchange Fee** (DFIF), pour les transactions nationales effectuées au moyen de la carte de débit "Debit MasterCard". Le Secrétariat a ouvert en avril 2010 une enquête préalable et l'a jointe à la procédure déjà ouverte en 2009 dans le domaine des cartes de débit Maestro. Contrairement à d'autres pays européens, le système Maestro fonctionne en Suisse sans commission d'interchange.

En juin 2010, le Secrétariat a ouvert une nouvelle enquête préalable qui examine si l'introduction de différentes commissions d'acquiring par MasterCard représente un accord illicite ou un abus de position dominante. Cette procédure fait suite au rejet de la requête de mesures provisionnelles déposée par Six Multipay AG, l'Union pétrolière et le Verband elektronischer Zahlungsverkehr contre MasterCard pour le même sujet.

###### *Autres procédures*

Le 29 novembre 2010, la Comco a sanctionné SIX Group AG pour environ Fr. 7 Mio. La Comco a constaté que SIX Group AG avait abusé de sa position dominante

dans le domaine de l'Acquiring pour les cartes de crédit et de débit, en privilégiant les terminaux de paiement de sa société sœur Six Card Solutions AG. Le système de **conversion dynamique des monnaies** au terminal de paiement du commerçant (Dynamic Currency Conversion, DCC) introduit en 2005 par SIX Multipay AG n'était disponible que sur les terminaux de la société sœur et pas sur ceux d'autres commerçants de terminaux. La procédure avait été initiée suite à la plainte d'un commerçant de terminal. Celui-ci s'est plaint, que ses terminaux n'étaient pas compatibles avec la fonction DCC offerte par SIX Multipay AG (anciennement Telekurs Multipay), dans la mesure où les informations d'interface indispensables à cet effet lui étaient refusées. Le refus de SIX Multipay AG a eu pour conséquence que les commerçants ne pouvaient offrir la fonction DCC à leurs clients et ainsi bénéficier d'un avantage financier que lorsqu'ils disposaient d'un terminal de paiement SIX Card Solutions.

Selon la Comco, le comportement de Multipay représente plusieurs infractions au droit de la concurrence: refus d'entretenir des relations commerciales avec d'autres commerçants de terminaux, discrimination, limitation du développement technologique et convention couplée entre acquiring, lié avec la fonction DCC de Multipay, et les terminaux de Card Solutions. La violation du droit de la concurrence a pris fin en décembre 2006: déjà au cours de l'enquête préalable, SIX Multipay a donné accès aux informations d'interface. La durée de la procédure s'explique, du fait qu'une question juridique se posait (reprise des actes d'investigation) et devait être clarifiée par les instances de recours. La décision de la Comco contient plusieurs éléments importants: l'art. 3 al. 2 LCart a été interprété comme n'étant pas une condition d'entrée en matière; le mécanisme du "Leveraging", c'est-à-dire le transfert de puissance sur le marché de la part du dominant sur un autre marché est présenté et analysé en se référant à la littérature économique et au contexte international; la question de la mise à disposition d'informations d'interface par une entreprise en position dominante, ainsi que l'implication de cette mise à disposition sur les incitations à l'investissement et à l'innovation.

En 2010, le Secrétariat a rendu plusieurs avis sur un projet annoncé par trois banques (UBS, CS et ZKB) concernant la création d'une association qui devait consolider des données relatives à des transactions immobilières en Suisse au travers d'un Data Pooling Agent. En établissant un tel **pool de données immobilières**, les banques fondatrices voulaient augmenter les bases de décision pour les estimations immobilières. Le pool de données avait pour but la promotion et l'innovation de modèles d'évaluation, la promotion de la concurrence sur le marché de l'évaluation immobilière, l'amélioration des recherches immobilières accessibles de façon généralisée et par là l'amélioration des connaissances du marché pour tous les participants intéressés, ainsi qu'une diminution des pertes dues à de mauvaises estimations. Selon le projet, en plus des membres de l'association, tout tiers intéressé aurait pu accéder, contre paiement, aux données consolidées et harmonisées. Seules la transmission ou la mise à disposition du public d'une partie des données ou de

l'ensemble du pool auraient été interdites. Le Secrétariat a renoncé à ouvrir une procédure. En même temps, il a rendu les banques concernées attentives au fait que l'association allait vraisemblablement détenir une position dominante et qu'il fallait prêter attention à la forme initiale de l'association, ainsi qu'à la constitution du pool, afin d'éviter une discrimination entre participants au marché (par ex. au travers de l'accès au pool de données).

Finalement, les autorités de la concurrence ont analysé l'acquisition du contrôle conjoint de **Valfinance AG**, une filiale de Valiant Holding AG, par la Poste suisse et Valiant Holding AG, et, par là, la coopération dans le domaine des produits de crédits entre la Poste suisse et la Valiant Bank AG. Dans la mesure où la Poste, respectivement PostFinance, ne dispose d'aucune licence bancaire, elle est contrainte de collaborer avec une Banque sur le marché du crédit. L'opération de concentration annoncée permet à PostFinance de poursuivre son activité sur le marché du crédit et d'entrer ainsi en concurrence avec les grandes banques, les banques cantonales et les banques Raiffeisen. Il n'a pas été détecté d'effets négatifs du point de vue du droit de la concurrence lors de l'examen préalable.

#### 4.1.3 Professions libérales et services professionnels

Le Secrétariat a ouvert une enquête concernant les recommandations tarifaires émises par l'Union suisse des professionnels de l'immobilier (section Neuchâtel) dans le domaine du **courtage** et de la **gérance immobilière**. Le but de cette enquête est d'examiner les effets des dites recommandations dans le canton de Neuchâtel ainsi que leur influence dans les cantons limitrophes. Pour procéder à cette analyse, de nombreuses entreprises ont été interrogées dans les cantons de Neuchâtel, Vaud, Fribourg et Berne. La procédure est en cours.

Egalement dans le domaine des recommandations tarifaires, le Secrétariat a mené une enquête préalable portant sur l'activité des **géomètres** dans le canton de Vaud. Cette activité est très diverse et il existe de nombreux documents portant sur le calcul des honoraires ou émoluments, édictés pour certains au niveau de la Confédération, pour d'autres au niveau des cantons. Il est apparu que s'il existait une tendance pour les géomètres vaudois à se référer à ce dernier tarif, cette tendance ne pouvait pas vraiment être rattachée ni à un accord entre concurrents, ni ne pouvait constituer une pratique concertée. Elle découlerait plutôt du comportement du canton de Vaud, lequel impose aux géomètres d'appliquer ce tarif en partie déjà, induisant quasiment un comportement généralisé. Les parties concernées, soit le canton de Vaud et les géomètres, ont été rendues attentives à ce phénomène. Leur collaboration a été mise à contribution et les mesures nécessaires ont été prises afin de favoriser une concurrence au niveau des honoraires.

Le Secrétariat a décidé de clore son enquête préalable dans le domaine des **contrats de maintenance pour ascenseurs**. Le marché des ascenseurs a connu une évolution significative au début des années 2000 suite à l'arrivée d'une nouvelle génération d'ascenseurs sur le marché suisse. Ce nouveau type de produits, contenant

plus d'éléments électroniques et nécessitant un matériel et un savoir-faire spécifique, est plus compliqué à entretenir. Cette évolution rend donc plus difficile l'existence d'une maintenance "tierce", en raison également de différents choix commerciaux faits par les fabricants d'ascenseurs. Pour l'heure et compte tenu de l'état du parc d'ascenseurs en Suisse - qui comprend encore de nombreux modèles de la génération précédente -, l'accès au marché des contrats de maintenance pour des tiers est encore possible. Cette situation pourrait toutefois se modifier à l'avenir, raison pour laquelle les fabricants d'ascenseurs ont été rendus attentifs à l'existence de certains comportements, qui pourraient être constitutifs d'entraves à la concurrence.

Dans le domaine **informatique**, la création par l'entreprise Switch d'une société fille Switchplus a donné lieu à l'ouverture d'une procédure d'enquête préalable. Différents fournisseurs de services internet en Suisse se sont plaints de ce que Switch, entreprise chargée d'administrer les noms de domaine internet finissant par .li ou .ch, favoriserait sa filiale, notamment au travers de subventionnements croisés, au détriment d'entreprises concurrentes. Dans un premier temps et suivant sa pratique, le Secrétariat ne s'est pas saisi de l'affaire dans la mesure où les plaignants avaient déjà porté le cas devant le juge civil pour les mêmes motifs. Après décision négative de ce dernier, le Secrétariat a aussi rejeté la requête de mesures provisionnelles en portant son attention sur la situation concurrentielle en général sur le marché suisse.

## 4.2 Infrastructure

### 4.2.1 Télécommunications

Dans le secteur des télécommunications, la COMCO a dû examiner un grand nombre de concentrations. Les plus importantes ont été France Télécom/Sunrise, Sunrise/CVC et Swisscom/Groupe E.

En raison d'indices de la création ou du renforcement d'une position dominante dans plusieurs marchés de téléphonie mobile, la COMCO a procédé à un examen approfondi du projet de concentration France Télécom/Sunrise. L'examen a mené la COMCO à la conclusion que le projet allait générer la création d'une position dominante collective pour Swisscom et l'entreprise issue de la fusion. Cette position dominante collective aurait été capable de supprimer une concurrence efficace. Partant, après avoir considéré tous les aspects pertinents, la COMCO a interdit le projet de concentration le 22 avril 2010. Les entreprises participantes ont fait recours contre cette décision devant le Tribunal administratif fédéral. Par la suite, elles ont retiré leur recours.

Quelques mois plus tard, la COMCO n'a soulevé aucune objection d'ordre concurrentiel à l'encontre du projet de concentration Sunrise/CVC. L'examen préalable n'a fait apparaître aucun indice que le projet pourrait créer ou renforcer une position dominante. L'achat de Sunrise par la société d'investissement CVC a été autorisé. Après la concentration comme avant celle-ci, trois opérateurs de réseau concourent sur les marchés de téléphonie mobile. La dynamique concurrentielle est préservée et la branche reste ouverte aux innovations.

A la fin novembre 2010, la COMCO a pris acte de la notification du projet de concentration entre Swisscom et le Groupe E. Ce projet de création d'une entreprise commune vise la construction d'un réseau de fibre optique sur le territoire du canton de Fribourg. La COMCO a mené l'examen préalable durant le mois de décembre. Elle a décidé de soumettre le projet à un examen approfondi, lequel sera effectué dans les quatre premiers mois de l'année 2011.

La fibre optique a constitué un sujet prioritaire dans le domaine des télécommunications. L'observation du marché de la fibre optique initiée en 2009 par le Secrétariat a été poursuivie. Vers la fin de l'été, les premières annonces au sens de l'art. 49a al. 3 LCart ont été reçues. Chaque annonce concerne la coopération entre Swisscom et différentes villes et cantons pour la construction d'un réseau de fibre optique répondant à l'appellation "Fibre to the Home" (réseau FTTH). Pour chaque coopération, les clauses dont les parties doutent de leur conformité cartellaire ont fait l'objet de l'annonce. A la fin 2010, six procédures d'opposition étaient pendantes ; d'autres procédures de ce type devraient encore voir le jour selon certaines sources. De surcroît, plusieurs tiers ont dénoncé certaines coopérations dans ce domaine. La COMCO approfondira sa réflexion sur le sujet de la construction du réseau FTTH respectivement de son extension. Il s'agira de l'une de ses priorités pour l'année à venir.

En parallèle, l'année 2010 a été marquée dans le domaine des télécommunications par plusieurs tâches liées aux procédures de recours pendantes. Par décision du 24 février 2010 dans l'affaire **Swisscom Mobile (tarifs de terminaison dans la téléphonie mobile)**, le Tribunal administratif fédéral a revu le caractère abusif de la pratique de Swisscom et annulé la sanction de Fr. 333 millions infligée à celle-ci pour abus de position dominante. Tant le Département fédéral de l'économie que Swisscom ont recouru contre cette décision devant le Tribunal fédéral. Plusieurs échanges d'écritures ont été menés dans cette procédure devant la Haute cour. Dans ces circonstances, la COMCO a décidé de suspendre la procédure "Tarifs de terminaison dans la téléphonie mobile II" jusqu'à droit connu sur la procédure devant la dernière instance.

Dans l'affaire des services ADSL, Swisscom a déposé un recours pour contester la décision de la COMCO du 19 octobre 2009. La COMCO a pris position sur le recours.

Finalement, deux recours ont été déposés contre des décisions partielles de la ComCom dans le domaine des **lignes louées**. La COMCO avait réalisé sur ce sujet une expertise à l'attention de l'OFCOM en 2008. Partant, le Tribunal administratif fédéral a invité la COMCO à remettre deux rapports spécialisés portant sur des questions distinctes dans chacune de ces procédures.

### 4.2.2 Médias

Les concentrations Axel Springer/Ringier et Edipresse/Cuhat ont été autorisées dans le domaine des médias. Dans ces deux affaires, l'examen préalable a permis d'exclure tout indice de création ou de renforcement d'une position dominante.



Par jugement du 27 avril 2010, le Tribunal administratif a confirmé en tous points la décision de la COMCO du 5 mars 2007 concernant les **Richtlinien des VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern**. Publigroupe a porté l'affaire devant le Tribunal fédéral. La COMCO s'est prononcée sur le recours de Publigroupe au cours des deux échanges d'écritures.

Le Secrétariat a ouvert le 30 juillet 2010 une enquête préalable visant la politique de prix mise en œuvre par SDA. Différents indices laissent croire que certains clients sont défavorisés sur le paramètre des prix par rapport à d'autres, en particulier par rapport aux grandes sociétés de médias.

En 2007, l'OFCOM a mis au concours 13 concessions pour la diffusion de programmes régionaux de radio et télévision. Un recours a été déposé devant le Tribunal administratif fédéral concernant l'octroi d'une concession à deux diffuseurs régionaux de programmes radio et un diffuseur régional de programmes télévisés. L'instance saisie a admis le recours, annulé la décision et renvoyé la cause pour nouvel examen. L'art. 74 al. 2 de la loi sur la radio et la télévision dispose que l'OFCOM consulte la COMCO pour apprécier les forces en présence sur le marché. Dans le courant de l'année, l'OFCOM et le Secrétariat ont coopéré sur une base informelle pour la préparation de l'avis. La demande de consultation est parvenue à la COMCO à la fin de l'année. La rédaction de l'avis a commencé.

L'enquête concernant le prix des livres en Suisse romande a été poursuivie. La considération des débats parlementaires portant sur l'adoption d'une éventuelle réglementation du prix des livres a retardé l'extension de l'enquête. Les débats ayant été reportés, l'enquête va reprendre son cours sans retard.

#### 4.2.3 Energie

Dans le domaine de l'énergie, le Secrétariat a observé le marché des offres aux gros consommateurs. L'observation sera close sous peu. La question principale consistait à examiner si des accords entre les entreprises de distribution d'électricité avaient pour effet que les gros consommateurs ayant opté pour l'abandon de l'approvisionnement de base ne trouvaient pas d'offres attractives. Afin d'établir les faits, un vaste questionnaire a été envoyé aux gros consommateurs.

Le Secrétariat a poursuivi l'observation des acquisitions de services-systèmes par Swissgrid. L'enjeu était fondamentalement de savoir si la concurrence avait cours sous la limite de prix – "Price cap" – introduite par Swissgrid ou si les offres avaient tendance à s'aligner sur la limite maximale fixée. En été, les limites de prix ont été finalement abandonnées.

Au surplus, le Secrétariat a pris part à un groupe de travail sur les systèmes-services. Ce groupe a été mis sur pied dans l'optique de la révision de la loi sur l'approvisionnement en électricité. Il a pour mission d'élaborer des recommandations sur les mesures à prendre pour faire baisser les prix dans ce secteur. La question nodale repose sur l'étendue de la régulation nécessaire pour encadrer le marché.

La Suisse mène depuis 2007 des négociations avec l'UE concernant un accord en matière d'électricité. Dans ce cadre, le Secrétariat a participé à l'élaboration d'un concept ayant pour objet de déterminer les éléments de concurrence à intégrer dans un tel accord. Le Secrétariat a eu la possibilité de se prononcer sur les dispositions de concurrence contenues dans le projet d'accord.

Finalement, la COMCO a produit un avis conformément à l'art. 47 LCart à l'adresse du Tribunal administratif du canton de Berne. La COMCO devait évaluer la compatibilité sous l'angle de la concurrence d'un contrat de fourniture d'énergie.

#### 4.2.4 Autres domaines

La COMCO a clos l'enquête concernant l'importation de bières. Elle a constaté que des importations parallèles de certaines marques particulières des entreprises Anheuser-Busch Inbev (p. ex. Stella Artois) et Grupo Modelo (p. ex. Corona Extra) étaient non seulement possibles mais avaient également lieu. Les indices initiaux qui laissaient croire que l'importation parallèle de ces marques de bière était empêchée n'ont pu être confirmés.

L'enquête préalable dans le domaine du commerce d'œufs a été poursuivie et sera en principe terminée dans le premier trimestre 2011. Plusieurs décisions en matière d'obligation de renseigner ont été prises en raison des difficultés rencontrées pour accéder aux informations (retards, lettres mortes).

Dans le domaine des transports, CFF et Hupac ont notifié un projet de concentration au début du mois de décembre. Les deux entreprises ont l'intention de fonder une entreprise commune proposant différents services pour le transport de marchandise par le rail sur l'axe nord-sud. L'examen préalable a été mené durant le mois de décembre. La COMCO a renoncé à un examen approfondi.

### 4.3 Industrie et production

#### 4.3.1 Révision de la Communication sur les accords verticaux

Le 28 juin 2010 la COMCO a publié la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux (Communication sur les accords verticaux) révisée. Celle-ci tient compte de la pratique récente de la COMCO (décisions sécateurs et cisailles, Gaba et médicaments hors-liste) ainsi que des derniers développements en droit de la concurrence dans l'UE. L'UE a adapté le 1er juin 2010 son cadre réglementaire afin de tenir compte en particulier de l'augmentation de la puissance d'achat de la grande distribution ainsi que du développement des ventes en ligne sur Internet. Avec cette révision, la COMCO confirme sa volonté de poursuivre sa lutte contre les accords verticaux nuisibles et assure que les mêmes règles que celles en vigueur dans l'UE seront appliquées en Suisse dans ce domaine.

Les points principaux de la révision concernent les règles relatives au renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace et à l'analyse de la notabilité d'accords en matière de concurrence. La Communication concernant les accords verticaux considère, de façon nouvelle, que pour le renversement de la présomption, une analyse nécessite un examen du mar-

ché dans son ensemble. Est décisive la présence d'une concurrence intramarque ou intermarques suffisante sur le marché pertinent, ou celle d'une combinaison des deux conduisant à une concurrence efficace suffisante. En outre, la Communication concernant les accords verticaux précise qu'en cas d'accords qualitativement graves, comme l'imposition de prix de revente et la protection territoriale absolue, la notabilité sera appréciée au cas par cas.

Les deux nouveautés centrales des dispositions européennes relatives à la prise en compte de la puissance d'achat et de la vente en ligne par Internet figurent dans la Communication suisse concernant les accords verticaux. La part de marché de l'acheteur sur les marchés de l'approvisionnement joue désormais un rôle lors de l'appréciation de la question de savoir si un accord peut être réputé justifié par des motifs d'efficacité économique. En outre, les ventes par Internet sont en principe considérées comme des ventes passives. Cela signifie que chaque distributeur doit en principe avoir le droit d'utiliser Internet pour vendre des produits.

La Communication concernant les accords verticaux précise les circonstances pouvant donner lieu à l'examen des recommandations de prix et les critères selon lesquels la licéité de celles-ci sont appréciées par la COMCO. L'appréciation juridique des recommandations de prix correspond à cet égard à l'UE.

En raison de la prise en compte de la part de marché de l'acheteur sur les marchés de l'approvisionnement les accords verticaux impliquant des demandeurs puissants sont appréciés de manière plus stricte. La COMCO prévoit une réglementation transitoire jusqu'au 31 juillet 2011, ce qui devrait permettre aux entreprises d'adapter aux nouvelles règles les clauses contractuelles problématiques concernées.

#### 4.3.2 Biens de consommation

La **branche des "produits blancs" (électroménager)** a occupé la COMCO cette année à différents égards. Outre une enquête concernant des entraves aux ventes par Internet, la COMCO a également traité une annonce selon l'art. 49 al. 3 LCart (procédure d'opposition) ainsi que diverses demandes de conseils.

En septembre 2010, la COMCO a ouvert une enquête concernant des entraves aux ventes de produits par Internet. L'élément déclencheur est le fait que Electrolux AG a interdit à ses distributeurs de vendre les produits de sa marque par Internet. A cela s'est ajouté le fait que, à la même période, V-Zug AG a adapté plusieurs fois son système de distribution et a, dans ce cadre, exclu les ventes en ligne dans un premier temps pour ensuite à nouveau les autoriser. Avec cette enquête, la question de savoir si les entraves aux ventes de produits par des magasins en ligne constituent une violation de la LCart sera (pour la première fois) clarifiée. L'enquête devrait permettre de déterminer des critères de principe pour le commerce en ligne, valables au-delà de la branche concernée.

Le Secrétariat a traité différentes demandes de conseils d'entreprises de production, actives dans la branche des "produits blancs" (électroménager). Ces demandes concernaient principalement la question de la licéité de

systemes dits de **distribution sélective**. Les points importants en étaient la détermination des critères de sélection, selon lesquels les distributeurs peuvent être acceptés au sein du réseau de distribution, ainsi que la question de savoir dans quelle mesure les ventes en ligne peuvent être limitées.

Au début de l'année 2010, le Secrétariat a reçu des demandes de conseil concernant la logistique de distribution. Des **frais de livraison supplémentaires** pour les petites quantités (1-2 appareils) commandées par les distributeurs devaient être introduits dans l'ensemble de la branche. La COMCO ayant émis des doutes quant à la conformité de ce supplément du point de vue du droit de la concurrence, la notification a été retirée avant l'échéance du délai légal. Selon la COMCO, les principaux points critiques étaient en particulier (i) la nécessité d'une solution valable pour toute la branche et (ii) la mise en place d'un instrument de taxe (et non par ex. de rabais).

Au mois de mai 2010, le Secrétariat de la COMCO a envoyé son projet de décision en l'affaire **ASCOPA** à la trentaine de parties à la procédure pour prise de position. L'enquête porte sur d'éventuels accords de prix et de quantités relatifs à un échange d'informations entre des producteurs et des distributeurs réputés de produits cosmétiques et de parfums. Suite à la réception des prises de position des parties, le Secrétariat a décidé d'entreprendre des investigations supplémentaires qui sont actuellement toujours en cours. Une fois ces investigations terminées, le projet de décision retravaillé sera transmis aux parties pour une nouvelle prise de position, avant d'être soumis à la COMCO pour décision.

En mars 2010, la COMCO a ouvert une enquête contre **Nikon AG** en raison en raison d'une éventuelle entrave aux importations parallèles de produits Nikon et a effectué une perquisition. Suite à une dénonciation, il existe des indices selon lesquels Nikon a entravé ou empêché des importations parallèles en Suisse. De tels comportements pourraient constituer des accords de protection territoriale illicites selon l'art. 5 al. 4 LCart.

Une autre enquête est dirigée contre **Roger Guenat SA** concernant un soupçon de fixation de prix de revente et d'éventuelles entraves aux importations parallèles de produits de sport de montagne. Roger Guenat SA distribue et représente les produits de plusieurs marques, en partie en tant qu'importateur général (en particulier Petzl, Beal et Entreprises) et en partie en tant qu'agent (Ortovox et Boreal). L'enquête a été ouverte par une perquisition et se base sur une dénonciation. Les investigations sont encore actuellement en cours.

Une observation de marché concernant les prix des **valises à roulettes** de diverses marques (parmi lesquelles Samsonite et Rimowa) est arrivée à la conclusion que les modèles de valises à roulettes visés étaient vendus aux mêmes prix, ou à des prix très proches, auprès de la plupart des distributeurs interrogés et que ces prix correspondaient en grande partie aux recommandations de prix des producteurs ou des importateurs. Il n'a pu être prouvé que le respect des recommandations de prix par les distributeurs de valises à roulettes est lié à des comportements illicites du point de vue de la loi sur les cartels. Cependant, il s'est avéré

que les recommandations de prix n'étaient souvent pas clairement indiquées comme étant non contraignantes. Les entreprises concernées ont ainsi été priées de signaler explicitement que leurs recommandations de prix sont non contraignantes.

#### 4.3.3 Commerce de détail

Le Secrétariat a effectué plusieurs observations de marché et a tenu plusieurs rencontres informelles avec des acteurs du marché. Il a, en particulier, examiné des questions concernant des entraves aux importations (parallèles). Les recherches ont montré que même s'il existe des différences de prix très importantes avec l'étranger, les importations parallèles restent entravées par des réglementations étatiques, comme le montre par exemple le cas Garnier Nutrisse (voir plus bas). En même temps, les entreprises essaient aussi directement de décourager ces importations, en refusant, par exemple, d'honorer la garantie pour les produits issus du commerce parallèle. Les observations de marché ont aussi porté sur le respect de recommandations de prix et l'accès aux marchés de l'approvisionnement et de détail. Dans ce contexte, le Secrétariat a souligné qu'en raison du principe de la liberté contractuelle, ni les discounters ni les autres entreprises ne disposent d'un droit à être livré en certains produits ou certains formats, tant que le fournisseur n'est pas en position dominante.

Une observation de marché sur un produit capillaire colorant de L'Oréal a montré que cette entreprise émet des recommandations de prix. Cependant, le Secrétariat n'a pas trouvé d'indices selon lesquels ces recommandations de prix sont appliquées au moyen d'incitations ou de sanctions. Le prix de ce produit est nettement plus élevé en Suisse qu'en Allemagne. Une importation parallèle de produits colorants par un détaillant suisse est en principe possible mais peu utilisée en pratique en raison de l'obligation de faire figurer les précautions d'emploi dans les trois langues officielles. Ce cas montre encore que malgré l'introduction du principe du Cassis de Dijon, les importations parallèles restent, comme par le passé, difficiles. L'autorité de la concurrence a d'ailleurs pris note avec scepticisme des interventions parlementaires visant à affaiblir le principe du Cassis de Dijon.

Une observation de marché sur le produit **Nivea** Crème a montré que les détaillants suisses suivent de manière différenciée les recommandations de prix de Beiersdorf Suisse. En particulier, les produits en grands formats sont souvent vendus à des prix inférieurs aux recommandations de prix. Ainsi, le consommateur sensible aux prix a la possibilité d'acheter la crème Nivea à un prix similaire aux pays voisins.

Enfin, le Secrétariat a constaté, dans le cadre d'une observation de marché concernant les lames de rasoir de la marque **Gillette**, que malgré les recommandations de prix de Procter & Gamble Suisse, une concurrence suffisante existe entre les différents détaillants (concurrence dite intramarque). Ainsi, la réduction de prix initiée par Migros en novembre 2009 a été suivie par ses principaux concurrents.

#### 4.3.4 Construction

Par décision du 10 mai 2010, la COMCO a, après 17 mois, terminé l'enquête portant sur les composants d'installations sanitaires, de chauffage et de climatisation. L'enquête avait été ouverte par des perquisitions suite à la dénonciation d'une entreprise partie au cartel. Les investigations ont fourni la preuve de l'existence d'accords sur les prix pour les vases d'expansion et les produits connexes pour la période allant de 2006 à 2008. Les entreprises concernées se sont informées mutuellement sur les augmentations de prix futures et ont coordonné dans une large mesure le moment et le pourcentage de ces augmentations de prix. De plus, les entreprises ont échangé des informations commerciales sensibles comme les chiffres d'affaires et les listes de prix. Durant la période examinée, les augmentations de prix ont été à chaque fois coordonnées, ce qui a conduit à l'imposition d'un supplément au titre de la durée dans le calcul de la sanction. La COMCO a sanctionné une entreprise par une amende de 169'000 francs. La première entreprise dénonciatrice a profité d'un bonus de 100% et a ainsi évité une sanction de 5.2 millions de francs.

Les enquêtes ouvertes en juin 2009 concernant des accords de soumission dans le domaine de la construction de routes et du génie civil dans les **cantons de Zurich et d'Argovie** ont été poursuivies dans les délais. L'analyse des documents saisis et les informations fournies par les entreprises ont livré des indices que d'autres entreprises ont participé à ces accords. C'est pourquoi, l'enquête a été étendue à ces entreprises supplémentaires. A la fin de l'année, les investigations étaient dans leur phase finale et le projet de décision sera envoyé aux parties selon toute vraisemblance au cours du premier semestre 2011.

L'enquête sur les **ferrements de fenêtres et de portes-fenêtres** a été clôturée par décision du 18 octobre. La COMCO a imposé des sanctions pour un montant total de 7.6 millions contre Siegenia-Aubi AG, SFS Unimarket AG, Paul Koch AG ainsi que Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG. L'auto-dénonciateur, Roto Frank AG, a profité d'une remise totale de la sanction. Les ferrements de fenêtres et de portes-fenêtres sont toutes les pièces qui joignent les fenêtres et les cadres de fenêtres et qui servent à ouvrir et fermer une fenêtre ou une porte-fenêtre. Ces ferrements sont utilisés par les fabricants de fenêtres dans la fabrication de fenêtres et de portes-fenêtres. L'enquête a permis de prouver des accords sur les prix portant sur le moment et la hauteur des augmentations de prix pour l'année 2007. Ces accords horizontaux représentent des infractions particulièrement graves à la loi sur les cartels.

Une procédure similaire concernant les **pièces de portes** comme les poignées, les serrures et les charnières de portes est encore en cours.

Suite à une plainte, le Secrétariat de la COMCO a ouvert en juin 2010 une enquête préalable dans le domaine des outils électriques de la marque **Festool**. Il s'agissait de savoir si le fabricant Tooltechnic Systems (Schweiz) AG

(TTS), en utilisant des moyens de pressions ou d'incitations, amène ses partenaires Festool à respecter les prix de revente, ce qui pourrait constituer un accord vertical illicite portant sur les prix. Les recherches du Secrétariat n'ont pas apporté d'indices suffisants d'un accord en matière de concurrence illicite.

#### 4.3.5 Industrie horlogère

En septembre 2009, le Secrétariat de la COMCO a ouvert une enquête contre **ETA Manufacture Horlogère Suisse SA**, une filiale du Swatch Group en raison d'un éventuel abus de position dominante. ETA est de loin la principale entreprise productrice de mouvements mécaniques en Suisse et est soupçonnée d'avoir adapté de manière illicite ses prix et ses conditions vis-à-vis de ses partenaires commerciaux. Le Secrétariat a mené d'importantes investigations.

ETA a été, il y a quelques années, destinataire d'une décision de la COMCO. Il s'agissait dans cette décision de l'annonce faite par ETA de diminuer les quantités livrées d'ébauches – ensemble de pièces non assemblées du mouvement et commercialisées sous cette forme – puis de cesser complètement les livraisons. La procédure a été clôturée en 2004 par un accord amiable, dans lequel ETA s'engageait à poursuivre les livraisons d'ébauches à ses clients jusqu'à la fin de l'année 2010. Durant la période de validité de cet accord, la COMCO n'a pas été contactée par des entreprises de l'industrie horlogère ce qui, si cela avait été le cas, aurait pu la pousser à se montrer à nouveau active.

Fin 2009, le président du conseil d'administration du **Swatch Group** d'alors a annoncé dans la presse son intention de réduire voire de cesser les livraisons de composants horlogers aux clients tiers. Durant l'année 2010, divers contacts informels portant sur cette question ont eu lieu avec le Swatch Group. La question de savoir si une procédure formelle sera ouverte dépend de l'intention de Swatch de mettre réellement en oeuvre son projet.

#### 4.3.6 Industrie automobile

En 2010, la COMCO a adapté sa note explicative se rapportant à la Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile. La nouvelle version tient compte de l'expérience acquise par la COMCO ces dernières années lors de l'appréciation des accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile et du nouveau cadre réglementaire en vigueur au niveau européen dès le 1er juin 2010. Le 27 mai 2010, la Commission européenne a adopté de nouvelles règles de concurrence concernant la branche automobile. En conséquence, la vente de véhicules neufs sera soumise aux dispositions du règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux général après une période transitoire jusqu'au 31 mai 2013, durant laquelle l'ancien règlement d'exemption par catégorie s'appliquera à ce marché. Concernant les marchés de la fourniture de services de réparation et d'entretien ainsi de la distribution de pièces détachées, le nouveau règlement d'exemption par catégorie est entré en vigueur au 1er juin 2010. En accord avec les représentants de la branche automobile, la COMCO a décidé de maintenir la Communication

concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile inchangée pour l'instant. Considérant les modifications introduites au niveau européen dès juin 2013, la COMCO consultera les acteurs du marché en temps voulu et décidera dans quelle mesure la Communication automobile doit être maintenue.

En octobre 2010, la COMCO a ouvert une enquête contre le **BMW Group**. BMW AG (Munich) et les entreprises liées au groupe ont peut-être empêché les ventes de véhicules neufs des marques BMW et MINI de l'EEE à des clients ou des distributeurs en Suisse. Il existe ainsi des indices d'un cloisonnement de marché illicite du point de vue du droit de la concurrence.

Durant l'année 2010, le Secrétariat a reçu plus de 50 demandes ou plaintes en relation avec le secteur automobile. De nombreuses questions concernaient le droit de bénéficier de la garantie pour des véhicules automobiles importés directement. En raison de la force du franc suisse, les différences de prix avec les pays européens et l'attrait d'y acheter un véhicule sont devenus encore plus importants. Dans ce contexte, il est important que les clients domiciliés en Suisse aient la possibilité de faire valoir leur droit à la garantie, tel que cela est prévu dans la Communication de la COMCO.

#### 4.3.7 Agriculture

En août 2010, le secteur de l'agriculture a été à nouveau attribué au service industrie et production, duquel il relevait à l'origine en raison de sa place dans la chaîne de création de valeur. Le Secrétariat a reçu de nombreuses **plaintes individuelles** d'entreprises du secteur agricole et les a examinées dans le cadre d'observations de marché. Aucune restriction illicite à la concurrence n'a été constatée. Une observation de marché plus détaillée a été ouverte sur le marché des **fertilisants**, dont les résultats seront disponibles seulement en 2011.

En raison de sa position dominante sur les marchés du lait, de la crème et du beurre, Emmi a notifié trois concentrations d'entreprises. La première concernait la reprise de Fromalp AG. Cette concentration impliquait une addition importante de parts de marché dans le domaine des produits à base de fromage fondu et en particulier de la fondue prête à l'emploi. Dans le cadre d'une analyse approfondie, il a pu être déterminé que la concurrence potentielle exerce un effet disciplinant sur les parties à la concentration. Les autres notifications concernaient, d'une part le domaine des yoghourts et du fromage frais, avec le rachat de la marque Onken au groupe Dr. Oetker, et d'autre part le domaine du lait, des yoghourts de chèvre et du fromage de chèvre avec la reprise de la fromagerie Bettex S.A. Le Secrétariat a pris position par rapport à des interventions parlementaires. Il s'est opposé à la motion Aebi et a souligné que les contingents laitiers empêchent de trouver une solution aux problèmes structurels sur le marché du lait. Par rapport à l'interpellation Lungo, le Secrétariat s'est prononcé en faveur de la suppression de la régate du sel.

#### 4.4 Marché intérieur

L'activité de la section responsable du marché intérieur a été placée sous l'égide de trois thèmes principaux. Le premier a déjà débuté l'année dernière et concerne l'art. 2 al. 7 LMI qui stipule une obligation de procéder à

un appel d'offres pour la **transmission de monopoles cantonaux ou communaux à des entreprises privées**. Cela a débouché sur l'adoption de deux expertises: l'une sur le renouvellement des concessions hydrauliques et l'autre sur le renouvellement de contrats de concession pour la construction et l'exploitation d'installations de distribution d'électricité. Dans ces deux expertises, la COMCO a eu l'occasion de clarifier la portée des concepts difficiles à interpréter de "monopole" et de "privé". L'obligation de procéder à un appel d'offres, selon l'avis de la COMCO, ne s'applique pas seulement aux monopoles juridiques mais aussi aux monopoles de fait. Les deux expertises ont soulevé en partie de fortes oppositions et ont conduit notamment à une motion (encore pendante) du Conseil des Etats qui demande que la concurrence par appel d'offres dans le domaine des concessions d'énergie hydraulique et de distribution d'électricité soit exclue par une loi spéciale.

La **régulation de l'activité des taxis** constitue le deuxième point fort de l'année. Le foisonnement de réglementations, en partie très divergentes, conduisent toujours à des restrictions à l'accès au marché des taxis externes. Dans ce contexte, le centre de compétences LMI a soutenu l'association des taxis suisses dans ses efforts de rédaction d'un modèle de règlement – juridiquement non contraignant – à l'attention des communes et des cantons qui fixe des conditions d'accès au marché uniformes et concurrentielles. De plus, l'imposition d'une amende à un taxi hors canton a mené le Secrétariat à déposer un recours devant le tribunal administratif de Genève pour permettre aux prestataires externes l'accès à l'aéroport de Genève.

Enfin, la section marché intérieur a mené, dans le cadre de la mise en œuvre du concept de lutte contre les accords de soumission adopté en 2008, cinq jours de formation auxquels ont participé des représentants de 11 autorités adjudicatrices cantonales. Les nombreux échos positifs ont confirmé l'utilité de cet instrument et le besoin d'une collaboration plus étroite dans ce domaine.

#### 4.5 Centre compétence investigations

En 2010, le Centre compétence investigations a été mis à contribution pour l'organisation et la conduite de plusieurs perquisitions qui ont requis la mise en place d'une équipe d'intervention, composée de collaborateurs du Secrétariat formés à ces tâches, ainsi que de spécialistes en informatique légale et de policiers. De plus, il a organisé une formation ad hoc pour chefs-fes de team qui a été suivie avec succès par plusieurs collaborateurs-trices du Secrétariat.

Durant cette même année, le Tribunal pénal fédéral a rendu une importante décision relative à une procédure de levée des scellés (cf. DPC 2010/1, p. 226 ss). En effet, lors d'une perquisition menée en 2009, une des entreprises visitées avait requis la mise sous scellés d'une partie des documents saisis, aux motifs qu'ils auraient été couverts par le secret de fonction de leur détenteur, respectivement que les documents ne seraient pas pertinents pour la procédure en cours. Le Tribunal pénal fédéral a intégralement donné raison au Secrétariat.

#### 4.6 Communication

Durant l'année 2010, les autorités de concurrence ont publié 21 communiqués de presse et ont tenu trois conférences de presse. Lors de deux d'entre elles, l'intérêt des médias était particulièrement grand. Tout d'abord, lors de l'interdiction de la fusion entre Orange et Sunrise. La décision a été rendue publique lors d'une conférence de presse et a été sujet à discussion durant des semaines dans les médias. Ensuite, le changement de présidence qui s'est opéré entre Walter A. Stoffel et Vincent Martenet. Les demandes d'interviews adressées au Président sortant mettaient l'accent sur une rétrospective/un bilan à tirer, alors que celles adressées au nouveau Président s'intéressaient aux points forts à venir et aux perspectives.

#### 4.7 Relations internationales

**OCDE:** Des représentants de la COMCO et du Secrétariat ont participé aux meetings du comité de la concurrence de l'OCDE qui se déroulent trois fois par an à Paris. Plusieurs contributions en collaboration avec le SECO ont été réalisées et présentées. Dans ce cadre ont été notamment traités les thèmes des marchés publics et de la *Procedural Fairness*. La rencontre d'octobre a été consacrée à la croissance verte. Ce thème constitue un point important du comité de la concurrence dans le cadre de la politique générale de l'environnement et de l'énergie.

**ICN:** En avril, une délégation a assisté à la 9ème conférence annuelle de l'ICN à Istanbul. En octobre a eu lieu l'ICN Cartel Workshop à Yokohama au cours duquel un représentant du Secrétariat a animé une session. Lors de ce workshop, les autorités de la concurrence du monde entier ont discuté, la question de savoir comment utiliser au mieux leurs ressources pour détecter, investiguer et sanctionner les comportements cartellaires. De plus, le Secrétariat a participé au ICN Merger Workshop à Rome et au ICN Unilateral Conduct Workshop à Bruxelles.

**CNUCED:** La conférence d'examen du code des Nations Unies sur les pratiques commerciales restrictives de concurrence, qui a lieu tous les quatre ans, s'est déroulée en novembre à Genève. Les thèmes abordés ont été le contrôle des sanctions par les tribunaux, la contribution de la politique de la concurrence au développement économique, ainsi que les expériences faites avec l'application du code, alors que la coopération entre les autorités de la concurrence est restée au cœur des discussions. En outre, une version révisée de la loi-type sur la concurrence a été discutée. Dans le cadre du programme COMPAL, qui a pour but l'instauration et le renforcement des autorités de la concurrence en Amérique latine, deux stagiaires, ont été reçus au Secrétariat pour une période de trois mois chacun.

**Vietnam:** Le projet lancé en 2008 de "Strengthening the Vietnamese Competition Authorities" a pour but de renforcer et soutenir l'autorité vietnamienne de la concurrence fondée en 2006 (VCAD). La coopération bilatérale entre les autorités de la concurrence suisse et vietnamienne comprend notamment l'organisation de workshops au Vietnam et le soutien lors de la réalisation

d'études de marché. En outre, le Secrétariat envoie des collaborateurs en tant qu'experts sur place en particulier pour l'élaboration de lignes directrices concernant des sujets de concurrence. En 2010, un collaborateur de l'autorité vietnamienne a effectué un stage de trois mois au Secrétariat. Le projet qui est financé par le SECO prendra fin en 2011.

**EU:** Dans le but de lutter contre les restrictions internationales à la concurrence, le Conseil fédéral a approuvé le 18 août un mandat de négociation pour un accord de coopération dans le domaine de la concurrence avec l'UE. Cet accord permettra aux autorités de la Suisse et de l'UE d'échanger des informations, y compris des informations confidentielles, qui pourront être utilisées dans les procédures respectives. Les négociations devaient commencer début 2011.

**Contacts bilatéraux:** dans le cadre de l'accord de libre-échange avec le Japon, une première rencontre a eu lieu en marge de l'ICN Cartel Workshop à Yokohama. Par ailleurs, des relations bilatérales ont été entretenues avec les autorités de la concurrence de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Chine, de la France et de l'Ukraine.

## 5. Organisation et statistique

### 5.1 COMCO

En 2010, la COMCO s'est réunie lors de quatorze séances plénières d'une journée chacune. Durant l'année sous revue, quelques mutations de personnel sont intervenues au sein de la commission :

- Au terme de son mandat de douze ans à la COMCO, **Walter A. Stoffel** a démissionné de la présidence au 30 juin 2010 et a quitté la COMCO.
- Le Conseil fédéral a nommé le vice-président **Vincent Martenet** au poste de président de la COMCO avec effet au 1<sup>er</sup> juillet 2010.
- Le mandat de vice-président devenu vacant a été confié par le Conseil fédéral au membre de la COMCO **Martial Pasquier** avec effet au 1<sup>er</sup> novembre 2010.
- Le 1<sup>er</sup> janvier 2011, **Andreas Heinemann**, professeur à l'Université de Zurich, rejoindra la COMCO en qualité de nouveau membre.

La COMCO rend hommage ci-après au travail accompli par **Walter A. Stoffel** en sa qualité de membre et de président de la COMCO.

Walter A. Stoffel a rejoint la COMCO le 1<sup>er</sup> juillet 1998. Compte tenu de sa longue expérience du droit de la concurrence en sa qualité de professeur à l'Université de Fribourg et de juge au sein de l'ancienne commission de recours pour les questions de concurrence, il était prédestiné à y siéger. Fort de ce bagage, il a exercé à son entrée en fonction le poste de vice-président de la COMCO et de président de la Chambre Industrie et Production. Dans le cadre de son mandat, il a immédiatement défini d'importantes priorités concernant l'application pratique de la loi sur les cartels. Les grands axes de ses premières années d'activité ont notamment porté sur l'appréciation des accords verticaux sous l'angle du droit des cartels et sur la libéralisation du

commerce automobile. Ce travail a conduit à l'adoption, en 2002, de deux communications de la COMCO qui indiquent dans quelle mesure les accords verticaux, en général, et dans le commerce automobile, en particulier, sont considérés comme des restrictions considérables et non justifiées à la concurrence. A l'époque et dans les débats concernant l'flot suisse de cherté, ces deux communications ont contribué à la sécurité juridique et à l'application transparente de la loi dans ces domaines.

Le 1<sup>er</sup> janvier 2003, Walter A. Stoffel a été nommé président de la COMCO. Il est resté fidèle à la ligne qu'il s'était fixée. Il s'est montré accessible et fiable dans ses relations avec les entreprises, les avocats et tous ses interlocuteurs. Il a su défendre objectivement des positions parfois controversées et les imposer. Ses premières années à la présidence ont été marquées par la révision, en 2003, de la loi sur les cartels, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2004. Cette refonte a donné les moyens à la COMCO de punir les infractions graves à la loi sur les cartels par des sanctions directes (amendes). Parallèlement, la mise en place du programme de clémence a permis aux entreprises de dénoncer leur participation à un cartel en échange d'une exemption de sanction. La mise en œuvre de ces nouveaux instruments dans les procédures engagées auprès des autorités en matière de concurrence a nécessité de la patience et du doigté. De la patience, d'une part, puisqu'une foule de nouvelles questions de procédure surgissaient, qui exigeaient des réponses précises. Du doigté, d'autre part, étant donné que les nouveaux instruments devaient être déployés de façon à ce que leur utilisation ne prète pas le flanc à l'arbitraire et ne soit pas dissuasive. Walter A. Stoffel, en collaboration avec le Secrétariat et la commission, a brillamment relevé ce défi. Sous sa présidence, la COMCO est parvenue à clore plusieurs procédures importantes et à instaurer une pratique claire dans l'application du régime de sanction. Par ailleurs, le Tribunal administratif fédéral a confirmé par deux arrêts, avant son départ, que l'organisation des autorités en matière de concurrence sur le plan institutionnel satisfait aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).

En dehors de la conduite de la COMCO, des prises de décision et d'autres tâches incombant au président de la COMCO, Walter A. Stoffel avait à cœur deux choses en particulier :

Premièrement, la mise sur pied d'un réseau de contacts internationaux pour les autorités suisses en matière de concurrence. Son ambition était, dès le départ, d'asseoir les autorités en matière de concurrence sur la scène internationale et d'aboutir à une coopération formelle. Cette tribune, Walter A. Stoffel l'a offerte à la Suisse avec la tenue à Zurich, en 2009, du congrès annuel du Réseau international de la concurrence (ICN). Cette manifestation a braqué les projecteurs du monde entier sur la Suisse et sur la COMCO. Walter A. Stoffel y est pour beaucoup si le Conseil fédéral a pu approuver, en août 2010, peu après son départ de la COMCO, et à l'issue de longues négociations préliminaires, un mandat de négociation formel en vue de la conclusion d'un accord de coopération en matière de concurrence entre la Suisse et l'UE.

Deuxièmement, Walter A. Stoffel s'est avéré un formidable porte-drapeau de la Commission de la concurrence et de ses activités. Il avait un don certain, lors des interviews qu'il a accordées à la radio et à la télévision, pour rendre claires aux yeux des journalistes et du grand public les décisions complexes de la COMCO. Son format de prédilection était l'interview en direct. Il a été plusieurs fois l'invité d'émissions prestigieuses en direct (Kassensturz, Rundschau, A bon entendeur, etc.) et a répondu, infatigable, à toutes les questions et dans un langage compréhensible. Sa maîtrise de trois langues nationales (allemand, français, romanche) a été un sérieux atout.

La COMCO remercie Walter A. Stoffel pour les services rendus en tant que membre, vice-président et, durant sept ans et demi, président de la Commission de la concurrence. Elle forme les vœux les meilleurs pour son avenir tant professionnel, à l'Université de Fribourg, que privé.

## 5.2 Secrétariat

Les bases du développement de l'organisation, élaborées en 2009, ont été concrétisées. Les procédures répondent donc à des processus prédéfinis. La planification, le pilotage et le contrôle des procédures et des ressources engagées ont été améliorés. Le délai de certaines procédures s'en est trouvé réduit. Par contre, les effectifs ont diminué. Les programmes d'économie ont eu raison d'un poste ; les augmentations de salaire annuelles ont conduit, à budget égal, à une perte annuelle de 1,5 à 2 postes pour l'effectif "jeune". C'est pourquoi il a fallu revoir les priorités de différentes procédures. Conséquence : le Secrétariat se concentre sur les thèmes prioritaires prescrits par la COMCO (voir le Mot du président) et certaines procédures ou étapes procédurales ont été rétrogradées.

A la fin de l'année 2010, le Secrétariat employait 62 (2009: 64) personnes à temps partiel et complet et affichait une proportion de femmes de 40 % (2009: 45 %). Ces chiffres équivalent à 53,8 (2009: 58,2) postes à plein temps. Le personnel se répartissait comme suit: 43 collaborateurs scientifiques (y compris direction), soit 37,9 (2009: 40,7) postes à plein temps, 7 (2009: 9) stagiaires scientifiques, soit 7 (2009: 9) postes à plein temps, 11 collaborateurs du service Ressources et Logistique, soit 8,9 (2009: 8,5) postes à plein temps.

## 5.3 Révision partielle de la LCart

Le 30 juin 2010, le Conseil fédéral a ouvert la **procédure de consultation concernant la révision partielle de la loi sur les cartels**<sup>1</sup>. La COMCO s'est exprimée en la matière en son nom propre. Elle souligne que les autorités suisses en matière de concurrence fonctionnent actuellement de manière satisfaisante. Concernant **l'organisation sur le plan institutionnel**, elle est favorable à la séparation des tâches d'enquête et des tâches décisionnelles. Elle estime toutefois que cet objectif peut être réalisé soit à titre temporaire, soit à titre permanent, dans le cadre du modèle institutionnel actuel. C'est pourquoi elle s'interroge sur l'opportunité d'un changement complet du système institutionnel. Si une nouvelle autorité de la concurrence vient à voir le jour, la COMCO estime primordiale son indépendance. Or le projet de loi

ne la garantit pas pleinement puisque le Conseil fédéral exercerait la surveillance administrative de l'Autorité de la concurrence et nommerait sa direction pour (seulement) quatre ans.

Pour ce qui est des **accords verticaux**, la COMCO estime qu'elle examine déjà au cas par cas si l'accord considéré restreint sensiblement ou supprime toute concurrence efficace. De plus, la pratique de la COMCO en ce domaine est proche de celle des autorités de l'UE. Par contre, la COMCO est favorable à une modernisation du **contrôle des concentrations**. Elle privilégie la variante 1 proposée qui prévoit le recours au test SIEC. De cette façon, la Suisse appliquerait, en matière de concentration, les mêmes critères d'évaluation que l'UE et la plupart des autres pays industrialisés occidentaux. La COMCO est d'accord avec les mesures proposées qui visent à améliorer la **procédure d'opposition**. Elle est également favorable à une meilleure **collaboration internationale** et au **renforcement du volet civil du droit des cartels**.

<sup>1</sup> Cf. <http://www.weko.admin.ch/aktuell/01024/index.html?lang=fr>.

## 5.4 Statistiques

Enquêtes	2009	2010
Menées durant l'année	20	20
reprises de l'année précédente	16	14
ouvertes durant l'année	4	6
Décisions	6	5
dont accords amiables	3	3
dont décisions de l'autorité	2	2
dont sanctions selon l'art. 49a, al. 1, LCart	5	3
Décisions de procédure	n.a.	7
Mesures provisionnelles	0	2
Procédure de sanction selon l'art. 50 ss. LCart	0	0
<b>Enquêtes préalables</b>		
Menées durant l'année	19	22
Reprises de l'année précédente	11	15
Ouvertes durant l'année	8	7
Clôtures	7	13
dont ouverture d'une enquête	1	3
dont adaptation du comportement	4	6
dont sans suite	2	4
<b>Autres activités</b>		
Annonces selon l'art. 49a, al. 3, let. a, LCart	12	13
Conseils	35	56
Observations de marché	87	105
Autres demandes	210	374
<b>Concentrations</b>		
Notifications	26	34
Pas d'intervention après examen préalable	19	29
Examens	5	1
Décisions de la COMCO	4	1
après examen préalable	1	0
après examen	3	1
Exécution provisoire	0	0
<b>Recours</b>		
Total des recours auprès du TAF et du TF	6	14
Arrêts du Tribunal administratif fédéral (TAF)	1	8
dont succès de l'autorité de la concurrence	1	6
dont succès partiel	0	1
Arrêts du Tribunal fédéral (TF)	0	0
dont succès de l'autorité de la concurrence	0	0
dont succès partiel	0	0
Pendants à la fin de l'année (auprès du TAF et du TF)	5	9
<b>Avis, recommandations, prises de position, etc.</b>		
Avis (art. 15 LCart)	2	0
Recommandations (art. 45 LCart)	0	0
Avis (art. 47 LCart ou art. 11 LTV)	0	2
Suivi des affaires	4	0
Communications (art. 6 LCart)	0	2
Prises de position (art. 46, al. 1, LCart)	186	177
Consultations (art. 46, al. 2, LCart)	9	5
LMI		



---

Recommandations/Enquêtes (art. 8 LMI)	0	0
Expertises (art. 10, al. 1, LMI)	0	2
Conseils (Secrétariat)	27	19
Recours (art. 9, al. 2 <sup>bis</sup> , LMI)	1	2

---

## 6. Annexe : la problématique de la transmission incomplète des variations de change et les interventions potentielles en vertu du droit des cartels

### 6.1 Introduction

Récemment, les autorités en matière de concurrence ont reçu bon nombre de demandes concernant l'absence de répercussion, ou la répercussion incomplète, sur les acheteurs ou les consommateurs de biens importés, des avantages de prix résultant de la faiblesse de l'euro. En d'autres termes, la dépréciation de l'euro par rapport au franc suisse fait que les importations depuis la zone euro sont meilleur marché, ce qui, de l'opinion générale, devrait se répercuter directement sur le prix de vente des biens importés en Suisse. Cela vaut non seulement pour les importations depuis la zone euro, mais encore depuis les Etats-Unis, puisque le dollar s'est également fortement déprécié par rapport au franc ces derniers mois. Il existe néanmoins un grand nombre d'exemples, en particulier dans l'industrie des biens de consommation, qui montrent qu'en pratique, ce mécanisme ne produit souvent pas ses effets, ou alors de manière incomplète. De là à présumer que la non-répercussion des avantages découlant des variations de change est liée à des ententes ou à d'autres pratiques contraires au droit des cartels, il n'y a qu'un pas.

Les commentaires livrés dans les lignes qui suivent visent à clarifier, d'une part, pourquoi les avantages liés aux variations de change ne sont pas toujours directement et intégralement répercutés sur les acheteurs ou les consommateurs nationaux et, d'autre part, dans quelles conditions cette non-répercussion pourrait enfreindre le droit des cartels. La première partie expose des données empiriques sur le thème de la répercussion des variations de change. La seconde présente divers arguments justifiant une répercussion seulement partielle des avantages liés au cours du change ressortant des observations empiriques. Enfin, les conclusions sont formulées sous l'angle de la loi sur les cartels.

### 6.2 Données empiriques

Bon nombre d'études internationales ont adopté une approche empirique pour examiner la répercussion sur les prix des variations de change ("Exchange Rate Pass-Through")<sup>2</sup>. Les commentaires ci-après se fondent dans une large mesure sur une étude de la Banque nationale suisse (BNS), qui fait une analyse approfondie de la question pour la Suisse<sup>3</sup>. Il convient de souligner que dans cette étude, il n'est pas fait de différence explicite entre les effets sur les prix d'une appréciation ou d'une dépréciation du franc suisse.

Dans la littérature, il est question, d'une part, de la transmission des variations de change aux prix à l'importation et, d'autre part, de la transmission des variations des prix à l'importation aux consommateurs. Il est aujourd'hui largement admis que les variations de change entraînent des variations des prix à l'importation, mais que la transmission des variations de change à l'échelon suivant est souvent incomplète. Il existe également un large consensus sur le fait que cette transmission partielle est relativement rapide. Sa proportion peut toutefois différer d'un pays à l'autre. Selon l'étude

de la BNS, le taux de transmission à long terme des variations de change aux prix à l'importation avoisine en Suisse les 37 %, tandis que le taux à court terme s'élève à 35 %. La répercussion des variations de change en Suisse s'inscrirait donc dans une fourchette similaire à celles observées pour l'Europe ou les Etats-Unis<sup>4</sup>.

La majorité des spécialistes s'accordent également à dire que les variations des prix à l'importation sont (partiellement) transmises aux clients. Pour cette transmission aussi, il existe des différences d'un pays à l'autre. Selon l'étude de la BNS, les variations des prix à l'importation sont en Suisse presque intégralement répercutées sur les prix à la consommation des produits importés. On peut donc en conclure que la transmission globalement incomplète des variations de change aux prix de consommation est principalement due à la rigidité des prix à l'importation.

Il ressort par ailleurs d'autres études que la répercussion des variations de change a reculé dans plusieurs pays depuis 1990, et notamment en Suisse<sup>5</sup>. Une explication pourrait tenir au fait qu'à cette époque (autour de 1990), plusieurs banques centrales ont opté pour une politique de faible inflation. Lorsque l'inflation est faible, les entreprises ont tendance à moins répercuter les variations de prix (y compris les variations de change), car, durant ces périodes, attendre avant d'adapter les listes de prix s'avère généralement moins coûteux pour les entreprises qu'en période de forte inflation<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Cf. p. ex. J. MCCARTHY, *Pass-Through of Exchange Rates and Import Prices to Domestic Inflation in some Industrialized Economies*, BIS Working Papers, 1999, n° 79 ; J.M. CAMPA/L.S. GOLDBERG, *Exchange Rate Pass-Through into Import Prices*, *Review of Economics and Statistics*, 2005, 87(4), pp. 679-690 ; ou, pour une bonne vue d'ensemble : J. MENON, *Exchange Rate Pass-Through*, *Journal of Economic Surveys*, 1995, 9(2), pp. 197-231.

<sup>3</sup> J. STULZ, *Exchange Rate Pass-Through in Switzerland : Evidence from Vector Autoregressions*, *Swiss National Bank Economic Studies*, 2007, n° 4.

<sup>4</sup> Cf. p. ex. P.K. GOLDBERG/M.M. KNETTER, *Goods Prices and Exchange Rates : What have we Learned ?*, *Journal of Economic Literature*, 1997, 35(3), pp. 1243-1272 ; E. HAHN, *Pass-Through of External Shocks to Euro Area Inflation*, *European Central Bank Working Paper*, 2003, n° 243. Par contre MCCARTHY (cf. note 2), montre que la répercussion est plutôt faible en Suisse par rapport à d'autres pays industrialisés, alors que CAMPA/GOLDBERG (cf. note 2) sont d'avis que la transmission en Suisse est supérieure à ce que l'on observe dans la plupart des pays de l'OCDE.

<sup>5</sup> Cf. J.E. GAGNON/J. IHRIG, *Monetary Policy and Exchange Rate Pass-Through*, *Board of Governors of the Federal Reserve System International Finance Discussion Papers*, 2004, n° 704 (version remaniée) ; J. BAILLIU/E. FUJII, *Exchange Rate Pass-Through and the Inflation Environment in Industrialized Countries : An Empirical Investigation*, *Bank of Canada Working Paper*, 2004, n° 21 ; STULZ (cf. note 3).

<sup>6</sup> Il ressort d'ailleurs de données internationales que les adaptations de prix dans les pays où le taux d'inflation moyen est faible sont plus rares que dans les pays où l'inflation est forte. Cf. L. BALL/N. G. MANKIV/D. ROMER, *The New Keynesian Economics and the Output-Inflation Tradeoff*, *Brookings Papers on Economic Activity*, 1988, 1, pp. 1-65.

Outre les études empiriques qui portent directement sur la transmission des variations de change, il existe de nombreuses études qui examinent la fréquence des adaptations de prix en général. Il ressort de celles-ci que les prix sont généralement fixés pour une période d'au moins un an<sup>7</sup>.

### 6.3 Motifs d'une transmission incomplète des avantages de change

Cette partie présente quelques arguments qui pourraient justifier une transmission incomplète de variations de change en Suisse. La liste ci-dessous comprend à la fois des arguments théoriques et des arguments pratiques ; aucun des arguments n'a fait l'objet d'une appréciation. La liste ne prétend par ailleurs pas à l'exhaustivité. L'objectif principal est de montrer que les adaptations de prix sont des processus complexes, souvent reportés pour des raisons compréhensibles ou exécutés de manière incomplète.

- Premièrement, dans de nombreuses branches, l'effet de compression des coûts d'une appréciation du franc ne se manifeste qu'après un certain temps et uniquement en cas de variations de change favorables et durables, car l'importation des marchandises repose souvent sur des conventions contractuelles de longue durée, qui ne se fondent pas sur le taux de change actuel, mais sur celui fixé à l'époque où le contrat a été conclu. Deuxièmement, il arrive que l'achat des marchandises à l'étranger se fasse en francs suisses. Troisièmement, certaines entreprises s'assurent contre les risques de change. Dans les trois cas précités, une variation du cours de change n'a pas d'effet immédiat sur les coûts d'acquisition. Quatrièmement, il est possible que les entreprises veuillent d'abord réduire leurs stocks, acquis à des prix supérieurs du fait du change moins avantageux, avant de proposer les nouvelles marchandises à moindre coût.
- Pour les produits de longue durée, les prix catalogue sont définis à l'avance, et ne sont pas mis à jour quotidiennement. Une réduction des coûts à brève échéance peut toutefois avoir lieu par le biais de rabais. Les concessionnaires automobiles n'ont par exemple pas baissé leurs prix catalogue en 2010 en réponse à la force du franc, mais ils ont réagi à son appréciation en proposant un "bonus euro" ou d'autres mesures<sup>8</sup>. Selon les représentants de la branche, baisser les prix à court terme pour les voitures neuves entraînerait des destructions se chiffant en milliards sur le marché de l'occasion : si l'on revoyait à la baisse les prix catalogue, le parc automobile actuel des Suisses accuserait une baisse de valeur considérable. En cas de baisse de valeur rapide, les automobilistes seraient peu enclins à acheter des voitures neuves, ce qui se répercuterait sur les ventes<sup>9</sup>. Dans la littérature économique, l'observation selon laquelle les prix (catalogue) ne sont pas constamment adaptés aux variations des coûts est imputée notamment aux prix élevés des adaptations, ainsi qu'à un manque d'informations sur l'évolution à venir du marché: les entreprises attendent de disposer des informations pertinentes avant d'adapter leurs prix aux nouvelles conditions-

cadre et tiennent compte des coûts qu'impliquent ces adaptations<sup>10</sup>.

- Les avantages liés aux variations de change peuvent être (partiellement) annulés par d'autres facteurs de coûts lors de l'acquisition des produits, par exemple par des chocs tarifaires exogènes tels que des hausses de prix des matières premières ou de l'énergie. Les variations de change peuvent par ailleurs entraîner un processus de substitution au niveau des intrants, ce qui contribue également à modifier la structure des coûts. Il s'ensuit que la modification des coûts d'acquisition ne correspond pas nécessairement à la variation du taux de change<sup>11</sup>.
- Enfin, certains modèles économiques identifient notamment les facteurs énumérés ci-après, qui influent sur l'ampleur de la transmission des variations de change: les avantages liés aux variations de change sont d'autant plus transmis aux clients que la concentration du marché est faible et que les importations sont importantes<sup>12</sup>. Ces dernières indiquent que la concurrence est importante et que les marchés sont ouverts. D'autres études économiques révèlent par ailleurs que moins la branche est segmentée, c'est-à-dire plus elle est ouverte, plus les avantages des variations de change sont répercutés sur les clients. En pareil cas, il est plus difficile pour les entreprises de suivre une politique de différenciation de prix internationale<sup>13</sup>. La transmission des avantages de change est en outre d'autant plus importante que l'offre ou la demande d'importations réagissent fortement aux variations de change<sup>14</sup>. Cette corrélation ressort également d'une étude de l'Institut de hautes études internationales et du développement de Genève. Selon cette étude, qui analyse la réaction des exportateurs français face à la dépréciation de l'euro, les entreprises exportatrices solides dont la productivité

<sup>7</sup> Cf. p. ex. A.S. BLINDER, Why are Prices Sticky ? Preliminary Results from an Interview Study, American Economic Review Papers and Proceedings, 1991, 81, pp. 89-100 ; A.K. KASHYAP, Sticky Prices : New Evidence from Retail Catalogs, The Quarterly Journal of Economics, 1995, 110(1), pp. 245-274.

<sup>8</sup> Cf. NZZ, Euro weich, Importeure hart – Ruf nach Senkung der Auto-preise, 14.10.2010, n° 300, p. 65.

<sup>9</sup> Cf. AUTO-SUISSE, Visibilité, Newsletter octobre 2010, disponible à l'adresse <http://www.auto-schweiz.ch/visibilite.html> [15.11.2010].

<sup>10</sup> Cf. KASHYAP (cf. note 7) ; O. J. Blanchard, "Wages, Prices and Inflation Stabilization," dans: Inflation, Debt and Indexation, R. Dornbusch/M. H. Simonsen, éd., Cambridge, MIT Press, 1983.

<sup>11</sup> Cf. A. GRON/D. L. SWENSON, Cost Pass-Through in the U.S. Automobile Market, The Review of Economics and Statistics, 2000, 82(2), pp. 316-324. Les auteurs montrent que la proportion statistique estimée de la transmission des variations de change augmente (lorsque l'on tient compte de tels processus de substitution). Ils réfutent toutefois, eux aussi, l'hypothèse d'une transmission intégrale.

<sup>12</sup> Cf. R. M. FEINBERG, The Interaction of Foreign Exchange and Market Power Effects on German Domestic Prices, Journal of Industrial Economics, 1986, 35(1) : pp. 61-70 ; R. M. FEINBERG, The Effects of Foreign Exchange Movements on U.S. Domestic Prices, Review of Economics and Statistics, 1989, 71(3), pp. 505-511.

<sup>13</sup> Cf. GOLDBERG/KNETTER (cf. note 2).

<sup>14</sup> Cf. J. MENON (cf. note 2) avec indication d'autres raisons théoriques pour la (non-) transmission des avantages de change. J. MCCARTHY (cf. note 2) propose également une bonne vue d'ensemble.

est élevée ou les produits sont de qualité maintiennent leurs prix élevés sur le marché de destination (en l'occurrence, la Suisse), lorsqu'ils deviennent plus compétitifs en raison d'une dépréciation de l'euro. Cette stratégie leur permet d'augmenter leur marge. Seuls les exportateurs de plus petite taille et moins productifs répercutent les avantages de change sur les commerçants suisses sous forme de prix à l'importation plus bas, afin d'augmenter leur part de marché en Suisse, voire de pénétrer sur le marché suisse. La raison de cette différence de stratégie tient au fait que les grandes entreprises exportatrices perçoivent moins l'élasticité-prix de la demande<sup>15</sup> que les petits exportateurs<sup>16</sup>. Pour les entreprises solides, qui proposent souvent des produits de marque réputés, il vaut donc la peine de maintenir élevés les prix à l'importation en Suisse en cas de dépréciation de l'euro.

En conclusion, on peut dire que, pour diverses raisons, les variations de change sont généralement transmises de manière incomplète et avec un certain retard aux consommateurs, et ce non seulement en Suisse, mais encore dans d'autres pays.

#### 6.4 Possibilités d'intervention des autorités en matière de concurrence

Les autorités en matière de concurrence doivent donc déterminer si elles devraient intervenir en cas de non-transmission des avantages de change, et à quelles conditions. En principe, elles ne peuvent intervenir sur les marchés que sur la base de la loi sur les cartels (LCart). En l'absence de faits relevant du droit des cartels, les autorités en matière de concurrence ne peuvent pas intervenir sur le marché. Dans le cas de la non-transmission des avantages de change, une telle non-transmission pourrait relever du droit des cartels si elle résulte d'un accord passé entre des acteurs du marché (art. 5 LCart) ou de pratiques illicites d'une entreprise ayant une position dominante (art. 7 LCart).

On pourrait par exemple imaginer que des concurrents se mettent d'accord pour ne pas répercuter sur les acheteurs ou les consommateurs les éventuels avantages de change. Un accord de ce type aurait pour conséquence la détermination directe ou indirecte de prix et entrerait dans le champ d'application de l'art. 5, al. 3, LCart. Si, sur certains marchés, il existe des éléments indiquant l'existence d'accords de ce type, les autorités en matière de concurrence n'hésiteraient pas à intervenir.

Un autre cas de figure qui relèverait du droit des cartels serait celui où, dans un système de distribution, les producteurs ou les fabricants étrangers et leurs distributeurs nationaux, par exemple, auraient convenu de ne pas transmettre les avantages de change, ce qui constituerait un accord vertical. Ce cas de figure relèverait potentiellement du champ d'application de l'art. 5, al. 4, LCart. Sous l'angle du droit des cartels, il serait particulièrement inquiétant que dans un marché donné, il existe en parallèle un grand nombre d'accords verticaux, puisque les acheteurs ou les consommateurs auraient alors toujours moins de possibilités d'effectuer leurs achats ailleurs. Il faut toutefois souligner qu'un accord de ce type n'est visé par le droit des cartels que dans la mesure où il ne s'agit pas de faits internes à une société. Le pro-

ducteur de vêtements international vendant ses produits dans ses propres magasins en Suisse, par exemple, est en principe libre d'appliquer les prix qu'il souhaite.

Il n'est toutefois pas certain qu'un accord vertical qui porte uniquement sur la non-transmission des avantages de change soit intéressant ou contrôlable par les parties à l'accord, et donc applicable, puisque plusieurs autres facteurs peuvent également influencer sur les prix. Il faudrait dès lors aussi s'entendre clairement sur les politiques de rabais et de promotions, pour s'assurer que les commerçants ne contournent pas l'accord. Par ailleurs, un accord de ce type ne pourrait porter ses fruits sur le marché que si les importations parallèles n'étaient pas ou difficilement possibles. Empêcher la répercussion des avantages de change par le biais d'un accord vertical supposerait donc un accord de portée nettement plus large, dont les effets seraient équivalents à une détermination des prix indirecte ou à une interdiction des importations parallèles. Selon l'art. 5, al. 4, LCart, ces pratiques sont présumées empêcher le libre jeu de la concurrence et sont la cible régulière des autorités en matière de concurrence. Le cas "BMW" est un exemple d'actualité. Les autorités en matière de concurrence examinent si les importations parallèles en Suisse de voitures neuves des marques BMW et MINI sont empêchées par l'attribution de territoires, illégale. Une attribution de territoires peut notamment se traduire par des prix domestiques globalement plus élevés qu'à l'étranger, sachant que dans le contexte actuel d'un euro faible, la non-transmission des avantages de change contribue certainement à créer des niveaux de prix domestiques (potentiellement) plus élevés.

Enfin, il n'est pas exclu non plus que, dans le cadre de la non-transmission des avantages de change, l'art. 7 LCart soit applicable (pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante), par exemple dans le cas de l'intégration verticale d'une entreprise (producteur/fabricant étranger ayant son propre réseau de distribution en Suisse) qui aurait une position dominante pour ses produits. Comme dans le cas d'un accord vertical, la question de l'existence de canaux d'importations parallèles constitue ici aussi un critère d'évaluation déterminant. Selon la liste des pratiques illicites visées à l'art. 7, al. 2, LCart, dans le cas de figure précité, on pourrait être en présence de discriminations de partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciales (art. 7, al. 2, let. b, LCart) ou du fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitablement (art. 7, al. 2, let. c, LCart).

<sup>15</sup> L'élasticité-prix de la demande indique la baisse de la demande en pourcent pour un bien donné, lorsque le prix du bien augmente d'un pourcent.

<sup>16</sup> Cf. N. BERMAN/P. MARTIN/T. MAYER, How Do Different Exporters React to Exchange Rate Changes? Theory, Empirics and Aggregate Implications, CEPR Discussion Paper 7493, 2009, disponible à l'adresse [www.cepr.org/pubs/dps/DP7493.asp](http://www.cepr.org/pubs/dps/DP7493.asp) [07.12.2010]; N. BERMAN/P. MARTIN/T. MAYER, Exporters (Good Ones) Don't Pass Through, VOX Column, 22.10.2009, disponible à l'adresse <http://www.voxeu.org/index.php?q=node/4111> [07.12.10]; A. MÜLLER, Starke Marken als Devisen, Handelszeitung, n° 48, 01.12.2010, p. 19; R. REGENASS, Die Drogeriekette Müller verlangt in der Schweiz bis zu 166 Prozent mehr, Tagesanzeiger en ligne, 4.12.2010, disponible à l'adresse <http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Die-Drogeriekette-Mueller-verlangt-in-der-Schweiz-bis-zu-166-Prozent-mehr-/story/16407703> [06.12.2010].

En tout état de cause, il ne faut pas oublier que, même lorsqu'une pratique donnée entrave partiellement la concurrence, les autorités en matière de concurrence sont tenues d'examiner les motifs d'efficacité économique. Il n'est pas exclu que certaines pratiques puissent se justifier pour des raisons de rentabilité, par exemple parce qu'elles permettent dans l'ensemble d'organiser les structures de distribution à moindre coût. Il faut par ailleurs signaler que, comme relevé plus haut, la problématique de la non-transmission des avantages de change tient principalement à des prix à l'importation rigides. En d'autres termes, c'est généralement une entreprise étrangère qui est à l'origine de la non-transmission des avantages de change. La Suisse ne disposant actuellement pas d'accords avec d'autres pays relatifs au droit de la concurrence, la marge de manœuvre des autorités en matière de concurrence est souvent restreinte sur les plans pratique et juridique.

### **6.5 Synthèse**

Les autorités en matière de concurrence peuvent intervenir dans le contexte de la non-transmission des avantages de change uniquement en présence de pratiques

relevant du droit des cartels. Comme nous l'avons montré, il existe une foule de raisons pour lesquelles les avantages de change ne sont pas transmis, ou alors partiellement, sans pour autant qu'elles puissent être mises en cause du point de vue du droit des cartels. Cependant, si les autorités en matière de concurrence disposent d'indices concrets sur l'existence de pratiques contraires au droit des cartels ayant des incidences sur l'économie, elles interviendront.

Il faut néanmoins être conscient que l'application stricte du droit des cartels ne constitue qu'un élément de la lutte contre la non-transmission des avantages de change. L'application du principe "Cassis de Dijon", la lutte contre les entraves techniques au commerce et une nouvelle étape de la libéralisation de l'agriculture et d'autres secteurs domestiques devraient également donner des impulsions positives. Les consommateurs et les commerçants ont eux aussi un rôle à jouer : en exploitant les possibilités d'arbitrage et en faisant des importations directes ou parallèles, ils peuvent contribuer dans une mesure considérable à exercer une pression sur le niveau des prix en Suisse.

A 1.

**3. Rapporto annuale 2010 della Commissione della concorrenza****1. Prefazione del presidente**

Il 1° luglio 2010 ho assunto la presidenza della Comco subentrando al prof. Walter A. Stoffel, che desidero ringraziare personalmente in questa sede per il grande impegno dimostrato. Il passaggio di consegne è avvenuto all'insegna della continuità, poiché per quanto riguarda gli obiettivi principali e le linee guida relative all'applicazione del diritto svizzero in materia di concorrenza non è cambiato nulla. Colgo pertanto l'occasione per ricordare in questa sede le priorità delle autorità della concorrenza.

Per quanto riguarda gli accordi in materia di concorrenza, le procedure si concentrano sulle forme più dannose di restrizioni orizzontali e verticali della concorrenza. Gli accordi orizzontali sono accordi tra concorrenti diretti sui prezzi, sulle quantità o sulla ripartizione territoriale del mercato e costituiscono la nostra massima priorità. Un'attenzione particolare viene riservata a una determinata forma di accordi, più precisamente gli accordi di appalto nel settore edile. Inoltre la Comco è determinata nel promuovere la notorietà e l'applicazione del "programma di clemenza", detto anche "sistema del bonus", ovvero la possibilità per un'impresa di autodenunciare la propria partecipazione a un cartello in cambio di un'esenzione dalle sanzioni. In materia di accordi verticali la priorità è riservata ai casi di isolamento del mercato svizzero provocati dagli ostacoli alle importazioni dirette e parallele.

Per quanto riguarda le pratiche di imprese che dominano il mercato, per la Comco è importante individuare quelle a carattere pilota. Inoltre è disposta ad imboccare la via della conciliazione con le imprese coinvolte, purché anch'esse siano propense a modificare il proprio comportamento futuro. In materia di fusioni di imprese, le autorità della concorrenza si concentrano su quelle che determinano, specificamente sul mercato svizzero, una diminuzione della concorrenza.

Per quanto riguarda il tema principale del rapporto di quest'anno, ci occupiamo del fatto che la crescente globalizzazione determina anche maggiori casi di cartelli internazionali. Il loro perseguimento in Svizzera potrebbe essere facilitato se le autorità della concorrenza del nostro Paese potessero collaborare meglio e più strettamente con le autorità omologhe dell'UE.

In appendice trattiamo inoltre un tema che nell'anno in rassegna è stato oggetto di molte richieste di informazioni presso la Segreteria e di discussioni con l'opinione pubblica, vale a dire l'aumento delle differenze di cambio tra il franco svizzero e l'euro o il dollaro americano. Le possibilità d'intervento in quest'ambito, da parte delle autorità della concorrenza, sono limitate perché il trasferimento dei vantaggi valutari segue determinati modelli economici che non sono influenzabili dalla politica della concorrenza.

La Comco e la Segreteria sono consapevoli dell'importanza fondamentale che la concorrenza esercita sia per l'economia svizzera sia per la competitività delle imprese e del nostro stesso Paese. Esse sono disposte a raggiungere, con delle "decisioni pilota" e un atteggiamento pragmatico, un effetto di vasta portata. Bisogna però tenere conto del fatto che l'attività delle autorità della concorrenza rappresenta un compito a lungo termine e che non mira a successi di breve durata.

**Prof. Vincent Martenet**

Presidente della Commissione della concorrenza

## 2. Principali decisioni della Comco

Qui di seguito sono elencate in ordine cronologico le principali decisioni prese dalla Comco nel 2010, le quali vengono trattate più in dettaglio nei singoli capitoli (cfr. 4.1 – 4.3).

Con la decisione del 25 gennaio 2010 la Comco ha emanato misure cautelari contro le **società di carte di credito**, disciplinando la futura definizione delle commissioni d'interscambio (le cosiddette *Interchange Fees*), il cui ammontare è stato oggetto di una conciliazione fino al 31 gennaio 2010. Gli adeguamenti hanno determinato una diminuzione di tali commissioni e di conseguenza anche un'armonizzazione alla media europea.

Il 16 aprile 2010 la Comco ha pubblicato una perizia sulla base dell'articolo 2 capoverso 7 LMI, secondo la quale per il **rinnovo della concessione** sulla produzione e il funzionamento di impianti di distribuzione elettrici deve essere indetto un concorso **pubblico d'appalto**. Una perizia analoga è stata pubblicata di lì a poco in merito alle concessioni del diritto di utenza di acqua, dal momento che sia i monopoli a livello giuridico sia quelli di fatto devono essere soggetti ai bandi di concorso pubblici.

Il 22 aprile 2010 la Comco ha vietato la concentrazione tra **France Télécom/Orange** e **Sunrise**. La nuova società avrebbe assunto una posizione dominante collettiva nel mercato della telefonia mobile insieme a Swiscom. Non essendoci altri ingressi sul mercato, queste due società non sarebbero state incentivate ad attaccare la posizione dell'altro concorrente mediante riduzioni tariffarie.

Il 10 maggio 2010 la Comco ha multato due produttori di **componenti per impianti sanitari, di riscaldamento e refrigerazione** perché avevano concordato l'importo e il momento in cui introdurre gli aumenti (cartello sui prezzi). Flamco AG ha ricevuto una multa di Fr. 169'000.-, mentre la Pneumatex AG avrebbe dovuto pagare una multa di circa 5,2 milioni di franchi, che le è però stata condonata essendo stata la prima impresa a denunciare alle autorità della concorrenza la partecipazione al cartello ("sistema del bonus"). La decisione della Comco è passata in giudicato mentre una procedura parallela nell'UE è invece ancora pendente.

Con la decisione del 28 giugno 2010, la Comco ha adeguato la Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali (**comunicazione riguardante gli accordi verticali**) alla propria prassi più recente e agli sviluppi nell'UE. Essa garantisce che in Svizzera, in materia di accordi verticali, continuano ad applicarsi le stesse norme vigenti nell'UE, consentendo così di evitare un isolamento dei mercati svizzeri.

Con la decisione del 18 ottobre 2010 la Comco ha sanzionato quattro imprese attive nel settore delle **ferramenta per finestre e portefinestre** con multe pari complessivamente a circa 7,6 milioni di franchi. Le imprese avevano concordato l'ammontare degli aumenti e il momento in cui introdurli, una pratica che è considerata un cartello sui prezzi. A un'impresa è stata condonata la multa poiché ha denunciato per prima alle autorità della concorrenza la propria partecipazione al cartello. Tre imprese hanno presentato ricorso contro la decisione

della Comco dinanzi al Tribunale amministrativo federale. Nell'UE è in corso una procedura parallela per una fattispecie analoga.

Il 29 novembre 2010 la Comco ha imposto alla ditta **SIX Multipay AG** una multa di circa 7 milioni di franchi per aver abusato della sua posizione dominante. SIX si era rifiutata di rivelare ad altri produttori di carte di pagamento le informazioni di interfaccia per una nuova funzione. Di conseguenza gli operatori che intendevano offrire questa funzione ai loro clienti potevano soltanto comprare i terminali della SIX, il che ha portato a una limitazione illecita di altri produttori di terminali. SIX ha presentato ricorso contro la decisione della Comco davanti al Tribunale amministrativo federale.

## 3. Ambito prioritario "lotta contro i cartelli internazionali"

La partecipazione ad accordi illeciti tra le imprese non conosce in genere l'ostacolo dei confini nazionali. La crescente globalizzazione e l'apertura dei mercati nazionali alle imprese estere fanno sì che i cartelli vengano organizzati anche sul piano internazionale e che siano presenti in diversi paesi o addirittura continenti.

Le autorità della concorrenza continuano a essere strutturate a livello nazionale. Non esiste un'autorità internazionale in materia dotata delle competenze del caso e che possa procedere contro i cartelli internazionali. Esistono diversi accordi di collaborazione multilaterali e bilaterali fra le autorità nazionali della concorrenza come quelli conclusi nell'ambito dello European Competition Network (ECN), tra l'UE e gli USA, tra l'UE e il Canada, ecc. A questo proposito vanno menzionate anche le reti informali come il Competition Committee all'interno dell'OCSE e l'International Competition Network (ICN) le quali, non avendo una base legale ufficiale, permettono più uno scambio di informazioni che non una cooperazione formale.

In Svizzera la situazione non è diversa: il nostro Paese è attivo sia nel Competition Committee dell'OCSE sia nell'ICN partecipando alle discussioni e allo scambio di informazioni. Tuttavia non ha stipulato accordi di cooperazione bilaterali o multilaterali per collaborare con altri Stati in materia di concorrenza. In mancanza di un accordo o di un'altra base legale non può quindi scambiare informazioni riservate con altre autorità nelle procedure contro i cartelli internazionali, né semplificare in tal modo le procedure stesse. A margine, va inoltre osservato che nel caso delle concentrazioni è possibile almeno un coordinamento in merito alla durata della procedura, poiché le imprese coinvolte danno solitamente il loro consenso alla concentrazione sotto forma di una lettera di rinuncia (letter of waiver).

La mancanza di una collaborazione internazionale, in particolare con i paesi limitrofi dell'UE, rischia di portare degli svantaggi nelle procedure delle autorità svizzere della concorrenza contro i cartelli internazionali. Soprattutto nei casi in cui la procedura si avvia con un'autodenuncia ("sistema del bonus"), e le imprese devono cooperare per tutta la durata della procedura, gli svantaggi derivanti dalla mancanza di una possibilità di collaborazione sono inferiori. Nelle quattro procedure seguenti (alcune pendenti, altre concluse) la Comco è

alle prese con cartelli internazionali. L'elenco è stilato in maniera cronologica in base alla data di avvio dell'inchiesta. In tutti e quattro i casi l'inchiesta è partita sulla base di un'autodenuncia ("sistema del bonus"), alla quale hanno fatto seguito delle perquisizioni. Anche la Commissione europea ha avviato contemporaneamente un'inchiesta su questi casi.

- Il 13 febbraio 2006 la Comco ha avviato un'inchiesta contro diverse compagnie aeree per accordi nel settore del trasporto aereo. Tali accordi riguardavano supplementi nell'ambito dei trasporti aerei di merci, ovvero i supplementi per il carburante, la sicurezza, il rischio bellico e lo sdoganamento. L'inchiesta in Svizzera è ancora pendente. L'UE ha concluso la sua inchiesta con la decisione del 9 novembre 2010 e una sanzione di 799 milioni di euro a carico delle imprese coinvolte.
- Il 18 luglio 2007 la Comco ha aperto un'inchiesta contro diverse imprese per accordi in materia di ferramenta per finestre e portefinestre. All'accordo oggetto dell'inchiesta hanno partecipato, oltre alle imprese attive a livello svizzero, anche delle società attive a livello internazionale. L'inchiesta si è conclusa il 18 ottobre 2010 con la decisione della Comco e una sanzione di circa 7,6 milioni di franchi. Tre imprese hanno presentato ricorso contro la decisione della Comco. La procedura avviata nell'UE è tuttora pendente.
- Il 10 ottobre 2007 la Comco ha avviato un'inchiesta contro l'associazione Spedlogswiss e diverse altre imprese internazionali di spedizione e logistica. Sussiste il sospetto di accordi illeciti nella definizione di supplementi, tasse e tariffe per i servizi di spedizione. Sia l'inchiesta svizzera sia la procedura in corso nell'UE non sono ancora concluse.
- Il 16 dicembre 2008 la Comco ha avviato un'inchiesta contro diverse imprese attive a livello internazionale nel settore dei componenti per impianti sanitari, di riscaldamento e refrigerazione (gestione delle risorse idriche). L'inchiesta si è conclusa il 10 maggio 2010 con la decisione della Comco e una sanzione di 169 000 franchi. La decisione della Comco è passata in giudicato, mentre la procedura avviata nell'UE è ancora pendente.

Delle quattro inchieste svizzere, due si sono concluse (ferramenta e gestione delle risorse idriche). In questi casi una cooperazione formale con la Commissione europea avrebbe avuto effetti positivi, semplificando ad esempio la procedura non solo in Svizzera, ma anche nell'UE. Da entrambe le inchieste sono emersi, come accertato dalla Segreteria della Comco, indizi e documenti probatori di accordi sui prezzi fissati e realizzati nell'UE. Probabilmente dall'inchiesta effettuata nell'UE sono emersi indizi e documenti probatori relativi ad accordi praticati in Svizzera. Lo scambio o la trasmissione di tali elementi avrebbe senza dubbio semplificato la procedura, determinando in alcuni casi anche un acceleramento della stessa. Inoltre, in una delle due procedure in Svizzera sono state presentate due autodenunce ("sistema del bonus"), mentre nell'UE ne è stata presentata soltanto una. La trasmissione della seconda autodenun-

cia, o almeno di alcuni elementi riguardanti la procedura dell'UE, avrebbe consentito all'UE di accorciare i tempi della procedura stessa.

In Svizzera sono ancora pendenti due inchieste (trasporto aereo e spedizioni), sebbene la procedura avviata nell'UE sul trasporto aereo sia già stata conclusa. Ci si può chiedere come mai le procedure svizzere durino così a lungo e perché non sia stato possibile concludere un caso in concomitanza con la Commissione europea. La spiegazione risiede soprattutto nella mancanza di possibilità di cooperazione con la Commissione europea. Le inchieste sul trasporto aereo e sui servizi di spedizione concernono infatti non solo le imprese attive sul piano internazionale, bensì anche fattispecie transfrontaliere. Nella maggior parte dei casi, in un paese piccolo come la Svizzera il carico aereo e la spedizione su strada vengono offerti ed effettuati tipicamente su base transfrontaliera. L'accordo bilaterale sul traffico aereo tra la Svizzera e l'UE prevede una clausola di cooperazione, ma è considerata una base legale insufficiente per lo scambio di informazioni tra le autorità svizzere e quelle europee in materia di concorrenza.

Sulla base del principio della territorialità, la portata della legge svizzera sui cartelli non oltrepassa tuttavia il confine svizzero. Ciò fa sì che in caso di una procedura concomitante davanti alla Commissione europea, in assenza di una collaborazione formale, l'autorità svizzera della concorrenza deve attendere la conclusione della procedura europea per sapere esattamente quale fattispecie è contemplata nel diritto comunitario e in che modo è sanzionata. Ad esempio nel caso di un trasporto aereo da Stoccolma a Zurigo è rilevante soltanto la tratta fino al confine svizzero e il breve tratto fino a Zurigo non lo è affatto? Oppure, nel caso di un trasporto su strada da Amburgo a Napoli è rilevante l'intera tratta oppure i 290 chilometri da Basilea a Chiasso non vengono considera-

ti? In mancanza di un accordo di cooperazione con l'UE, tali questioni procedurali di centrale importanza non possono essere discusse e stabilite né all'inizio né durante la procedura; non è nemmeno possibile coordinare i termini della stessa. In tali circostanze all'autorità svizzera della concorrenza resta soltanto l'alternativa di attendere la decisione dell'UE per poter definire nei dettagli la propria competenza e la fattispecie in esame. Ciò comporta inevitabilmente lunghe procedure di cui le imprese se ne lamentano.

Considerata la situazione, nel mese di agosto 2010 la Comco ha accolto molto positivamente l'approvazione, da parte del Consiglio federale, di un mandato negoziale in vista di un accordo con l'UE. La Comco è convinta che un accordo di cooperazione sia la prima tappa importante per fare in modo che il contributo della Svizzera nel perseguimento dei cartelli internazionali sia più influente. Sarebbe inoltre un modo per distanziarsi ulteriormente dalla vecchia immagine della Svizzera quale "Paese dai 1001 cartelli", per riprendere una definizione comparsa in una pubblicazione dell'OCSE all'inizio degli anni novanta, nonché un'ulteriore attestazione della credibilità della Svizzera, aumentata notevolmente negli ultimi anni, come partner affidabile nel perseguimento dei cartelli.



## 4. Attività nei vari ambiti economici

### 4.1 Servizi

#### 4.1.1 Sanità

Le autorità della concorrenza si sono dovute occupare nuovamente di questioni formali e materiali relative all'inchiesta conclusa nel 2009 sui farmaci fuori lista, ovvero sui prezzi di Levitra, Cialis e Viagra. Contro la decisione della Comco del 2 novembre 2009 sono stati presentati entro i termini cinque ricorsi, tre dei quali da parte delle ditte produttrici coinvolte nell'inchiesta e sanzionate con una multa pari complessivamente a 5,7 milioni di franchi. Dal punto di vista formale la Segreteria si è espressa in particolare sulle critiche concernenti l'obbligo di motivazione e la portata della prova. Dal punto di vista materiale sono risultati di centrale importanza la comparabilità della situazione giuridica nell'UE e i requisiti di definizione degli accordi secondo l'articolo 4 capoverso 1 LCart. Per il momento le procedure di ricorso sono sospese.

Inoltre, in relazione alla decisione sui farmaci fuori lista e su richiesta di una delle parti, la Segreteria aveva emanato una decisione per chiarire che alcuni passaggi controversi sottostavano al segreto aziendale. Essendo passata in giudicato, la decisione sui farmaci fuori lista è stata pubblicata.

La Direzione della sanità del Cantone di Zurigo si è rivolta all'inizio dell'anno alla Comco chiedendo una perizia sull'applicabilità della legge sui cartelli alle pianificazioni ospedaliere cantonali. La richiesta è sorta a seguito dell'entrata in vigore, il 1° gennaio 2009, delle nuove disposizioni della legge federale sull'assicurazione malattie nel settore del finanziamento ospedaliero, finalizzate tra l'altro a un'equiparazione degli ospedali in materia di remunerazione a prescindere dall'organo responsabile e, di conseguenza, a un rafforzamento della concorrenza nel settore della fornitura di prestazioni. Nella sua analisi la Comco è giunta alla conclusione che, secondo la competenza per la pianificazione ospedaliera attribuita ai Cantoni dalla Costituzione, la LCart non è applicabile alla pianificazione ospedaliera (DPC 2010/2, p. 424 segg.). La perizia ha invece fatto notare che nell'ambito della pianificazione ospedaliera si deve accordare grande importanza al rispetto dei principi della politica della concorrenza qualora si raggiungano gli obiettivi e gli sviluppi auspicati con la revisione del finanziamento ospedaliero. A questo proposito, la Segreteria è, su richiesta, a disposizione dei Cantoni.

Il 7 settembre 2010 la Segreteria ha aperto un'ampia inchiesta preliminare nella distribuzione dei farmaci in Svizzera, settore che nel 2005 era già stato oggetto di un'analisi di mercato. Alla Segreteria sono pervenute diverse segnalazioni relative a pratiche potenzialmente contrarie alla legge sui cartelli secondo gli articoli 5 e 7 LCart. Oggetto delle contestazioni sono i diversi livelli del processo di distribuzione. Le autorità della concorrenza si concentrano sul commercio all'ingrosso di farmaci e sulla Pharma Pre-Wholesale. L'inchiesta preliminare fornirà alla Segreteria un quadro dettagliato e aggiornato della distribuzione dei farmaci in Svizzera e mostrerà se sussistono effettivamente indizi di pratiche non conformi alla legge sui cartelli.

Un'altra inchiesta preliminare concerne le condizioni di mercato nel settore degli apparecchi acustici. Oltre a eventuali accordi orizzontali tra i produttori o tra i punti vendita (i rivenditori), l'inchiesta analizzerà anche eventuali accordi verticali tra i produttori di apparecchi acustici e i rivenditori.

#### 4.1.2 Servizi finanziari

##### *Carte di credito*

Nel luglio 2009 la Comco ha aperto di nuovo un'inchiesta sulle commissioni interbancarie di Visa e MasterCard (**Domestic Multilateral Interchange Fees, DMIF**), vale a dire sulle tasse versate dagli acquirer (istituti che svolgono attività di convenzionamento degli esercenti) agli issuer (istituti di emissione delle carte di credito). La questione da chiarire è se la definizione collettiva di Interchange Fees sia ancora da ritenersi giustificata. Inoltre va chiarito quali basi e metodi di calcolo possono essere applicati per la definizione di tali tasse.

Una prima inchiesta sulle Interchange Fees nei Card Committee si era conclusa nel dicembre 2005 con una conciliazione (testo I) tra issuer e acquirer (DPC 2006/1, p. 65 segg.): le DMIF furono legate ai costi obiettivi del sistema per gli issuer e per il metodo di calcolo fu scelto un approccio maggiormente orientato alla concorrenza.

Vista l'imminente scadenza di questo documento, la Segreteria ha effettuato uno studio d'impatto della decisione relativa alle carte di credito. Nel gennaio 2010 la Comco ha adottato, mediante delle misure cautelari, una soluzione transitoria nell'ambito di una nuova conciliazione (testo II) (DPC 2010/3, p. 473 segg.) La seconda conciliazione varrà per 3 anni oppure fino alla conclusione dell'inchiesta in corso. Per il periodo transitorio la DMIF continua a essere fissata in base ai costi sostenuti. Tuttavia, al fine di renderla più orientata alla concorrenza, alcuni adeguamenti nel modello di calcolo sono stati necessari. Tali adeguamenti hanno portato a una riduzione della DMIF e a un suo allineamento alla media europea. La società Jelmoli Bonus Card AG ha presentato ricorso contro la decisione della Comco davanti al Tribunale amministrativo federale, il quale non è entrato in materia (DPC 2010/3, p. 592 segg.).

##### *Carte di debito*

Nel marzo 2010 MasterCard Europe ha presentato alle autorità della concorrenza una notifica concernente l'introduzione di una **Domestic Fallback Interchange Fee (DFIF)** per tutte le transazioni effettuate in Svizzera con la nuova carta di debito "Debit MasterCard". Nell'aprile 2010 la Segreteria ha aperto un'inchiesta preliminare a questo proposito, associandola a quella già avviata nel 2009 su questa stessa tematica. La fusione delle due procedure è stata possibile perché in entrambi i casi si tratta di un'inchiesta preliminare sull'introduzione di una DFIF da parte della società MasterCard Europe. Diversamente da altri paesi europei, in Svizzera il sistema Maestro funziona tuttora senza commissioni d'interscambio.

Un'altra inchiesta preliminare ha analizzato se l'introduzione di varie **commissioni di acquiring** da parte di MasterCard rappresenti un accordo illecito o un

abuso di posizione dominante. A questo riguardo la Segreteria aveva respinto la richiesta di misure cautelari contro MasterCard avanzata da SIX Multipay AG, dall'Unione petrolifera e dalla VEZ (Associazione traffico pagamenti elettronici) per la mancanza di indizi concreti.

#### *Altre procedure*

Il 29 novembre 2010 la Comco ha inflitto a SIX Group AG una multa di circa 7 milioni di franchi dopo aver constatato che SIX Multipay AG aveva abusato della propria posizione dominante sul mercato nel settore dell'acquiring delle carte di credito e di debito per favorire i terminali della propria affiliata SIX Card Solutions AG. La funzione di **conversione automatica dell'importo d'acquisto nella valuta del cliente internazionale sul terminale dell'esercente** (Dynamic Currency Conversion, DCC) lanciata da SIX Multipay AG nel 2005 era disponibile solo sui terminali della consorella del gruppo, ma non su quelli di altri fornitori.

La procedura ha preso avvio dopo la segnalazione di un concorrente del settore, il quale lamentava il fatto che i propri terminali non fossero compatibili con la funzione DCC di SIX Multipay AG (già Telekurs Multipay AG) dal momento che gli erano state negate le informazioni di interfaccia di cui necessitava. A seguito di tale comportamento da parte di SIX Multipay AG, potevano offrire alla clientela la funzione DCC e beneficiare dei ricavi corrispondenti soltanto gli esercenti che disponevano di un terminale della consorella SIX Card Solutions AG.

La Comco ha ritenuto che tale comportamento di Multipay contenesse diverse fattispecie rilevanti per il diritto in materia di cartelli: rifiuto di relazioni commerciali ad altri fornitori di terminali, discriminazione, limitazione dello sviluppo tecnico e connessione tra l'acquiring, legato alla funzione DCC della Multipay e il terminale della Card Solutions.

L'infrazione alla legge sui cartelli non sussiste più dal dicembre 2006: già nel corso dell'inchiesta preliminare SIX Multipay ha messo a disposizione le informazioni d'interfaccia. La durata della procedura è dovuta al fatto che una questione di diritto procedurale andava chiarita dalla massima istanza giudiziaria (ripetizione di atti procedurali). La decisione della Comco contiene diversi elementi di riferimento: l'articolo 3 capoverso 2 LCart non viene interpretato come una riserva di applicazione; il meccanismo del *leveraging*, ovvero la trasmissione del potere di mercato dal mercato dominato a un altro viene illustrata e analizzata tenendo conto della letteratura economica e del contesto internazionale; si tratta la tematica della divulgazione delle informazioni di interfaccia da parte dell'impresa che domina il mercato così come le implicazioni di tale fornitura sugli impulsi all'investimento e all'innovazione delle imprese.

Nel 2010 la Segreteria ha dovuto esaminare un progetto notificato da tre banche, nello specifico UBS, CS e ZKB, concernente la costituzione di un'associazione al fine di consolidare i dati relativi alle transazioni di proprietà immobiliari in Svizzera (sulla base del numero di avviamento postale o del luogo e di altre informazioni concernenti la microzona, la superficie rurale, il volume abitativo ovvero la superficie netta, lo stato, la data e il prezzo di acquisto) attraverso un cosiddetto Data pooling Agent,

uniformarli a livello terminologico e infine armonizzarli. La creazione di tale **pool di dati immobiliari** consentirebbe alle banche fondatrici di ampliare la base di valutazione per le stime di immobili, migliorandone pertanto la qualità.

Stando ai dati delle banche fondatrici, il pool di dati è concepito per favorire la concorrenza nell'innovazione per quanto riguarda i metodi di valutazione, il perfezionamento della ricerca di immobili da parte dell'utente medio e, di conseguenza, migliorare le conoscenze del mercato per tutti gli interessati nonché limitare una parte delle perdite dovute a valutazioni sbagliate. Oltre ai membri dell'associazione, anche eventuali terzi interessati hanno accesso, a pagamento, ai dati consolidati e armonizzati e possono servirsene senza restrizioni per scopi interni ed esterni. Soltanto la trasmissione o la pubblicazione dei dati contenuti nel pool (o dell'intero pool) è vietata. La Segreteria ha deciso di non avviare una procedura, ma ha fatto notare alle banche fondatrici che l'associazione assumerà probabilmente una posizione dominante, pertanto è necessario accordare particolare attenzione allo sviluppo iniziale dell'associazione e alla creazione del pool in modo da evitare una discriminazione tra i partecipanti del mercato (ad es. nell'accesso al pool di dati).

Nell'ambito di un'inchiesta preliminare le autorità della concorrenza hanno valutato l'acquisizione del controllo congiunto della **ValFinance AG**, una filiale della Valiant Holding AG, da parte della Posta Svizzera e della Valiant Holding AG e la conseguente cooperazione a livello di prodotti tra la Posta Svizzera e la Banca Valiant nelle operazioni di credito. Non avendo la licenza bancaria, per operare sul mercato dei crediti la Posta (PostFinance) deve collaborare con una banca. Il progetto di fusione oggetto della notifica le consente di proseguire la sua attività sul mercato dei crediti e pertanto di porsi, in tale ambito, in concorrenza con le grandi banche, con le banche cantonali e con le banche Raiffeisen. Dall'inchiesta preliminare non sono emerse conseguenze preoccupanti in materia di diritto della concorrenza.

#### **4.1.3 Professioni liberali e servizi professionali**

Un'inchiesta contro l'Associazione svizzera dell'economia immobiliare (SVIT), sezione di Neuchâtel, concerne le raccomandazioni tariffarie all'attenzione dei suoi membri pubblicate su Internet per i mercati della **mediazione** e della **gestione immobiliare**. Lo scopo è quello di determinare gli eventuali effetti sui mercati di tali raccomandazioni nel Cantone di Neuchâtel nonché la loro eventuale influenza sui Cantoni limitrofi. Per procedere a un'analisi di questi effetti sono state interpellate numerose imprese nei Cantoni di Neuchâtel, Vaud, Friburgo e Berna. La procedura è attualmente in corso.

Anche nel settore delle raccomandazioni tariffarie la Segreteria ha condotto preventivamente un'inchiesta sull'attività dei **geometri** nel Cantone di Vaud. Tale attività è molto variata ed esistono numerosi documenti riguardanti il calcolo degli onorari o dei compensi, i quali vengono emanati in alcuni casi dalla Confederazione e in altri dai cantoni. È emerso che se esisteva la tendenza da parte dei geometri vodesi a far riferimento a quest'ultima tariffa, tale tendenza non poteva essere riconducibile a un accordo tra concorrenti, né poteva

costituire una pratica concordata; essa deriverebbe piuttosto dal comportamento del Cantone stesso, che obbliga i geometri ad applicare già in parte questa tariffa, inducendo quasi un comportamento generalizzato. Alle parti coinvolte, vale a dire il Cantone di Vaud e i geometri, è stato fatto notare questo fenomeno. La loro collaborazione è stata messa a frutto e sono state prese le misure necessarie per favorire la concorrenza a livello di onorari.

È stata condotta un'inchiesta preliminare nel settore dei **contratti di manutenzione degli ascensori** a seguito della denuncia di un'impresa straniera, secondo la quale i pezzi di ricambio sono troppo costosi per una società straniera attiva nel settore. La Segreteria ha deciso di chiudere la procedura senza seguito. È risultato infatti che il mercato degli ascensori ha subito una notevole evoluzione all'inizio degli anni 2000, con l'arrivo sul mercato di una nuova generazione di modelli. Questo nuovo tipo di prodotti, che presenta maggiori elementi elettronici e richiede sia materiale sia conoscenze specifiche, è più complicato ai fini della manutenzione. Questa evoluzione rende quindi più difficile l'esistenza di una manutenzione "terza", anche a causa di diverse scelte commerciali fatte dai fabbricanti di ascensori. Per il momento tuttavia, tenendo conto dello stato del parco ascensori in Svizzera, che comprende ancora numerosi modelli della generazione precedente, non esistono indizi di problemi di accesso al mercato per i terzi. Questa situazione potrebbe però cambiare in futuro. Per questa ragione i fabbricanti hanno segnalato l'esistenza di certi comportamenti che potrebbero originare ostacoli alla concorrenza.

Nel settore dell'**informatica**, la creazione di un'affiliata della società Switch, la Switchplus, ha determinato l'apertura di un'inchiesta preliminare. Vari fornitori di servizi Internet in Svizzera hanno lamentato il fatto che Switch, società incaricata di gestire i nomi dei domini che terminano in .li o .ch, favorirebbe la propria filiale, in particolare attraverso un sovvenzionamento incrociato, a scapito delle imprese concorrenti. In un primo tempo e seguendo la sua prassi, la Segreteria non si è occupata della questione, dal momento che le società concorrenti avevano già portato il caso davanti al giudice civile per gli stessi motivi. Dopo la decisione negativa di quest'ultimo, la Segreteria ha respinto una richiesta di misure temporanee richiamando l'attenzione sulla situazione della concorrenza nel mercato svizzero in generale.

## 4.2 Infrastruttura

### 4.2.1 Telecomunicazioni

Nel settore delle telecomunicazioni la Comco ha dovuto esaminare numerose concentrazioni di imprese, in particolare quelle di France Télécom/Sunrise, Sunrise/CVC e Swisscom/Groupe E.

La fusione **France Télécom/Sunrise** è stata oggetto di un'analisi approfondita poiché vi era motivo di temere la formazione o il rafforzamento di una posizione dominante in diversi mercati della telefonia mobile. La Comco è giunta alla conclusione che il progetto di concentrazione avrebbe portato a una posizione dominante collettiva della nuova impresa, in grado di sopprimere la concor-

renza efficace. Considerando tutti gli aspetti, il 22 aprile 2010 la Comco ha deciso di vietare tale fusione. Le due società hanno presentato ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale, ritirandolo tuttavia in un secondo momento.

Il progetto di concentrazione **Sunrise/CVC**, notificato alcuni mesi più tardi, è stato invece considerato innocuo in termini di diritto della concorrenza. Dall'inchiesta preliminare non sono emersi indizi di creazione o di rafforzamento di una posizione dominante sul mercato e l'acquisizione di Sunrise da parte della società d'investimento CVC è stata consentita. A seguito di questa concentrazione, sul mercato della telefonia mobile restano tuttora tre grandi fornitori di rete. Ciò garantisce una certa dinamica della concorrenza e lascia il mercato aperto alle innovazioni.

A fine novembre la Comco ha ricevuta la notifica di un progetto di fusione tra **Swisscom** e il **Groupe E**, che concerne lo sviluppo di una rete a fibre ottiche sul territorio del Cantone di Friburgo e la prevista costituzione di un'impresa comune. Nel corso di dicembre la Comco ha deciso, dopo aver condotto l'inchiesta preliminare, di sottoporre il progetto a un esame più approfondito che verrà effettuato nei primi quattro mesi del 2011.

Uno dei temi al centro dell'attenzione nell'ambito delle telecomunicazioni è stato quello delle **fibre ottiche**. La Segreteria ha proseguito la sua osservazione di questo mercato iniziata nel 2009. A fine estate sono pervenuti i primi annunci in virtù dell'articolo 49a capoverso 3 lettera a LCart. Le singole segnalazioni concernono lo sviluppo di una rete a fibre ottiche (Fibre to the Home, FttH) tra **Swisscom** e diversi cantoni o **città** della Svizzera. Tutti gli annunci avevano come oggetto singole clausole che le parti coinvolte ritengono in certi casi problematiche dal punto di vista della legislazione sui cartelli. A fine 2010 risultavano pendenti sei procedure di opposizione in quest'ambito, altre sono state annunciate da varie parti. Oltre a ciò, terzi hanno presentato diverse denunce contro alcune cooperazioni in questo settore. Nel corso del prossimo anno la Comco si occuperà in via prioritaria dello sviluppo e dell'ampliamento dell'infrastruttura in fibra ottica in Svizzera e dei relativi problemi in materia di diritto della concorrenza.

Inoltre, nel settore delle telecomunicazioni, il 2010 è stato caratterizzato dai lavori relativi a procedure di ricorso.

Con la decisione del 24 febbraio 2010 relativa alla causa **Swisscom Mobile (tariffe di terminazione della telefonia mobile)**, il Tribunale amministrativo federale ha corretto la decisione della Comco sul comportamento irregolare di Swisscom annullando la sanzione di 333 milioni di franchi. Contro la decisione della Comco sia il Dipartimento federale dell'economia sia Swisscom avevano presentato ricorso dinanzi al Tribunale federale; nell'ambito di questa procedura di ricorso ha avuto luogo un fitto scambio di corrispondenza. Inoltre, essendo questa procedura di ricorso ancora pendente, la Comco ha deciso di sospendere la procedura sulle **tariffe di terminazione della telefonia mobile II** fino alla decisione del Tribunale federale sulla causa Swisscom Mobile.

Anche per quanto riguarda la **politica dei prezzi per i servizi ADSL**, Swisscom ha presentato ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale contro la decisione della Comco del 19 ottobre 2009. Anche in questa procedura la COMCO si è espressa sulle richieste di Swisscom.

Infine è stato presentato ricorso contro due decisioni parziali della ComCom concernenti le **linee affittate**. Nel 2008 la Comco aveva redatto a questo proposito una perizia all'attenzione dell'UFCOM ed era stata pertanto esortata dal Tribunale amministrativo federale a presentare, in entrambi i casi e per ciascuna procedura, due rapporti su varie questioni specifiche.

#### 4.2.2 Media

Nel settore dei media sono state ammesse le fusioni **Axel Springer/Ringier** ed **Edipresse/Cuhat**. Le indagini effettuate nella fase dell'inchiesta preliminare non hanno fornito elementi secondo cui si creerebbe o rafforzerebbe una posizione dominante sul mercato.

Con la sentenza del 27 aprile 2010 il Tribunale amministrativo federale ha confermato in tutti i punti la decisione della Comco del 5 marzo 2007 riguardo alle **direttive dell'ASSP sugli indennizzi da versare alla aziende di intermediazione**. Publigroupe ha presentato ricorso contro questa sentenza dinanzi al Tribunale federale. La Comco si è dovuta esprimere sulle richieste di Publigroupe nell'ambito di uno scambio di corrispondenza.

Il 30 luglio 2010 la Segreteria ha avviato un'inchiesta preliminare sulla **politica dei prezzi dell'Agenzia telegrafica svizzera (ATS SA)**. Vi è motivo di ritenere che determinati clienti siano stati sfavoriti in termini di prezzo rispetto ad altri, in particolare rispetto alle grandi società di carta stampata.

Nel 2007 l'UFCOM ha bandito un concorso per **13 concessioni per la diffusione di programmi radiotelevisivi regionali in Svizzera**. L'assegnazione di concessioni a due emittenti radio regionali e ad un'emittente televisiva è stata oggetto di ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale. Quest'ultimo ha accolto i ricorsi, ha annullato la decisione e ha chiesto un nuovo esame della questione. In virtù dell'articolo 74 capoverso 2 della legge sulla radiotelevisione, per valutare la posizione sul mercato, l'UFCOM deve consultare la Comco. Pertanto nel corso dell'anno l'UFCOM e la Segreteria hanno collaborato in modo informale per preparare le perizie. Alla fine dell'anno, dopo aver ricevuto il primo mandato, la Comco ha iniziato la redazione della perizia.

L'inchiesta sui **prezzi dei libri nella Svizzera francese** è proseguita. Dal momento che si è tenuto conto dei dibattiti parlamentari su un'eventuale legge sul prezzo fisso dei libri, l'estensione dell'inchiesta ha subito un rallentamento. Ora tuttavia, in seguito al rinvio dei dibattiti, l'inchiesta prosegue come previsto. Tale legge introdurrebbe il prezzo fisso dei libri, che nel 2007 era stato considerato un accordo illecito in materia di concorrenza.

#### 4.2.3 Energia

Nel settore dell'energia la Segreteria ha condotto un'analisi di mercato sulle offerte per i **grandi clienti**, ormai prossima alla conclusione. A questo proposito ci si

è chiesti se tra le imprese di fornitura elettrica siano stati stipulati accordi a seguito dei quali i grandi clienti che hanno abbandonato l'approvvigionamento di base non ricevono offerte allettanti. Per chiarire tale questione è stato condotto un ampio sondaggio.

La Segreteria ha osservato l'acquisizione delle **prestazioni** sistemiche da parte di Swissgrid. Di centrale importanza era sapere se sussiste concorrenza al di sotto del tetto massimo introdotto da Swissgrid oppure se le offerte si avvicinano a tale limite massimo. In estate i tetti massimi sono stati quindi aboliti.

Inoltre la Segreteria partecipa ai lavori di **revisione** della legge sull'approvvigionamento elettrico all'interno del gruppo di lavoro "prestazioni sistemiche". Il gruppo di lavoro era incaricato di elaborare raccomandazioni sulle possibilità di ridurre ulteriormente i costi in tale ambito. In tale contesto è risultata di centrale importanza la questione se e in quale misura tale mercato debba essere regolato.

Dal 2007 la Svizzera conduce trattative con l'UE per un **accordo sull'energia elettrica**. In tale ambito la Segreteria ha partecipato all'elaborazione di un *draft paper* sugli elementi inerenti al diritto della concorrenza di un futuro accordo. Inoltre la Segreteria ha avuto la possibilità di esprimersi sulle disposizioni in materia di concorrenza nel progetto di tale accordo.

Infine la Comco ha realizzato una perizia in virtù dell'articolo 47 LCart all'attenzione del Tribunale amministrativo del Cantone di Berna sull'ammissibilità, in termini di diritto della concorrenza, di un contratto sulla fornitura di energia.

#### 4.2.4 Altri ambiti

La Comco ha sospeso l'inchiesta sull'**importazione di birra** dopo aver constatato che le importazioni parallele di determinate marche appartenenti ad Anheuser-Busch Inbev (ad es. Stella Artois) e a Grupo Modelo (ad es. Corona Extra) sono possibili e vengono effettuate. Gli indizi che avevano inizialmente lasciato supporre l'esistenza di ostacoli alle importazioni parallele di tali marche non hanno trovato conferma nel corso dell'inchiesta.

L'inchiesta preliminare relativa al **commercio di uova** è proseguita e si concluderà probabilmente nel primo trimestre del 2011. Siccome le informazioni non erano disponibili oppure lo erano solo con estremo ritardo, sono state emanate diverse decisioni in tal senso.

Per quanto riguarda i trasporti, all'inizio di dicembre è stato notificato il progetto di fusione **SBB/Hupac**. Le due società hanno annunciato la costituzione di un'impresa comune (SBB cargo International), incentrata sulla fornitura di vari servizi relativi al trasporto ferroviario di merci sull'asse Nord-Sud. Al termine dell'inchiesta preliminare, conclusasi nello stesso mese, la Comco ha deciso di non sottoporre il progetto a un esame più approfondito.

### 4.3 Mercati dei prodotti

#### 4.3.1 Revisione della Comunicazione riguardante gli accordi verticali

Il 28 giugno 2010 la Comco ha emanato la versione rivista della Comunicazione riguardante la valutazione

degli accordi verticali per poter così tenere conto della propria prassi più recente (decisioni "forbici e cesoie", "Gaba" e "medicamenti fuori lista") e degli ultimi sviluppi nel diritto della concorrenza nell'UE. Il 1° giugno 2010 l'UE aveva adeguato il suo quadro giuridico considerando, in particolare, la crescente importanza del potere di domanda delle grandi aziende di commercio al dettaglio e delle vendite on line. Con questa revisione la Comco conferma la sua volontà di continuare a procedere contro gli accordi verticali e garantisce che in questo modo si applicheranno anche in futuro le stesse regole vigenti nell'UE.

Le modifiche principali riguardano le regole per confutare la presunzione della soppressione della concorrenza efficace e per esaminare la rilevanza ("notabilità") degli accordi in materia di concorrenza. La Comunicazione sugli accordi verticali stabilisce ora che per confutare tale presunzione è determinante una valutazione complessiva del mercato, (vale a dire) se sul mercato esiste una sufficiente concorrenza intrabrand e interbrand o se la combinazione delle due porta a una concorrenza sufficientemente efficace. Il testo chiarisce inoltre che in presenza di accordi dalle gravi conseguenze, quali le imposizioni di prezzi di rivendita o la protezione territoriale assoluta, la rilevanza viene valutata in ogni singolo caso.

Le due novità centrali nelle disposizioni europee riguardo alla considerazione del potere della domanda e del commercio on-line trovano espressione nel testo svizzero della Comunicazione. Ora anche la quota di mercato dell'acquirente è rilevante nel momento in cui si valuta se un accordo è giustificabile per motivi di efficienza economica. Inoltre le vendite via Internet sono considerate in linea di massima "vendite passive"; ciò significa che, in linea di principio, a ogni rivenditore deve essere consentito il ricorso a tale strumento per la vendita dei propri prodotti.

La nuova versione della Comunicazione sui cartelli verticali chiarisce definitivamente quali circostanze danno adito all'esame di raccomandazioni di prezzo e in base a quali criteri la Comco deve valutare la loro ammissibilità. La valutazione giuridica delle raccomandazioni di prezzo avviene quindi allo stesso modo che nell'UE.

Considerando le quote di mercato degli acquirenti sui mercati di approvvigionamento, gli accordi verticali con acquirenti dall'elevato potere di mercato vengono ora valutati in modo più severo. La Comco ha previsto una regolamentazione transitoria fino al 31 luglio 2011, che consente alle imprese di adeguare le clausole contrattuali problematiche su cui incidono le nuove norme.

#### 4.3.2 Industria dei beni di consumo

Nell'anno in rassegna la Comco si è occupata a vari livelli del settore degli **elettrodomestici**: oltre a un'inchiesta sull'impedimento delle vendite via Internet, la Comco ha trattato anche un annuncio in virtù dell'articolo 49a capoverso 3 LCart (procedura di opposizione) e varie richieste di consulenza.

Nel settembre 2010 la Comco ha avviato un'inchiesta sull'impedimento della vendita di prodotti via Internet, dopo che Electrolux AG aveva vietato ai suoi rivenditori la vendita dei prodotti della propria marca tramite

Internet. A ciò si è aggiunto il fatto che nello stesso arco di tempo V-Zug AG aveva modificato più volte il proprio sistema di vendita, escludendo in un primo momento le vendite on-line e autorizzandole nuovamente in un secondo momento. L'inchiesta dovrebbe chiarire (per la prima volta) se l'impedimento della vendita di prodotti attraverso negozi on line rappresenta una violazione della LCart e stabilire, a prescindere dal settore specifico, criteri di riferimento per il commercio on-line.

La Segreteria ha risposto a varie richieste di consulenza da parte di produttori di elettrodomestici che hanno riguardato essenzialmente la questione dell'ammissibilità dei cosiddetti **sistemi di vendita** selettivi. Gli aspetti centrali sono stati l'elaborazione dei criteri di selezione in base ai quali i rivenditori sono ammessi nel sistema di vendita come pure le modalità con cui le vendite on-line possono essere limitate.

Nella primavera 2010 la Segreteria ha trattato richieste di consulenza relative alla logistica della distribuzione. In tutto il settore dovrebbe essere introdotto, a carico dei rivenditori, un cosiddetto **contributo alle spese di consegna** per la fornitura di quantitativi modesti (1-2 apparecchi) La Comco ha espresso alcune riserve secondo il diritto della concorrenza, pertanto l'annuncio è stato ritirato prima della scadenza del termine previsto per legge. I punti maggiormente criticati dalla Comco sono stati in particolare la necessità di una soluzione per l'intero settore e lo sviluppo dello strumento come tassa (e non ad es. come ribasso).

Nel maggio 2010 la Segreteria della Comco ha sottoposto al parere di circa 30 parti coinvolte nella procedura la propria proposta circa la causa **ASCOPA**. Oggetto dell'inchiesta sono i possibili accordi sui prezzi e sulle quantità a seguito di uno scambio di informazioni tra famosi produttori di prodotti cosmetici o di profumeria e i loro rivenditori. Dopo aver preso atto dei pareri delle parti coinvolte, la Segreteria ha deciso di compiere ulteriori indagini, che sono tuttora in corso. Al termine di tali indagini le parti riceveranno una nuova proposta sulla quale potranno esprimersi. Dopodiché essa verrà inviata alla Comco che deciderà in merito.

Nel marzo 2010 la Comco ha aperto un'inchiesta contro **Nikon AG** per probabile impedimento delle importazioni parallele dei propri prodotti e ha condotto una perquisizione. In base a una denuncia vi era motivo di sospettare che Nikon avesse ostacolato o impedito le importazioni parallele in Svizzera, un comportamento che potrebbe costituire un accordo illecito di protezione territoriale secondo l'articolo 5 capoverso 4 LCart.

Un'altra inchiesta ha riguardato la società **Roger Guenat S.A.**, sospettata di aver imposto i prezzi di rivendita e di aver ostacolato le importazioni parallele di prodotti per sport da montagna. Roger Guenat S.A. vende e rappresenta diverse marche, in parte come importatrice generale (specialmente delle marche Petzl, Beal e Entreprises), in parte come agente (Ortovox e Boreal). L'inchiesta è stata avviata a seguito di una denuncia e di una perquisizione; le indagini sono ancora in corso.

Da un'analisi di mercato sui prezzi delle **valigie con rotelle** di varie marche (in particolare Samsonite e Rimowa) è emerso che i modelli oggetto dell'analisi erano

offerti a prezzi pressoché identici dalla maggior parte dei rivenditori esaminati, in conformità principalmente alle raccomandazioni di prezzo dei produttori o degli importatori. Non è stato possibile dimostrare che il rispetto delle raccomandazioni di prezzo da parte dei rivenditori è riconducibile a una pratica illecita secondo il diritto sui cartelli. In ogni caso è emerso che spesso il carattere non vincolante delle stesse non era indicato in modo ben chiaro; le imprese coinvolte sono state quindi sollecitate a indicare espressamente che le loro raccomandazioni di prezzo non sono vincolanti.

### 4.3.3 Commercio al dettaglio

La Segreteria ha condotto **diverse analisi di mercato e colloqui informali** con gli operatori del mercato allo scopo di chiarire in particolare le questioni concernenti l'impedimento delle importazioni (parallele). Dalle indagini è emerso che queste ultime, anche in presenza di considerevoli differenze di prezzo rispetto all'estero, continuano a essere ostacolate da regolamentazioni statali, come nel caso della Nutrisse Crème di Garnier (cfr. sotto). Al tempo stesso le imprese cercano tuttavia di rendere tali importazioni meno interessanti ricorrendo a misure indirette come ad esempio negando la garanzia sulla merce importata. Sono stati oggetto di analisi di mercato anche il rispetto delle raccomandazioni di prezzo e l'accesso ai mercati di approvvigionamento e di sbocco. A questo proposito la Segreteria ha sottolineato il fatto che in base al principio della libertà contrattuale, né i discounter né altre imprese hanno diritto a ricevere determinati prodotti o formati di confezione finché il fornitore dei prodotti in questione non detiene una posizione dominante sul mercato.

L'analisi di mercato relativa a un colorante per capelli della marca L'Oréal ha fatto emergere che quest'ultima emana raccomandazioni di prezzo, ma non è stata confermata l'ipotesi che vengano attuate mediante incentivi o sanzioni. In Svizzera i prezzi di questo prodotto sono nettamente più elevati che in Germania; in linea di principio l'importazione parallela di coloranti per capelli da parte di un commerciante al dettaglio sarebbe possibile, ma poco attuabile a causa della norma di legge che prevede l'indicazione nelle tre lingue ufficiali delle istruzioni per l'uso e delle avvertenze nel caso di componenti pericolosi. Questa situazione dimostra che, nonostante l'introduzione del principio "Cassis de Dijon", l'importazione parallela di determinati beni continua a risultare difficile. L'autorità della concorrenza ha inoltre preso atto con scetticismo della presentazione di interventi parlamentari volti a ridimensionare tale principio, il che comporterebbe una riduzione del suo effetto benefico dal punto di vista della concorrenza.

Un'analisi di mercato sulla crema **Nivea** ha permesso di rilevare che in Svizzera i commercianti si sono attenuti in modo molto diverso alle raccomandazioni di prezzo della Beiersdorf Svizzera, in particolare, per le confezioni più grandi i prezzi sono spesso risultati inferiori rispetto alle raccomandazioni. In tal modo il consumatore sensibile alla tematica dei prezzi ha la possibilità di acquistare in Svizzera i prodotti Nivea a un prezzo equivalente a quello praticato nei paesi limitrofi.

Infine, per quanto riguarda l'analisi di mercato sulle lamette **Gillette**, la Segreteria ha constatato che nono-

stante le raccomandazioni di prezzo da parte di Procter & Gamble Svizzera, la concorrenza tra i commercianti al dettaglio in merito a questa marca (la cosiddetta concorrenza intrabrand) è sufficiente; le riduzioni di prezzo introdotte dai principali concorrenti di Migros dopo che quest'ultima aveva ridimensionato i propri prezzi nel novembre 2009 ne sono infatti una prova.

### 4.3.4 Edilizia

Con la decisione del 10 maggio 2010 la Comco ha concluso l'inchiesta sui componenti degli **impianti sanitari, di riscaldamento e refrigerazione** avviata diciassette mesi prima. L'inchiesta ha avuto inizio con una perquisizione a seguito dell'autodenuncia di una delle parti coinvolte nel cartello. Le indagini hanno confermato l'esistenza di diversi accordi sui prezzi dei vasi di espansione e dei prodotti correlati tra il 2006 e il 2008. Le imprese coinvolte si informavano a vicenda sugli imminenti aumenti di prezzo, adeguandoli mutualmente tra loro per quanto riguarda l'ammontare percentuale e il momento d'introduzione. Inoltre si scambiavano altre informazioni commerciali sensibili quali dati sul fatturato e varie liste dei prezzi. Nel periodo esaminato gli aumenti di prezzo sono stati concordati a ogni round di aumenti, il che ha portato a una maggiorazione della sanzione per la durata della pratica anticoncorrenziale. La Comco ha inflitto a un'impresa una multa di Fr. 169'000.-. L'impresa che si è autodenunciata per prima ha beneficiato di un bonus pari al 100 %, risparmiandosi così una sanzione di 5,2 milioni di franchi.

Le indagini avviate nel giugno 2009 sugli **accordi di appalto nel settore della costruzione stradale e del genio civile nei Cantoni di Zurigo e Argovia** sono proseguite come programmato. La valutazione dei documenti sequestrati e le informazioni fornite dalle imprese che collaborano hanno fornito indizi sulla partecipazione di altre imprese agli accordi. Per questo motivo nel mese di agosto 2010 l'inchiesta è stata estesa ad altre imprese del genio civile. Alla fine dell'anno le indagini erano nella fase conclusiva e la proposta verrà probabilmente presentata nel primo semestre del 2011.

L'inchiesta sulle **ferramenta per finestre e portefinestre** si è conclusa con la decisione del 18 ottobre. La Comco ha inflitto multe pari complessivamente a 7,6 milioni di franchi contro Siegenia-Aubi AG, SFS Unimarket AG, Paul Koch AG e Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG. La ditta Roto Frank AG, che si era autodenunciata, ha beneficiato di un'esenzione totale dalle sanzioni. Per ferramenta si intendono tutti gli elementi che collegano il battente e il telaio di una finestra e regolano la funzione di apertura e chiusura di finestre o portefinestre. Tali elementi sono necessari per la realizzazione di finestre e portefinestre pronte da montare. L'inchiesta ha confermato l'esistenza di accordi, che portavano sul momento e sull'ammontare degli aumenti dei prezzi in Svizzera nel 2007; tali accordi orizzontali sui prezzi rappresentano un'infrazione particolarmente grave alla legge sui cartelli.

Una procedura analoga relativa ai **componenti delle porte** quali maniglie, serrature, cerniere e simili è ancora pendente.

A seguito di una denuncia, la Segreteria della Comco ha avviato nel giugno 2010 un'inchiesta preliminare nel

settore degli apparecchi elettrici della marca Festool per appurare se la produttrice di attrezzi **Festool**, la Tooltechnic Systems (Svizzera) AG (TTS), impone ai propri rivenditori, attraverso pressioni o incentivi, il rispetto dei prezzi di rivendita raccomandati. Tale imposizione rappresenterebbe un accordo verticale sui prezzi. Dalle indagini della Segreteria, però, non sono emersi elementi sufficienti a suffragio di tale ipotesi.

### 4.3.5 Industria orologiera

Nel settembre 2009 la Comco ha avviato un'inchiesta contro la ditta **ETA Manufacture Horlogère Suisse SA**, un'affiliata del gruppo Swatch, per appurare un eventuale abuso di posizione dominante. L'ETA, di gran lunga la principale produttrice di movimenti meccanici in Svizzera, è sospettata di aver adeguato prezzi e condizioni in modo illecito nei confronti dei suoi partner commerciali. Per questo motivo la Segreteria ha effettuato indagini approfondite.

L'ETA era già stata oggetto, alcuni anni fa, di una procedura davanti alla Comco: nello specifico, questa ditta aveva annunciato l'intenzione di ridurre le forniture dei movimenti meccanici grezzi, vale a dire gli elementi non montati di un movimento meccanico, fino a sospenderle completamente. La procedura si è conclusa nel 2004 con una conciliazione, nella quale l'ETA si è assunta l'obbligo di continuare a rifornire i propri clienti fino alla fine del 2010. In prossimità della scadenza di tale regolamentazione non sono pervenute segnalazioni da parte dell'industria orologiera che avrebbero indotto la Comco a intervenire nuovamente.

Alla fine del 2009 il presidente del Consiglio d'amministrazione del **gruppo Swatch** ha annunciato alla stampa l'intenzione di ridurre o sospendere in futuro la fornitura di componenti per orologi a clienti terzi. A questo proposito nel 2010 sono avvenuti diversi contatti informali con il gruppo Swatch. L'avvio o meno della procedura formale dipenderà dal modo in cui Swatch intende attuare il progetto.

### 4.3.6 Settore automobilistico

Nel 2010 la Comco ha adeguato l'**opuscolo esplicativo relativo alla Comunicazione riguardante gli accordi verticali nel settore del commercio di autoveicoli**. La nuova versione tiene conto delle esperienze pratiche accumulate negli ultimi anni dalla Comco nella valutazione degli accordi verticali nel settore del commercio di autoveicoli e delle nuove norme in materia di concorrenza a livello europeo a partire dal 1° giugno 2010. Dal 27 maggio 2010 la Commissione europea dispone di un nuovo quadro giuridico in materia di concorrenza per il settore automobilistico. Di conseguenza la vendita di veicoli nuovi sarà soggetta alle disposizioni del regolamento generale di esenzione per categoria sugli accordi verticali; fino al 31 maggio 2013 è previsto un periodo transitorio durante il quale continuerà a essere applicato l'attuale regolamento di esenzione per categoria nel settore automobilistico (MVBBER). Per i mercati dei servizi di riparazione e di manutenzione nonché per la vendita dei pezzi di ricambio si applicano le disposizioni specifiche previste dal nuovo regolamento generale di esenzione per categoria di autoveicoli. In base a un'ampia intesa con i rappresentanti del settore automobilistico, la

Comco ha deciso di mantenere invariata, per il momento, la Comunicazione riguardante gli accordi verticali nel settore del commercio di autoveicoli. In vista delle modifiche che verranno introdotte a livello europeo a partire dal mese di giugno 2013, la Comco consulterà tempestivamente gli operatori del mercato e deciderà in quale misura tale Comunicazione dovrà essere mantenuta.

Nell'ottobre 2010 la Comco ha avviato un'inchiesta contro il **gruppo BMW**. La BMW AG (Monaco) e le società legate al gruppo potrebbero aver vietato la vendita di veicoli nuovi delle marche BMW e MINI provenienti dal SEE a clienti e rivenditori in Svizzera. Sono stati riscontrati elementi che lasciano supporre un isolamento territoriale illecito secondo il diritto in materia di concorrenza.

Nel 2010 la Segreteria ha ricevuto oltre 50 **richieste di informazioni o denunce** inerenti al settore automobilistico. Molte di esse riguardano la concessione di garanzie sui veicoli importati direttamente. In considerazione del forte apprezzamento del franco, le differenze di prezzo rispetto al mercato europeo e l'impulso ad acquistare un'automobile nei Paesi limitrofi sono sempre più forti. In tale contesto è importante che i clienti in Svizzera abbiano la possibilità di far valere il proprio diritto alla garanzia come previsto nella Comunicazione della Comco.

### 4.3.7 Agricoltura

Nell'agosto 2010 il settore Agricoltura è stato nuovamente incorporato nel servizio Mercati dei prodotti, al quale apparteneva originariamente in virtù della catena di creazione del valore. Avendo ricevuto nel 2010 numerose denunce da parte di singoli operatori del mercato agricolo, la Segreteria le ha esaminate nell'ambito di analisi di mercato. Da queste analisi non sono emerse limitazioni illecite della concorrenza. Nel **mercato dei fertilizzanti** è stata avviata un'analisi di mercato piuttosto ampia, i cui risultati saranno disponibili nei primi mesi del 2011.

Per la sua posizione dominante sul mercato del latte e della panna da consumo e del burro, **Emmi AG** ha dovuto notificare tre progetti di concentrazione. La prima, che riguardava l'acquisizione di Fromalp AG, lasciava intravedere un significativo incremento delle quote di mercato nel settore dei prodotti a base di formaggio fuso e in particolare della fondue già pronta. Un'analisi approfondita ha evidenziato che la concorrenza potenziale ha un effetto disciplinante sulle parti che intendono realizzare la fusione. Le altre due notifiche riguardavano i settori dello yogurt e del quark connessi all'acquisizione della marca Onken da parte del gruppo tedesco Dr. Oetker e, con l'acquisizione della Fromagerie Bettex S.A., il latte di capra da consumo, lo yogurt e il formaggio di capra. I progetti non sono stati giudicati problematici.

La Segreteria si è espressa su interventi parlamentari nell'ambito delle **consultazioni degli uffici**. Si è detta contraria alla mozione Aebi e ha fatto notare che la regolazione dei quantitativi di latte da parte dei produttori svizzeri di latte non consente di risolvere i problemi strutturali. Per quanto riguarda invece l'interpellanza Lumenigo, la Segreteria ha dichiarato che l'abolizione del monopolio del sale andrebbe supportata in termini di politica della concorrenza.

#### 4.4 Mercato interno

L'attività dell'unità Mercato interno si è svolta all'insegna di tre temi principali, il primo dei quali è stata la discussione, iniziata già l'anno precedente, sulla disposizione dell'articolo 2 capoverso 7 LMI, la quale sancisce **l'obbligo di far svolgere su concorso il trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli cantonali o comunali**. Tale discussione ha portato all'approvazione di due perizie concernenti il rinnovo delle concessioni del diritto di utenza e i contratti di concessione sulla produzione e il funzionamento di impianti di distribuzione elettrici, che hanno offerto alla Comco l'occasione di spiegare la portata dei termini di non facile interpretazione "monopolio" e "privati". Secondo la Comco, l'obbligo di effettuare un concorso pubblico vale non soltanto per il trasferimento dei monopoli di diritto, ma anche per quelli di fatto. Entrambe le perizie hanno suscitato forti discussioni, portando anche alla presentazione di una mozione (ancora pendente) da parte del Consiglio degli Stati, in cui si richiede che l'obbligo di messa a concorso per il settore idroelettrico e della distribuzione di corrente.

Un'altra priorità è stata la **regolazione del servizio di taxi**. Il grande numero di regolamentazioni, a volte molto divergenti, continua a causare restrizioni all'accesso al mercato ai tassisti stranieri. Alla luce di questo fatto, il centro di competenza ha sostenuto l'associazione *Taxisuisse* nei suoi tentativi di abbozzare un modello di regolamento, giuridicamente non vincolante, all'attenzione dei cantoni e dei comuni preposti alla regolamentazione di tali servizi, il quale stabilisce condizioni di accesso al mercato uguali per tutti e che lasciano spazio alla concorrenza. Inoltre, dopo il sanzionamento di un tassista fuori Cantone, la Comco ha presentato ricorso presso il Tribunale amministrativo del Cantone di Ginevra per far valere la garanzia del libero accesso al mercato dell'aeroporto di Ginevra.

Infine, nell'ambito dell'attuazione del piano di **lotta contro gli accordi di appalto** approvato nel 2008, l'unità Mercato interno ha organizzato cinque giornate di formazione alle quali hanno partecipato i rappresentanti di 11 enti aggiudicatori cantonali. I numerosi riscontri positivi hanno confermato l'utilità di questo strumento e l'esigenza di una maggiore collaborazione in questo ambito. Per il prossimo anno sono previsti altri corsi, soprattutto nei Cantoni di lingua francese.

Oltre a questi temi l'unità Mercato interno ha trattato anche quest'anno varie segnalazioni da parte di singoli cittadini e autorità. Per i singoli cittadini i problemi hanno riguardato principalmente l'applicazione del diritto al libero accesso al mercato, mentre per le autorità è risultata in primo piano la compatibilità con la LMI delle norme cantonali e comunali nonché la prassi amministrativa.

#### 4.5 Centro di competenza Indagini

Nel 2010 il centro di competenza Indagini ha contribuito all'organizzazione e allo svolgimento di varie perquisizioni che hanno reso necessaria la creazione di una squadra d'intervento, composta da collaboratori della Segreteria appositamente formati, da specialisti in informatica legale e da poliziotti. Inoltre, ha organizzato una formazione ad hoc per i capigruppo, la quale è stata

seguita con successo da diversi collaboratori della Segreteria.

Sempre nel corso di quest'anno, il Tribunale penale federale ha emesso una decisione importante sulla procedura di dissigillamento (cfr. DPC 2010/1, p. 226 e segg.). Infatti, nel quadro di una perquisizione condotta nel 2009, una delle imprese esaminate aveva richiesto l'apposizione di sigilli a una parte dei documenti sequestrati in quanto coperti dal segreto professionale del detentore e non pertinenti per la procedura in corso. Il Tribunale penale federale ha dato pienamente ragione alla Segreteria.

#### 4.6 Comunicazione

Nel 2010 le autorità della concorrenza hanno pubblicato 21 comunicati stampa e tenuto tre conferenze stampa; inoltre due casi hanno suscitato particolare interesse nei media. Il primo è stata la fusione (vietata) tra Orange e Sunrise: la decisione è stata resa nota in una conferenza stampa e per settimane è rimasta oggetto di discussioni mediatiche. Il secondo è stato il passaggio di consegne ai vertici della presidenza: a Walter A. Stoffel è subentrato Vincent Martenet. Al presidente uscente sono state chieste numerose interviste incentrate sul suo bilancio e sulla sua valutazione a posteriori, mentre nel caso di Martenet l'attenzione dei media si è focalizzata sulle sue priorità tematiche e sulle sue previsioni.

#### 4.7 Relazioni internazionali

**OCSE:** rappresentanti della Comco e della Segreteria hanno partecipato alle tre riunioni annuali del Comitato della concorrenza dell'OCSE a Parigi. In collaborazione con la SECO sono stati redatti ed esposti vari interventi. Tra i principali argomenti trattati si annoverano gli appalti pubblici e la cosiddetta *procedural fairness*. L'incontro di ottobre era dedicato alla *green growth*, un tema che rappresenta un aspetto importante tra le questioni ambientali ed energetiche del Comitato della concorrenza dell'OCSE.

**ICN:** in aprile una delegazione ha partecipato a Istanbul alla nona conferenza annuale dell'International Competition Network (ICN), la rete antitrust mondiale. In ottobre si è svolto a Yokohama il Cartel Workshop dell'ICN, nel corso del quale un rappresentante della Segreteria ha moderato una delle sessioni. Le autorità della concorrenza di tutto il mondo hanno discusso in tale occasione le opzioni per poter impiegare nel modo più efficiente le proprie risorse nell'identificazione, nell'accertamento e nel sanzionamento dei cartelli. Inoltre la Segreteria ha partecipato al Merger Workshop a Roma e all'Unilateral Conduct Workshop a Bruxelles, entrambi organizzati dall'ICN.

**UNCTAD:** la Conferenza di revisione relativa al codice di condotta UNCTAD sulle pratiche commerciali restrittive, che si tiene a cadenza quadriennale, ha avuto luogo in novembre a Ginevra. I principali argomenti trattati sono stati la verifica delle sanzioni, il contributo della politica della concorrenza alla promozione dello sviluppo economico e le esperienze con l'applicazione del codice e, soprattutto, la collaborazione tra le autorità in materia di concorrenza. Inoltre è stata discussa una versione rivista di una legge-modello sulla concorrenza. Nel quadro del programma COMPAL, il cui obiettivo è sviluppare e raf-



forzare le autorità della concorrenza in America latina, due stagisti dell'America latina sono stati accolti per tre mesi nel team della Segreteria.

**Progetto Vietnam:** all'inizio del 2008 è iniziato il progetto "Strengthening the Vietnamese Competition Authorities", il cui scopo è rafforzare e sostenere l'autorità vietnamita della concorrenza (VCAD) istituita nel 2006. La collaborazione bilaterale include lo svolgimento di workshop in Vietnam e il supporto a studi di mercato. I collaboratori della Segreteria fungono inoltre da esperti sul posto, soprattutto per l'elaborazione di linee guida su temi di rilevanza. Nel 2010 un collaboratore dell'autorità vietnamita ha svolto uno stage di tre mesi presso la Segreteria. Il progetto, finanziato dalla SECO, sarà concluso nel 2011.

**EU:** per lottare contro le limitazioni internazionali della concorrenza, il 18 agosto 2010 il Consiglio federale ha approvato un mandato negoziale per un accordo di cooperazione con l'UE nel settore della concorrenza. Esso dovrebbe consentire lo scambio di informazioni, incluse quelle confidenziali, tra le autorità della concorrenza svizzere e quelle dell'UE, che possono poi essere utilizzate nelle rispettive procedure. L'avvio dei negoziati è previsto per l'inizio del 2011.

**Contatti bilaterali:** nell'ambito dell'accordo con il Giappone si è tenuto un primo incontro con la *Japan Fair Trade Commission* a margine del Cartel Workshop dell'ICN tenutosi a Yokohama. Le relazioni bilaterali sono state curate con le autorità della concorrenza di vari Paesi quali Austria, Cina, Francia, Germania e Ucraina.

## 5. Organizzazione e statistica

### 5.1 Comco

Nel 2010 la Comco ha tenuto 14 sedute plenarie. Nell'anno in rassegna sono avvenuti i cambiamenti seguenti all'interno della Segreteria:

- al termine del suo mandato di dodici anni, il 30 giugno **Walter A. Stoffel** ha lasciato la carica di presidente ed è uscito dalla Comco;
- il 1° luglio 2010 il Consiglio federale ha nominato al suo posto all'ora vicepresidente **Vincent Martenet**;
- nel ruolo di quest'ultimo è subentrato, in data 1° novembre 2010 e sempre su nomina del Consiglio federale, **Martial Pasquier**, già membro della Comco;
- il 1° gennaio 2011 **Andreas Heinemann**, professore all'università di Zurigo, è entrato a far parte della Comco in qualità di membro.

La Comco esprime in questa sede il proprio riconoscimento a **Walter A. Stoffel** per il suo operato in qualità di membro e presidente della Comco.

Walter A. Stoffel è entrato a far parte della Comco il 1° luglio 1998. Avendo ricoperto il ruolo di professore all'Università di Friburgo e di giudice presso l'allora Commissione di ricorso in materia di concorrenza, è apparso il candidato ideale per questa carica. Grazie alla sua pluriennale esperienza in materia di diritto della concorrenza, è subito entrato come vicepresidente della

Comco e presidente della camera "Mercati dei prodotti". In tale funzione ha subito posto l'accento sull'applicazione pratica della legge sui cartelli; le priorità dei primi anni del suo mandato sono state la valutazione degli accordi verticali dal punto di vista della legislazione sui cartelli e la liberalizzazione del commercio automobilistico. Ciò ha portato nel 2002 al varo di due comunicazioni da parte della Comco, in cui si illustra in quale misura gli accordi verticali in generale e, nello specifico, nel settore automobilistico, sono giudicati limitazioni della concorrenza notevoli e ingiustificate. Entrambe le comunicazioni hanno contribuito molto alla sicurezza del diritto e all'applicazione trasparente della legge in questi ambiti, sia allora sia successivamente, nel quadro della discussione sui prezzi elevati in Svizzera.

Il 1° gennaio 2003 Walter A. Stoffel è stato nominato presidente della Comco. Nella nuova funzione è rimasto fedele alla sua linea, affermandosi come interlocutore affidabile e disponibile nei confronti di imprenditori, di avvocati e di altri ambienti interessati. Ha saputo rappresentare in modo obiettivo e leale persino punti di vista controversi, riuscendo spesso a farli valere. Nei suoi primi anni di presidenza è avvenuta la revisione della legge sui cartelli, entrata in vigore il 1° aprile 2004, la quale ha consentito alla Comco di sanzionare direttamente, attraverso multe, le violazioni gravi a tale legge. Al tempo stesso, con il "sistema del bonus", è stata creata per le imprese la possibilità di autodenunciare la propria partecipazione a un cartello in cambio di un'esenzione dalle sanzioni. L'attuazione di questi nuovi strumenti nelle procedure dinanzi alle autorità della concorrenza ha richiesto molto tatto e pazienza. Pazienza perché sono sorte numerose questioni procedurali del tutto nuove che andavano chiarite con precisione; tatto perché i nuovi strumenti dovevano essere attuati in misura tale che il loro utilizzo non apparisse arbitrario, finendo quindi per spaventare l'opinione pubblica. Questa sfida è stata risolta egregiamente da Walter A. Stoffel in collaborazione con la Segreteria e la Commissione. Sotto la sua presidenza la Comco ha concluso numerose procedure importanti, creando una prassi ben precisa nell'applicazione dell'apparato sanzionatorio. Inoltre, prima del termine del suo mandato, il Tribunale amministrativo federale ha confermato in due sentenze che la struttura istituzionale dell'autorità della concorrenza soddisfa i requisiti della CEDU.

Oltre alla gestione della Comco, alle decisioni e agli altri compiti previsti per il presidente della Comco, sono due le questioni che gli sono state particolarmente a cuore.

La prima è stata la creazione di una rete internazionale di contatti per l'autorità svizzera della concorrenza. Fin dall'inizio il suo obiettivo è stato di rendere l'autorità svizzera della concorrenza visibile sul palcoscenico internazionale e di giungere a una cooperazione formale. L'occasione del "palcoscenico" si è presentata a Walter A. Stoffel con l'organizzazione del congresso annuale dell'ICN nel 2009 a Zurigo, un evento che ha dato alla Svizzera e alla Comco molta visibilità a livello internazionale. Inoltre è stato per merito di Walter A. Stoffel che il Consiglio federale, dopo lunghe trattative preliminari nell'agosto 2010, poco dopo la fine del suo mandato, ha approvato un mandato formale di negoziazione per un

accordo di cooperazione tra la Svizzera e l'UE in materia di concorrenza.

In secondo luogo Walter A. Stoffel è stato un eccellente ambasciatore della Commissione della concorrenza e della sua attività. Nelle interviste radiotelevisive ha sempre saputo esporre in modo comprensibile per i media e per il pubblico questioni complesse legate alle decisioni della Comco. Le interviste dal vivo erano la sua "modalità preferita": è apparso in diverse trasmissioni a tema quali *Kassensturz*, *Rundschau*, *A bon entendeur*, ecc., e ha risposto a tutte le domande in modo paziente e con un linguaggio comprensibile. La perfetta padronanza di tre lingue nazionali (tedesco, francese, romancio) gli è stata in tal senso molto utile.

La Comco ringrazia Walter A. Stoffel per i suoi grandi meriti come membro, vicepresidente e presidente, per sette anni e mezzo, della Commissione della concorrenza. La Comco esprime a Walter Stoffel i migliori auguri per la continuazione della docenza all'Università di Friburgo e per il suo futuro personale.

## 5.2 Segreteria

Le basi per lo sviluppo dell'organizzazione sviluppate nel 2009 sono state attuate e integrate. Il tutto procede secondo l'iter previsto. La pianificazione, la gestione così come il controllo delle procedure e dell'impiego delle risorse sono stati migliorati portando persino, in alcuni casi, a una riduzione della durata delle procedure. A ciò si contrappone il fatto che vi sono minori risorse umane a disposizione; i programmi di risparmio hanno determinato la soppressione di un posto, mentre gli aumenti di stipendio annuali portano, considerando il personale "giovane" e un budget rimasto invariato, a una perdita annuale di 1,5 – 2 posti. In diverse procedure è stato necessario rivalutare le priorità; ciò significa che la Segreteria si è concentrata sui temi prioritari indicati dalla Comco (cfr. la prefazione del presidente) e anche in tale ambito si sono dovute sospendere alcune procedure o fasi di esse.

A fine 2010 la Segreteria aveva alle sue dipendenze 62 collaboratori (a tempo pieno e parziale) 40 % dei quali di sesso femminile, per un totale di 53,8 posti a tempo pieno (dati del 2009: rispettivamente 64, 45 %, 58,2). Il personale è ripartito nel modo seguente: 43 collaboratori scientifici (inclusa la direzione); vale a dire 37,9 posti a tempo pieno (nel 2009: 40,7), 7 stagisti in ambito scientifico (nel 2009: 9), 11 collaboratori del servizio Risorse e logistica pari a 8,9 posti a tempo pieno (nel 2009: 8,5).

## 5.3 Revisione parziale della LCart

Il 30 giugno 2010 il Consiglio federale ha avviato la **consultazione sulla revisione parziale della legge sui cartelli**<sup>1</sup>. In tale ambito la Comco ha espresso il suo parere, dichiarando che oggi le autorità svizzere della concorrenza funzionano in maniera fondamentalmente soddisfacente. Per quanto riguarda la **struttura istituzionale**, la Comco si è detta a favore di una separazione tra le mansioni legate alle inchieste e quelle legate alle decisioni. Essa ritiene tuttavia che questo obiettivo sia realizzabile in via provvisoria o anche permanente con il modello istituzionale attuale. La Comco si chiede pertanto se oggi sia opportuno cambiare completamente il sistema istituzionale. Nel caso in cui venga creata una

nuova autorità della concorrenza, la Comco reputa fondamentale la sua indipendenza. Il progetto di legge non lo garantisce però completamente, poiché il Consiglio federale eserciterebbe la vigilanza amministrativa sull'autorità della concorrenza e sulla sua gestione per (soli) quattro anni.

Per quanto riguarda gli **accordi verticali** la Comco dichiara che già oggi esamina nel singolo caso se l'accordo oggetto di esame sopprime la concorrenza efficace o la ostacola in modo considerevole. Inoltre la prassi della Comco in questo settore è molto simile a quella delle autorità europee. Si dichiara invece favorevole a una modernizzazione del **controllo delle concentrazioni** e preferisce la variante 1 proposta, in cui è previsto un test SIEC. In tal modo in Svizzera, nel caso di una concentrazione, verrebbero applicati gli stessi criteri di valutazione previsti nell'UE e nella maggior parte dei Paesi industrializzati. La Comco è favorevole alle misure proposte per migliorare la **procedura di opposizione**, al miglioramento della **collaborazione internazionale e al rafforzamento del diritto civile in materia di cartelli**.

<sup>1</sup> Cfr. <http://www.weko.admin.ch/aktuell/01024/index.html?lang=it>.

## 5.4 Statistica

Inchieste	2009	2010
eseguite nel corso dell'anno	20	20
riprese dall'anno precedente	16	14
di cui aperture	4	6
Decisioni finali	6	5
di cui conciliazioni	3	3
di cui ordini delle autorità	2	2
di cui sanzioni secondo l'art. 49a cpv. 1 LCart	5	3
Decisioni incidentali	n.a.	7
Misure cautelari	0	2
Procedure sanzionatorie secondo l'art. 50 e segg. LCart	0	0
Inchieste preliminari		
eseguite nel corso dell'anno	19	22
riprese dall'anno precedente	11	15
Aperture	8	7
Chiusure	7	13
di cui con apertura di un'inchiesta	1	3
di cui con adeguamento del comportamento	4	6
di cui senza seguito	2	4
Altre attività		
Annunci secondo l'art. 49a cpv. 3 lett. a LCart	12	13
Consulenze	35	56
Analisi di mercato concluse	87	105
Altre questioni	210	374
Concentrazioni		
Notifiche	26	34
Nessuna obiezione dopo l'esame preliminare	19	29
Esami approfonditi	5	1
Decisioni della Comco	4	1
dopo l'esame preliminare	1	0
dopo l'esame approfondito	3	1
Realizzazione anticipata	0	0
Procedure di ricorso		
Procedure di ricorso dinanzi al TAF e al TF	6	14
Sentenze del Tribunale amministrativo federale (TAF)	1	8
vinte dall'autorità della concorrenza	1	6
vinte solo in parte	0	1
Sentenze del Tribunale federale (TF)	0	0
vinte dall'autorità della concorrenza	0	0
vinte solo in parte	0	0
pendenti alla fine dell'anno (dinanzi al TAF e al TF)	5	9
Perizie, raccomandazioni, pareri, ecc.		
Perizie (art. 15 LCart)	2	0
Raccomandazioni (art. 45 LCart)	0	0
Pareri (art. 47 LCart o 11 LTC)	0	2
Monitoraggio	4	0
Comunicazioni (art. 6 LCart)	0	2
Preavvisi (art. 46 cpv. 1 LCart)	186	177
Consultazioni (art. 46 cpv. 2 LCart)	9	5
LMI		

---

Raccomandazioni / Indagini (art. 8 LMI)	0	0
Perizie (art. 10 cpv. 1 LMI)	0	2
Consulenze (Segreteria)	27	19
Ricorsi (art. 9 cpv. 2 <sup>bis</sup> LMI)	1	2

---

## 6. Appendice: problematica del trasferimento incompleto dei vantaggi valutari e possibilità di intervento secondo il diritto in materia di cartelli

### 6.1 Introduzione

Nel più recente passato le autorità della concorrenza hanno ricevuto sempre più richieste in cui si chiede come mai, a fronte della debolezza dell'euro, gli acquirenti e i consumatori non beneficiano, o almeno non completamente, dei vantaggi valutari sui prodotti importati. In altre parole, la debolezza dell'euro rispetto al franco svizzero rende meno costose le importazioni dalla zona euro e ciò dovrebbe ripercuotersi direttamente, secondo una percezione diffusa, sui prezzi nazionali dei beni importati. Ciò vale non soltanto per le importazioni dalla zona euro, bensì anche dagli Usa, poiché anche il dollaro statunitense ha subito ultimamente un forte deprezzamento rispetto al franco svizzero. Numerosi esempi, in particolare nel caso dell'industria dei beni di consumo, mostrano che spesso questo meccanismo non produce degli effetti oppure ne produce solo in parte. Il sospetto che il mancato trasferimento dei vantaggi valutari possa essere connesso con accordi o con altri comportamenti illeciti secondo la legislazione sui cartelli non è fuori luogo.

Le seguenti spiegazioni chiariscono per quali ragioni, in certe circostanze, i vantaggi valutari non vengono trasferiti subito o non completamente agli acquirenti/consumatori nazionali e quando la mancata concessione di tali vantaggi possa essere rilevante secondo la legislazione sui cartelli. In una prima fase si illustrano fatti empirici sul trasferimento delle variazioni dei tassi di cambio. In una seconda fase vengono elencati diversi argomenti, che possono spiegare il fenomeno osservato empiricamente dell'incompleto trasferimento dei vantaggi valutari ai consumatori. Infine i risultati emersi vengono valutati in base alla legge sui cartelli.

### 6.2 Fatti empirici

Esistono numerosi studi internazionali che esaminano a livello empirico la misura in cui le variazioni dei tassi di cambio si ripercuotono sui prezzi dei beni (il cosiddetto Exchange Rate Pass-Through)<sup>2</sup>. Le seguenti spiegazioni si basano in larga misura su uno studio della Banca nazionale svizzera (BNS), in cui viene effettuata un'analisi completa della problematica per la Svizzera<sup>3</sup>. Va notato tuttavia che, per quanto riguarda le conseguenze sui prezzi, nello studio menzionato non viene fatta una distinzione esplicita tra l'apprezzamento e il deprezzamento del franco svizzero.

Nella letteratura si considera il trasferimento delle variazioni dei cambi sia a livello dei prezzi all'importazione sia riguardo al conseguente trasferimento ai consumatori delle variazioni dei prezzi all'esportazione. Sussiste un'ampio consenso sul fatto che le variazioni dei tassi di cambio determinino dei cambiamenti dei prezzi all'importazione. Il trasferimento delle variazioni dei cambi non avviene però in modo completo. Sussiste un consenso generale anche sul fatto che questo trasferimento parziale avviene in modo relativamente veloce, tuttavia l'ammontare del trasferimento può variare da un paese all'altro. Secondo lo studio della BNS, la percen-

tuale a lungo termine di tale trasferimento ai prezzi all'importazione in Svizzera ammonta circa al 37 % mentre quella a breve termine circa al 35 %. Il trasferimento delle variazioni dei tassi di cambio in Svizzera corrisponde all'incirca a quello registrato in Europa o negli USA<sup>4</sup>.

E, inoltre, generalmente ammesso che le variazioni dei prezzi all'importazione vengano trasferite (in parte) ai consumatori. Anche in questo caso ci sono delle differenze tra un paese e l'altro; in Svizzera, sempre secondo lo studio della BNS, le variazioni dei prezzi all'importazione vengono trasferite quasi interamente ai prezzi per il consumatore dei beni importati. Di conseguenza si può concludere che il trasferimento complessivamente incompleto delle variazioni dei tassi di cambio ai prezzi per il consumatore sia riconducibile principalmente alla rigidità dei prezzi all'importazione.

Inoltre diversi studi dimostrano che dal 1990 il trasferimento delle variazioni dei tassi di cambio è diminuito in diversi paesi, tra cui anche in Svizzera<sup>5</sup>. Una possibile spiegazione è il fatto che in questo arco di tempo (intorno al 1990) numerose banche centrali hanno annunciato una politica di bassa inflazione. In un contesto di bassa inflazione le ditte tendono a trasferire in modo meno marcato le variazioni dei costi (quindi anche le variazioni dei tassi di cambio), poiché in tali periodi rinviare l'adeguamento delle liste di prezzi è meno dispendioso che non in tempi di inflazione elevata.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Cfr. ad es. J. MCCARTHY, Pass-Through of Exchange Rates and Import Prices to Domestic Inflation in some Industrialized Economies, BIS Working Papers, 1999, No. 79; J.M. CAMPA/L.S. GOLDBERG, Exchange Rate Pass-Through into Import Prices, Review of Economics and Statistics, 2005, 87(4), 679-690; oppure, per avere una buona sintesi: J. MENON, Exchange Rate Pass-Through, Journal of Economic Surveys, 1995, 9(2), 197-231.

<sup>3</sup> J. STULZ, Exchange Rate Pass-Through in Switzerland: Evidence from Vector Autoregressions, Swiss National Bank Economic Studies, 2007, No. 4.

<sup>4</sup> Cfr. ad es. P.K. GOLDBERG/M.M. KNETTER, Goods Prices and Exchange Rates: What have we Learned?, Journal of Economic Literature, 1997, 35(3), 1243-1272; E. HAHN, Pass-Through of External Shocks to Euro Area Inflation, European Central Bank Working Paper, 2003, No. 243. A questo proposito MCCARTHY (cit. nella nota 2) indica invece che in Svizzera tale trasferimento è alquanto modesto rispetto a quello di altri Paesi industrializzati, mentre CAMPA/GOLDBERG (cit. nella nota 2) ritiene che esso sia più elevato che non nella maggior parte dei Paesi dell'OCSE.

<sup>5</sup> Cfr. J.E. GAGNON/J. IHRIG, Monetary Policy and Exchange Rate Pass-Through, Board of Governors of the Federal Reserve System International Finance Discussion Papers, 2004, No. 704 (revised version); J. BAILLIU/E. FUJII, Exchange Rate Pass-Through and the Inflation Environment in Industrialized Countries: An Empirical Investigation, Bank of Canada Working Paper, 2004, No. 21; STULZ (cit. nella nota 3).

<sup>6</sup> I dati internazionali mostrano infatti che nei Paesi con un tasso d'inflazione mediamente basso i prezzi vengono adeguati più raramente che non nei Paesi ad alto tasso d'inflazione. Cfr. L. BALL/N. G. MANKIW/D. ROMER, The New Keynesian Economics and the Output-Inflation Tradeoff, Brookings Papers on Economic Activity, 1988, 1, 1-65.

Oltre alle inchieste empiriche, che si occupano direttamente del trasferimento delle variazioni del tasso di cambio, esistono numerosi studi che analizzano la frequenza degli adeguamenti di prezzo in generale. Tali studi dimostrano che i prezzi vengono solitamente fissati per un anno o per più tempo<sup>7</sup>.

### 6.3 Motivi del trasferimento incompleto dei vantaggi legati al tasso di cambio

Di seguito vengono discussi alcuni argomenti che potrebbero spiegare come mai in Svizzera le variazioni del tasso di cambio sono trasferite in modo incompleto sui prezzi al consumatore. La lista seguente contiene argomenti sia teorici che pratici, sui quali tuttavia non è stata espressa intenzionalmente alcuna valutazione. Essa inoltre non ha alcuna pretesa di esaustività; è concepita semmai per mostrare la complessità dei processi di adeguamento dei prezzi che spesso, per motivi comprensibili, vengono effettuati in ritardo o in modo incompleto:

- In molti rami economici il forte apprezzamento del franco determina riduzioni dei prezzi solo a partire da un certo periodo e soltanto se i vantaggi valutari perdurano a lungo. Questo accade in primo luogo perché l'importazione delle merci si fonda spesso su accordi contrattuali a lungo termine basati non sul tasso di cambio attuale, bensì su un tasso stabilito in precedenza. In secondo luogo l'acquisizione di merci all'estero avviene talvolta anche in franchi svizzeri. In terzo luogo alcune imprese si tutelano contro i rischi di cambio. In questi tre casi un cambiamento dei tassi di cambio non determina effetti immediati sui costi di acquisto. Infine le imprese cercano di esaurire le scorte acquistate in precedenza a prezzi più elevati prima di offrire le merci appena acquistate a prezzi più bassi.
- Nel caso di beni durevoli le liste di prezzi sono stabilite in anticipo e non vengono adeguate ai tassi del momento. Riduzioni di prezzo a breve termine possono essere concesse anche attraverso degli sconti: ad esempio nel 2010 i rivenditori di automobili svizzeri non hanno abbassato i prezzi, ma hanno reagito al forte apprezzamento del franco con il "bonus euro" o con iniziative analoghe.<sup>8</sup> Secondo i rappresentanti del settore, le riduzioni di prezzo a breve termine per le automobili nuove nel mercato delle occasioni portano a perdite di valore dell'ordine di miliardi: se uscissero nuove liste con prezzi più bassi, il parco autoveicoli svizzero ne risulterebbe fortemente svalutato. A loro avviso, se il valore si abbassa rapidamente, il consumatore perde interesse all'acquisto di un nuovo veicolo e di conseguenza il mercato subisce un crollo.<sup>9</sup> Nella letteratura economica il mancato adeguamento costante dei prezzi (delle liste) ai mutamenti dei costi viene attribuito in particolare all'esorietà dei costi di adeguamento e anche alla mancanza di informazioni sui futuri sviluppi del mercato: le imprese adeguano i loro prezzi in considerazione dei costi che ciò comporta solo una volta che le condizioni quadro sono cambiate e se dispongono di tutte le informazioni rilevanti del caso.<sup>10</sup>
- Inoltre i vantaggi valutari possono essere compensati da altri componenti dei costi per l'acquisizione

delle merci come ad esempio da shock esogeni quali gli aumenti dei prezzi delle materie prime e dell'energia. Le variazioni dei tassi di cambio possono innescare anche un processo di sostituzione dei fattori produttivi (input), il che contribuisce a ulteriori mutazioni nella struttura dei costi. La conseguenza è che la modifica dei costi di acquisto non deve corrispondere obbligatoriamente a una modifica del tasso di cambio.<sup>11</sup>

- Infine i modelli economici individuano alcuni fattori che influenzano la portata del trasferimento ai clienti delle variazioni del tasso di cambio: i vantaggi valutari si ripercuotono sui prezzi ai consumatori quanto più è bassa la concentrazione di mercato e quanto più rilevanti sono le importazioni.<sup>12</sup> Queste ultime sono indicatori di una significativa pressione concorrenziale e di un'apertura dei mercati. In questo senso altri studi economici dimostrano che i vantaggi valutari vengono tanto più trasferiti quanto meno un'industria è segmentata, vale a dire quanto più risulta aperta. In tali casi per le imprese è più difficile seguire una politica di differenziazione internazionale dei prezzi.<sup>13</sup> Inoltre il trasferimento dei vantaggi valutari è maggiore quanto più l'offerta o la domanda di importazioni reagisce alle variazioni dei tassi di cambio.<sup>14</sup> Tale connessione emerge anche da uno studio dell'*Institut de hautes études internationales et du développement* di Ginevra. Secondo tale studio, che analizza la reazione degli esportatori francesi al deprezzamento dell'euro, le ditte esportatrici più solide con un'elevata produttività o qualità dei prodotti mantengono alti i propri prezzi

<sup>7</sup> Cfr. ad es. A.S. BLINDER, *Why are Prices Sticky? Preliminary Results from an Interview Study*, American Economic Review Papers and Proceedings, 1991, 81, 89-100; A.K. KASHYAP, *Sticky Prices: New Evidence from Retail Catalogs*, The Quarterly Journal of Economics, 1995, 110(1), 245-274.

<sup>8</sup> Cfr. NZZ, Euro weich, *Importeure hart – Ruf nach Senkung der Autopreise*, 14.10.2010, Nr. 300, S. 65.

<sup>9</sup> Cfr. AUTO-SCHWEIZ, *Klarsicht*, Newsletter Oktober 2010, disponibile in tedesco all'indirizzo <http://www.auto-schweiz.ch/Klarsicht.html> [15.11.2010].

<sup>10</sup> Cfr. KASHYAP (cit. nella nota 7); O. J. BLANCHARD, "Wages, Prices and Inflation Stabilization," in: *Inflation, Debt and Indexation*, R. Dornbusch/M. H. Simonsen, eds., Cambridge, MIT Press, 1983.

<sup>11</sup> Cfr. A. GRON/D. L. SWENSON, *Cost Pass-Through in the U.S. Automobile Market*, The Review of Economics and Statistics, 2000, 82(2), 316-324. Gli autori mostrano che, considerando tali processi sostitutivi, aumenta la percentuale statistica stimata del trasferimento delle variazioni di cambio, tuttavia respingono anch'essi l'ipotesi di un trasferimento completo.

<sup>12</sup> Cfr. R. M. FEINBERG, *The Interaction of Foreign Exchange and Market Power Effects on German Domestic Prices*, Journal of Industrial Economics, 1986, 35(1): 61-70; R. M. FEINBERG, *The Effects of Foreign Exchange Movements on U.S. Domestic Prices*, Review of Economics and Statistics, 1989, 71(3), 505-511.

<sup>13</sup> Cfr. GOLDBERG/KNETTER (cit. nella nota 4).

<sup>14</sup> Cfr. J. MENON (cit. nella nota 2) che indica ulteriori motivi teorici del (mancato) trasferimento dei vantaggi valutari. Una buona sintesi è offerta anche da J. MCCARTHY (cit. nella nota 2).

all'estero (in questo caso: in Svizzera) se grazie al deprezzamento dell'euro possono diventare più competitivi. Questa strategia consente loro di aumentare i propri margini di guadagno. Soltanto gli esportatori più piccoli e meno produttivi trasferiscono i vantaggi valutari ai rivenditori svizzeri attraverso prezzi all'importazione più bassi, al fine di incrementare la propria quota di mercato nel nostro Paese o di entrare nel mercato svizzero. La diversità di queste strategie è dovuta al fatto che l'elasticità dei prezzi percepita dalla domanda<sup>15</sup> è inferiore per le ditte esportatrici più grandi che non per i piccoli esportatori<sup>16</sup>. Alle prime, che offrono spesso prodotti di note marche, conviene mantenere elevati i prezzi d'importazione in Svizzera in caso di deprezzamento dell'euro.

Riassumendo si può affermare che spesso e per svariate ragioni, non solo in Svizzera, le variazioni dei tassi di cambio si ripercuotono positivamente sui prezzi al consumatore soltanto in maniera incompleta o differita.

#### 6.4 Possibilità di intervento delle autorità in materia di concorrenza

In questo scenario ci si chiede se e a quali condizioni le autorità della concorrenza hanno la possibilità di intervenire in caso di mancato trasferimento ai consumatori dei vantaggi di cambio. In linea di massima le autorità della concorrenza possono intervenire sui mercati soltanto in base alla legge sui cartelli (LCart). Se non sussiste una fattispecie rilevante secondo tale legge, le autorità della concorrenza non hanno di conseguenza alcuna possibilità di azione. In caso di mancato trasferimento dei vantaggi di cambio potrebbe tuttavia sussistere una fattispecie rilevante secondo la legislazione in materia di cartelli qualora il mancato trasferimento fosse riconducibile a un accordo tra operatori del mercato (art. 5 LCart) o a una pratica illecita di un'impresa che domina il mercato (art. 7 LCart).

Sarebbe immaginabile ad esempio un accordo fra concorrenti a non trasferire agli acquirenti e ai consumatori eventuali vantaggi sul cambio. Un accordo del genere equivarrebbe però a una fissazione diretta o indiretta dei prezzi e pertanto ricadrebbe nella presunzione di soppressione della concorrenza di cui all'articolo 5 capoverso 3 LCart. Qualora in determinati mercati emergessero indizi di accordi analoghi, le autorità della concorrenza interverrebbero senza dubbio.

Un'altra fattispecie rilevante potrebbe presentarsi nel caso in cui in un sistema di vendita sussistesse un accordo verticale sul non trasferimento dei vantaggi di cambio ad esempio tra i produttori/fabbricanti esteri e i loro rivenditori nazionali. Un caso di questo genere potrebbe rientrare nella presunzione di soppressione della concorrenza di cui all'articolo 5 capoverso 4. Dal punto di vista della legislazione sui cartelli sarebbe preoccupante se in un determinato mercato venissero conclusi in concomitanza numerosi accordi verticali di questo genere, poiché gli acquirenti e/o i consumatori avrebbero poche alternative. Va tuttavia osservato che un simile accordo viene sanzionato in base alla legge sui cartelli unicamente se non si verifica all'interno di un gruppo. Ad esempio un produttore internazionale di abbigliamento è

libero nella definizione dei "suoi" prezzi se vende i suoi prodotti attraverso dei propri punti vendita in Svizzera.

Ci si chiede tuttavia se un accordo verticale che concerne soltanto il non trasferimento dei vantaggi di cambio sia sensato per i partner e/o sorvegliabile, quindi attuabile, dal momento che diversi altri fattori possono influenzare i prezzi. Nel quadro di un accordo del genere anche la politica degli sconti e delle promozioni dovrebbe essere disciplinata chiaramente per evitare che i rivenditori eludano l'accordo. Inoltre un simile accordo potrebbe essere attuato sul mercato soltanto se le importazioni parallele non fossero possibili oppure solo in minima parte. Impedire il trasferimento dei vantaggi di cambio sulla base di un accordo verticale presupporrebbe pertanto un accordo molto più ampio che, per i suoi effetti, equivarrebbe a un'imposizione dei prezzi di rivendita e/o a un divieto per le importazioni parallele. Queste fattispecie rientrano, secondo l'articolo 5 capoverso 4 LCart, nella presunzione di soppressione della concorrenza efficace e vengono regolarmente trattate dalle autorità della concorrenza, come lo dimostra il recente caso "BMW" nel quale si esamina se le importazioni parallele di veicoli nuovi delle marche BMW e MINI in Svizzera sono ostacolate dall'assegnazione illecita di zone di vendita. Quest'ultima può determinare come effetto prezzi generalmente più elevati rispetto all'estero, seppur nel contesto attuale di deprezzamento dell'euro. Anche il mancato trasferimento dei vantaggi di cambio potrebbe contribuire (eventualmente) in parte ad un livello nazionale dei prezzi più elevato.

Infine non è nemmeno escluso che in connessione con il mancato trasferimento dei vantaggi di cambio non possa essere applicato l'articolo 7 LCart (Pratiche illecite di imprese che dominano il mercato). ad es. quindi nel caso di un'impresa integrata verticalmente (produttore/fabbricante estero con produzione propria in Svizzera) che per i propri prodotti occupa una posizione dominante sul mercato. Analogamente a quanto avviene in presenza di un accordo verticale, anche in questo la possibilità di effettuare importazioni parallele potrebbe rappresentare un criterio di valutazione determinante. Secondo l'elenco di cui all'articolo 7 capoverso 2 LCart, delle pratiche illecite considerate, sono determinanti la discriminazione di partner commerciali in materia di prezzi o di altre condizioni commerciali (art. 7 cpv. 2 lett. b) o l'imposizione di prezzi inadeguati o di altre condizioni commerciali inadeguate (art. 7 cpv. 2 lett. c).

<sup>15</sup> L'elasticità dei prezzi indica di quale percentuale diminuisce la domanda di un bene quando il suo prezzo aumenta di un punto percentuale.

<sup>16</sup> Cfr. N. BERMAN/P. MARTIN/T. MAYER, How Do Different Exporters React to Exchange Rate Changes? Theory, Empirics and Aggregate Implications, CEPR Discussion Paper 7493, 2009, consultabile all'indirizzo [www.cepr.org/pubs/dps/DP7493.asp](http://www.cepr.org/pubs/dps/DP7493.asp) [07.12.2010]; N. BERMAN/P. MARTIN/T. MAYER, Exporters (Good Ones) Don't Pass Through, VOX Column, 22.10.2009, consultabile al sito <http://www.voxeu.org/index.php?q=node/4111> [07.12.10]; A. MÜLLER, Starke Marken als Devise, Handelszeitung, Nr. 48, 01.12.2010, S. 19; R. REGENASS, Die Drogeriekette Müller verlangt in der Schweiz bis zu 166 Prozent mehr, Tagesanzeiger Online, 4.12.2010, consultabile al sito <http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Die-Drogeriekette-Mueller-verlangt-in-der-Schweiz-bis-zu-166-Prozent-mehr-story/16407703> [06.12.2010].

Non va dimenticato inoltre che le autorità della concorrenza, sebbene una determinata pratica abbia ostacolato solo in parte la concorrenza, sono obbligate a esaminare i motivi di efficienza. Non è da escludere che certe pratiche possano essere giustificate da ragioni di efficienza economica perché ad esempio portano nel complesso a un'organizzazione meno onerosa delle strutture di distribuzione. Va inoltre fatto notare che, come indicato sopra, la problematica del mancato trasferimento dei vantaggi di cambio è riconducibile soprattutto alla rigidità dei prezzi all'importazione. Ciò significa che, nella maggior parte dei casi, all'origine del mancato trasferimento dei vantaggi di cambio potrebbe esserci un'impresa estera. Dal momento che per ora la Svizzera non ha stipulato accordi con altri paesi in materia di diritto della concorrenza, gli eventuali interventi delle autorità della concorrenza sono ostacolati in numerosi casi da severe restrizioni pratiche e giuridiche.

### **6.5 Conclusione**

Riassumendo, si può affermare che in relazione al mancato trasferimento dei vantaggi di cambio le autorità della concorrenza hanno la possibilità di intervenire sol-

tanto se sussiste una fattispecie rilevante secondo la legislazione in materia di cartelli. In effetti, esistono numerosi motivi per cui i vantaggi di cambio non vengono trasferiti affatto oppure solo in parte ai consumatori e molti di essi non hanno un legame diretto con la legislazione sui cartelli. Qualora vi siano indizi concreti di un comportamento illecito secondo tale legislazione e di rilevanza per l'economia, l'intervento delle autorità della concorrenza è comunque certo.

Va osservato tuttavia che l'applicazione coerente della legislazione in materia di cartelli rappresenta solo un punto di partenza nella lotta al mancato trasferimento dei vantaggi di cambio. In particolare si attendono impulsi in questo senso dall'attuazione del principio "Cassis de Dijon", dalla lotta agli ostacoli tecnici al commercio nonché da un'ulteriore liberalizzazione dell'agricoltura e di altri settori del mercato interno. Anche i consumatori e i rivenditori non possono essere esonerati completamente da quest'obbligo: essi possono contribuire notevolmente, sfruttando le possibilità di arbitraggio, vale a dire effettuando importazioni dirette e parallele, a esercitare pressioni sul livello dei prezzi in Svizzera.



A 1.

**4. Annual Report 2010 of the Competition Commission****1. Foreword from the President**

On 1 July 2010, I took over as President of the Competition Commission from Professor Walter A. Stoffel. I would like to use this opportunity to thank Professor Stoffel personally for his enormous commitment to this job. This change is very much a sign of continuity, for nothing has changed as far as the main goals and terms of reference in the application of Swiss competition law are concerned. I would therefore like to take the liberty of recalling the most important priorities for the competition authorities.

In the area of agreements affecting competition, proceedings concentrate on the most harmful forms of horizontal and vertical restraints of competition. In the case of horizontal agreements, these are price, quantity and territorial agreements between direct competitors. These are our top priority. Here special attention is paid to a specific form of horizontal agreement, namely bid rigging in the construction industry. In addition, the Competition Commission is endeavouring to raise awareness and thus encourage the use of the bonus programme, i.e. the opportunity to report a cartel voluntarily in return for relief from sanctions. As far as vertical agreements are concerned, the focus is on the foreclosure of the Swiss market by preventing parallel and direct imports.

In relation to the conduct of dominant undertakings, the Competition Commission aims to bring proceedings that give clear guidance on what practices are permitted. It is also prepared to seek amicable solutions in relation to future conduct with the undertakings concerned, provided those undertakings indicate a willingness to cooperate. In the case of concentrations of undertakings, the competition authorities focus on concentrations that may be detrimental to competition in the Swiss market specifically.

In the focus topic of this annual report, we examine the issue of the growth in international cartels that has resulted from increasing globalisation. Their pursuit in Switzerland could be made easier, especially if the Swiss competition authorities were able to cooperate more closely and more successfully with their EU counterparts.

In the Annex, we also deal with an issue that in the report year gave rise to a large number of enquiries to the Secretariat and a major public debate, namely the increasing strength of the Swiss franc against the Euro and the Dollar. As will be seen from the remarks made, the potential that the competition authority has to intervene is limited, because the pass-through of currency benefits follows specific economic patterns, and these cannot be influenced by competition policy.

The Competition Commission and its Secretariat are aware of the crucial importance of effective competition for Switzerland's national economy and for the competitiveness of Swiss businesses and Switzerland as a whole. They are eager to achieve a high degree of effectiveness by taking signal decisions and maintaining a pragmatic attitude. By their nature, however, the activities of the competition authorities are clearly a long-term project and the aim is not to achieve short term successes.

**Prof. Vincent Martenet**

President the Competition Commission

## 2. The Competition Commission's most significant decisions

The following paragraphs provide a chronological account of the most significant decisions taken by the Competition Commission in 2010. Further details of these decisions can be obtained in the reports on the individual fields of activity (see 4.1 to 4.3).

In a ruling dated 25 January 2010, the Competition Commission took precautionary measures against the **credit card companies**. It regulated the further fixing of what are termed interchange fees, the level of which was until 31 January 2010 subject to the terms of an amicable settlement. The adjustments led to a reduction in the interchange fees, bringing them approximately in line with the European average.

On 16 April 2010, the Competition Commission published an expert opinion based on Art. 2 para. 7 of the Internal Market Act, according to which the **renewal of the concession** for the construction and operation of electrical distribution stations has to be submitted to a public **bidding procedure**. A related expert opinion was issued shortly afterwards in connection with the award of water rights concessions, as not only legal, but also ad hoc monopolies must be subject to a public bidding process.

In 22 April 2010, the Competition Commission prohibited the planned concentration between **France Télécom/Orange** and **Sunrise**. The new company would, together with Swisscom, have assumed a collectively dominant position in the mobile telephony market. In the absence of new competitors entering the market, the companies would have had no incentive to challenge the position of competitors by means of price reductions.

On 10 May 2010, the Competition Commission fined two manufacturers of **components for heating, refrigeration and sanitary installations** due to agreements on the level and timing of price increases (a price cartel). Flamco AG was fined Fr. 169'000.-. Pneumatex AG would have received a fine of around Fr. 5,2 million. However, the fine was remitted as Pneumatex was the first company to report participation in the cartel to the competition authorities (report under the bonus system). The decision of the Competition Commission is now legally binding. Parallel proceedings in the EU are still pending.

In a decision dated 28 June 2010, the Competition Commission modified its notice on the competition law treatment of vertical agreements (the **Vertical Notice**) to bring it in line with the most recent case law and developments in the EU. As a result, it has ensured that the same rules continue to be applied in Switzerland in relation to vertical agreements as apply in the EU and that the foreclosure of the Swiss markets can be prevented.

In a ruling dated 18 October 2010, the Competition Commission fined four companies **supplying builders with windows and French doors**, the sanctions amounting to a total of around Fr. 7,6 million. The companies had agreed on the timing and level of increases in prices, which effectively made them a price cartel. In the case of one company, the fine was remitted as it was the first to report participation in the cartel to the compe-

tion authorities. Three companies have filed appeals against the decision of the Competition Commission with the Federal Administrative Court. In the EU, parallel proceedings based on comparable factual circumstances are pending.

On 29 November 2010, the Competition Commission fined **SIX Multipay AG** around Fr. 7 million for an abuse of its dominant position. SIX had refused to disclose the interface for a new function to other manufacturers of debit/credit card terminals. This led to a situation in which retailers who wanted to offer the function to their customers could only purchase the terminals offered by SIX, which amounted to the unlawful hindrance of other terminal manufacturers. SIX has appealed the decision of the Competition Commission to the Federal Administrative Court.

## 3. Focus on Combating International Cartels

Agreements affecting competition between undertakings generally show no respect for national borders. Increasing globalisation and the widespread opening of national markets to foreign businesses has led to a situation where cartels also organise themselves on a cross-border basis and may be active in several countries or even continents.

Competition authorities, however, are still organised on a national basis. There is no competition authority that operates internationally and is equipped with the powers that would enable it to take action against international cartels. There are various multilateral and bilateral cooperation agreements between national competition authorities, such as those in the European Competition Network (ECN), between the EU and the USA, the EU and Canada, etc. Loose networks such as the Competition Committee within the OECD or the International Competition Network (ICN) also exist, but as these are not based on binding legislation, they are more useful as a means of exchanging information than as a source of formal cooperation.

In Switzerland, the situation is not any different. Switzerland does participate actively in the OECD Competition Committee and in the ICN and takes part in the discussions and exchanges of information. It does not however maintain any bilateral or multilateral agreements on cooperation in competition matters with other states. In the absence of an agreement or of any other statutory basis, it is not possible for Switzerland either to exchange confidential information with other authorities in proceedings against international cartels and thus to simplify the proceedings wherever possible. It should be mentioned in passing that in proceedings relating to concentrations, a minimum of coordination in relation to the duration of the proceedings is possible, because the undertakings concerned normally give their written consent to this in the form of a waiver letter.

The lack of international cooperation – in particular with EU states surrounding Switzerland – can lead to disadvantages in the proceedings that the Swiss competition authorities bring against international cartels. Above all where the proceedings have been initiated through a report under the bonus system and the reporting company has to cooperate throughout the proceedings, few-

er disadvantages due to the lack of the possibility of cooperation may be expected. In the following four (some pending, some concluded) proceedings, the Competition Commission has had to deal with international cartels. The cases are listed chronologically according to the date on which the investigation was opened. In all four cases mentioned, this was preceded by a voluntary report (report under the bonus system) with a subsequent house search. The EU Commission in each case also opened a parallel investigation.

- On 13 February 2006, the Competition Commission opened an investigation into various airlines relating to agreements in the area of air freight. These agreements related to surcharges imposed on air freight shipments, such as fuel, security, war-risk and customs clearance surcharges. The investigation in Switzerland is still ongoing. The EU concluded its proceedings with a decision dated 9 November 2010 in which sanctions of EUR 799 million were imposed on the undertakings involved. Appeals against this decision are still pending.
- On 18 July 2007, the Competition Commission opened an investigation into various undertakings relating to agreements on supplying builders with windows and French doors. Companies active both solely in Switzerland and internationally were involved in the agreements under investigation. The investigation was concluded on 18 October 2010 with a ruling issued by the Competition Commission and the imposition of sanctions of around Fr. 7,6 million. Three companies have filed appeals against the Competition Commission's ruling. The proceedings in the EU are still ongoing.
- On 10 October 2007, the Competition Commission opened an investigation into the Spedlogswiss Association together with a variety of international transport and logistics companies suspected of entering into unlawful agreements on the fixing of surcharges, fees and tariffs for transport services. The investigation is still ongoing, as are the proceedings in the EU.
- On 16 December 2008, the Competition Commission opened an investigation into various international companies active in the production of components for heating, refrigeration and sanitary facilities (water management). The investigation was concluded on 10 May 2010 with a ruling from the Competition Commission and a sanction of Fr. 169'000.-. The Competition Commission's decision has now taken full legal effect. The proceedings in the EU are still ongoing.

Two of the four investigations (builders' supplies and water management) have been concluded in Switzerland. Formal cooperation with the EU Commission would have brought benefits that may have simplified the proceedings in Switzerland and in the EU. In both investigations, the facts of the case as ascertained by the Secretariat of the Competition Commission contained evidence of price-fixing agreements concluded and implemented in the EU. It is probable that evidence of the agreements implemented in Switzerland can be found in the EU proceedings. If evidence relating to the respec-

tive cases had been exchanged or pass on, this would no doubt have simplified the proceedings, and possibly led to their being concluded more quickly. In addition, in one of the two cases in Switzerland, two voluntary reports under the bonus system were received, while in the EU only one voluntary report was received. The passing on of the second voluntary report or at least of the parts of it that were relevant to the EU proceedings would also have allowed the EU to conclude its proceedings more quickly.

Two investigations are still ongoing in Switzerland (air freight and transport services), while the proceedings in the EU in the air freight case have been concluded. It is worth asking why the Swiss cases are taking so long and why it was not possible to conclude a case at the same time as the EU Commission did. The explanation for this lies above all in the lack of the possibility of cooperation with the EU Commission. The investigations in the air freight and transport services cases relate not only to international undertakings, but also to cross-border activities. Air freight and road transport in a small country like Switzerland are by their nature to a large extent cross-border matters. Although a cooperation clause is included in the bilateral air traffic agreement between Switzerland and the EU, this is regarded as an inadequate statutory basis for an exchange of information between the Swiss and the European competition authorities.

The Swiss Cartel Act ceases to apply at the Swiss border due to the principle of territoriality. This is linked to the further difficulty that where there are parallel proceedings before the EU Commission, without formal cooperation the Swiss competition authority is not aware until the conclusion of the proceedings exactly what factual issues the EU is applying the law to and punishing with sanctions. For example, in the case of an air freight flight from Stockholm to Zurich, is it only the stretch as far as the Swiss border that is relevant and the small stretch from there to Zurich is not? Where freight is transported by road from Hamburg to Naples is the entire route relevant or are the 290 kilometres from Basel to Chiasso not taken into consideration?

Without cooperation agreements with the EU, these key procedural issues cannot be discussed and decided on at the outset or in the course of the proceedings. Nor is any coordination of the procedural deadlines possible. In these circumstances, the only option for the Swiss competition authority remains to wait for the decision to be made by the EU in order to be able to ascertain precisely the extent of its own jurisdiction and of the factual issues to be investigated. This inevitably leads to lengthy proceedings, which is unsatisfactory for the undertakings concerned.

In view of this, the Competition Commission very much welcomed the decision of the Federal Council in August 2010 to approve a mandate to negotiate an agreement with the EU. The Competition Commission is convinced that a cooperation agreement will herald an important phase in the process by which Switzerland will come to make a more important contribution to the prosecution of international cartels. It would also be a further step away from the former image of Switzerland as the "land of the

1001 cartels", an epithet it was awarded in an OECD publication at the start of the 1990s. It would also be further evidence of Switzerland's credibility as a reliable partner in the prosecution of cartels, which has increased considerably in recent years.

#### 4. Activities in Individual Fields

##### 4.1 Services

###### 4.1.1 Health

The competition authorities once again had to tackle issues of procedure and substance in connection with the investigation concluded in 2009 into "off-list medicines: prices of Levitra, Cialis and Viagra". Five appeals were filed within the relevant deadline against the Competition Commission ruling issued on 2 November 2009, including those from the three manufacturers involved in the investigation, which had received sanctions totalling Fr 5,7 million. In procedural terms, the Secretariat responded in particular to objections relating to the duty to state reasons and the standard of proof. In terms of substantive law, the key issues were the comparable legal position in the EU and the requirements constituting an unlawful agreement in accordance with Article 4 paragraph 1 CartA. The appeal proceedings are currently suspended.

In addition, at request of a party, the Secretariat was required to issue a further ruling in connection with the off-list ruling, which declared certain contested passages to be subject to trade secrecy. Only when this additional ruling came into effect, did it become possible to publish the ruling in the off-list case.

At the beginning of year, the Public Health Directorate of the Canton of Zurich submitted a request to the Competition Commission for an expert opinion on the scope of application of the Cartel Act in relation to cantonal hospital planning. The impetus for the request were the revised provisions of the Federal Act on Health Insurance relating to hospital funding, which came into force on 1 January 2009 and which have the aim inter alia of conferring equal status on officially listed hospitals in relation to the indemnification system irrespective of whom they are funded by, thus increasing competition in the provision of services. The Competition Commission came to the conclusion in its analysis that in accordance with the cantons' relevant constitutional powers, the CartA did not apply to hospital planning (RPW 2010/2, p. 424 et seq.). However, the expert opinion pointed out that it is very important to comply with competition policy principles in relation to hospital planning if the developments and goals envisaged in the reform of the hospital funding are to be achieved. The Secretariat is keen to provide support to the cantons in this connection if requested.

On 7 September 2010, the Secretariat opened a broad-based preliminary investigation into the sale of medicines in Switzerland, a matter which had already been the subject of market monitoring in 2005. The Secretariat has received various indications of possible conduct contrary to competition law in accordance with Art. 5 and 7 CartA. The accusations relate to various levels of the distribution process. The competition authorities are focusing on pharmaceutical wholesalers and the pharmaceutical pre-wholesale industry. The preliminary in-

vestigation will provide the Secretariat with a detailed and up-to-date picture of the sale of medicines in Switzerland and effectively indicate whether there is evidence of conduct in breach of competition law.

A further preliminary investigation is being conducted into conditions in the market for hearing aids. The subject of inquiries, in addition to possible horizontal agreements at the level of manufacturers of hearing aids or at the level of the sales agents (known as hearing aid audiologists), are any vertical agreements between hearing aid manufacturers and audiologists.

###### 4.1.2 Financial services

###### *Credit cards*

In July 2009, the Competition Commission once again opened an investigation into the **Domestic Multilateral Interchange Fees (DMIF)** charged by Visa and MasterCard. Interchange fees are fees paid by acquirers (who enter into credit card acceptance agreements with dealers) to the issuers (which issue the credit cards). The aim is to clarify whether the collective fixing of interchange fees can still be regarded as justified. In addition, it is intended to determine which calculation principles and methods may be used to fix these fees.

An initial investigation into interchange fees among the credit card bodies was completed in December 2005 by means of an amicable settlement (CRO I) with the issuers and the acquirers (RPW 2006/1, p. 65 et seq.). In terms of the settlement, the DMIF was tied to the issuer's objective network costs and a competitive approach was taken to the calculation method.

In view of the imminent expiry of CRO I, the Secretariat made an analysis of the effectiveness of the credit card decision. In January 2010, the Competition Commission took precautionary measures to reach a transitional solution as part of a new amicable settlement (CRO II) (RPW 2010/3, p. 473 et seq.). CRO II applies for 3 years or until the conclusion of the ongoing investigation. In the transitional period, the DMIF will continue to be fixed on the basis of a cost-based procedure, with certain adjustments being made to the calculation model in order to bolster the competitive approach to determining the DMIF. These adjustments have led to a reduction in the DMIF and brought it in line with the European average. Jelvoli Bonus Card AG appealed to the Federal Administrative Court against the Competition Commission's ruling. The court dismissed the appeal (RPW 2010/3, p. 592 et seq.).

###### *Debit cards*

In March 2010, MasterCard Europe filed a report with the competition authorities. The subject was the introduction of a **Domestic Fallback Interchange Fee (DFIF)** for all domestic transactions carried out in the Swiss market using the newly introduced "Debit MasterCard". The Secretariat opened a preliminary investigation into the matter in April 2010 and joined this with preliminary investigation relating to the Maestro debit card already opened in 2009. The joinder of proceedings was possible because both preliminary examinations related to the introduction of a DFIF by MasterCard Europe. In contrast to other European countries, the Maes-

tro system in Switzerland still operates without an interchange fee.

A further preliminary investigation tackled the question of whether the introduction of various **acquisition fees** by MasterCard constitutes an unlawful agreement affecting competition or the abuse of a dominant position. In this connection, the Secretariat rejected the applications made by SIX Multipay AG, the Swiss Petroleum Association and the Electronic Payments Association for precautionary measures to be ordered against MasterCard due to a lack of specific evidence.

#### *Further proceedings*

On 29 November 2010, the Competition Commission imposed a fine of around Fr. 7 million on the SIX Group AG. The Competition Commission established that SIX Multipay AG had abused its dominant position in relation to the acquiring of credit and debit cards in order to give preference to the debit/credit card terminals of its sister company SIX Card Solutions AG. The system of **foreign currency conversion at the card terminal** of the dealer, which was launched by SIX Multipay AG in 2005 (Dynamic Currency Conversion, DCC), was only available at the terminals of its affiliated company, but not at those of other terminal providers.

The proceedings were triggered by a report received from a terminal provider, which complained that its terminals were not compatible with the DCC function offered by Multipay AG (earlier Telekurs Multipay AG), as SIX Multipay had refused to provide it with the required interface information. This refusal on the part of SIX Multipay AG had led to a situation in which its dealers could only offer the DCC function to their customers and benefit from the related revenues if they had a terminal produced by the sister company to SIX Card Solutions AG.

In the view of the Competition Commission, Multipay's conduct resulted in a number of breaches of competition law: refusal to deal with the other terminal providers, discrimination, restrictions on technical development and the tying of acquiring to the Multipay DCC function and the Card Solutions terminal.

The breach of competition law ceased in December 2006: as early as the preliminary investigation proceedings, SIX Multipay disclosed the interface information. The lengthy duration of the proceedings is explained by the fact that a procedural issue (repetition of procedural acts) had to be ruled on by the Supreme Court. The decision of the Competition Commission contains a variety of authoritative elements: the interpretation of Art. 3 para. 2 CartA is brought up to date and not regarded as a reservation of application; the "leveraging" mechanism, i.e. the transfer of market power from the dominated market to another market is described and analysed taking account of the economic literature and of the international context; the issue of the disclosure of interface information by dominant undertakings and the implications of such disclosure on incentives for investment and innovation in the company concerned are examined.

In 2010, the Secretariat was required to review a plan reported by the three banks UBS, Credit Swiss and Zürcher Kantonalbank. This related to setting up an asso-

ciation with the aim of compiling data on transactions relating to privately owned homes in Switzerland (based on postcodes or locations, and also based on micro-location, land area, room volume and/or net area, condition, date of purchase and purchase price) by a data pooling agent, standardising the data terminologically and thereafter harmonising it. By creating this **real estate data pool**, the founder banks aim to enlarge the basis for valuing real estate in Switzerland and thus to improve the accuracy of such valuations. In specific terms, the data pool, according to the founder banks, has the objective of encouraging innovation competition with regard to valuation models, promoting competition in the market for valuing real estate, improving the real estate searches that are generally accessible and thus of improving market knowledge for all interested market participants. It is also claimed that losses due to errors in valuation will be reduced. Not only the members of the association, but also any interested third parties are given access in return for a fee to the consolidated and harmonised data and may use it without restriction for internal and external purposes. Only the passing on or publication of data records in the pool or of the entire data pool is prohibited. The Secretariat decided not to open proceedings. At the same time, it notified the founder banks that the association will probably assume a dominant position and therefore special care must be taken with regard to the initial structure of the association and the organisation of the pool in order to avoid any discrimination against market participants (e.g. in relation to access to the data pool).

In the course of a preliminary investigation, the competition authorities assessed the acquisition of joint control of **ValFinance AG**, a subsidiary of Valiant Holding AG, by SwissPost and Valiant Holding AG and the related product cooperation between SwissPost and Valiant Bank AG in the credit business. As SwissPost, or more specifically PostFinance does not hold a banking licence, it is reliant on working with a bank when carrying out its activities in the market for credit services. The planned concentration that has been reported will enable PostFinance to continue its activities in the market for credit services and thus to compete in this market with the major and cantonal banks and the agricultural credit co-operatives. The provisional examination revealed no indications of effects on competition that would give cause for concern.

#### **4.1.3 Liberal professions and professional services**

An investigation into the Swiss Estate Agents Association (Union Swiss des professionnels de l'immobilier), Neuchâtel Section, concerns recommendations on tariffs made to its members for the **brokerage and real estate management** markets that are published on the internet. The aim is to ascertain the potential impact on these markets of these recommendations in the Canton of Neuchâtel, as well as their possible influence on bordering cantons. In order to conduct an analysis of the impact, numerous companies have been interviewed in the Cantons of Neuchâtel, Vaud, Fribourg and Bern. The proceedings are ongoing.

Also in the field of tariff recommendations, the Secretariat has conducted a preliminary investigation into the

activities of **land surveyors** in the Canton of Vaud. Their activities are many and varied and there are a number of documents on how to calculate fees or charges, some issued at federal level, and others at cantonal level. It seems that if there were a tendency for the land surveyors in Vaud to refer to the latter tariff, this tendency could not truly be linked to an agreement between competitors, nor could it constitute a concerted practice. It is more likely that it would result from the attitude of the Canton of Vaud, which already requires land surveyors to apply this tariff in certain cases, thus almost encouraging a generalised form of conduct. The attention of the parties concerned, both the Canton of Vaud and the land surveyors, has been drawn to this situation. They have been requested to cooperate and the required measures have been taken in order to encourage competition in relation to fees.

A preliminary investigation has been conducted relating to **contracts for the maintenance of elevators** following a complaint filed by a foreign maintenance company. The complaint related to the price of spare parts, which were claimed to be very high for a foreign maintenance company. The Secretariat decided to close the proceedings without taking any action. It is clear that the market for elevators enjoyed substantial growth in the first few years of the last decade with the arrival on the market of a new generation of elevators. This new type of product, which contains more electronic components and requires specific materials and know-how, is more complicated to maintain. This development thus makes the existence of independent maintenance companies more difficult, in part due to different commercial choices made by the elevator manufacturers. For the moment, however, given the state of the stock of elevators in Switzerland, which still includes numerous models from the previous generation, there are no further indications of problems in accessing the market for independent businesses. This situation could however change in the future, as a result of which elevator manufacturers have been informed of the existence of certain forms of behaviour that could constitute restrictions of competition.

In the field of **informatics**, the establishment by the company Switch of a subsidiary Switchplus gave rise to the opening of a preliminary investigation. Different internet service providers in Switzerland have complained that Switch, the company responsible for administering the internet domain names ending in .li or .ch, favoured its subsidiary, in particular by granting cross-subsidies, to the detriment of competing companies. Firstly and following its practice, the Secretariat did not take up the case because the plaintiffs had already brought the case before the civil court on the same grounds. After the negative decision of the civil court, the Secretariat rejected a request for precautionary measures while devoting its attention to the general competitive situation in the Swiss market.

## 4.2 Infrastructure

### 4.2.1 Telecommunications

In the telecommunications sector, the Competition Commission was called on to examine a number of concentrations of undertakings. The most important were

France Télécom/Sunrise, Sunrise/CVC and Swisscom/Groupe E.

The Competition Commission subjected the planned concentration involving **France Télécom/Sunrise** to a detailed examination, as there were indications that it would create or strengthen a dominant position in a variety of mobile telephony markets. The Competition Commission concluded that the plan would create a collective dominant position for the merged undertaking and Swisscom which would be likely to eliminate effective competition. Taking all the relevant factors into account, the Competition Commission on 22 April 2010 decided to prohibit the planned concentration. The parties to the concentration filed an appeal against the decision with Federal Administrative Court, which they later withdrew.

In contrast, the Competition Commission regarded the planned concentration involving **Sunrise/CVC**, which was reported some months later, as being unobjectionable under competition law. The preliminary examination revealed no indications that a dominant position would be established or strengthened and it was decided to approve the purchase of Sunrise by the investment company CVC. It was apparent that following the concentration, three large network providers will remain in the mobile telephony market, and this will continue to guarantee a certain level of competitive dynamics and leaves the market for innovation open.

At the end of November 2010, the Competition Commission received the report of a planned concentration between **Swisscom** and **Groupe E**. This project relates to the development of an optical fibre network in the Canton of Fribourg and the setting up of a joint venture to carry it out. In the course of December, the Competition Commission conducted the preliminary investigation and decided to subject the planned project to a detailed examination. This examination will be carried out in the first four months of 2011.

One priority in the telecommunications sector was the issue of **fibre optics**. The Secretariat continued the monitoring of the market in the **fibre optics** sector that it had begun in 2009. In the late summer, the first reports under Art. 49a para. 3 let. a CartA were filed. The individual reports relate to joint projects for the construction of a "Fibre to the Home" optical fibre network (FttH-optical fibre network) between Swisscom and various Swiss **cities or cantons**. In each case, individual clauses were reported that the cooperating parties felt could be problematic in competition law terms in certain circumstances. At the end of 2010, six objection proceedings were pending in relation to this, and others were in prospect from various quarters. In addition, third parties filed several reports against various joint projects in the fibre optics sector. In the course of the coming year, the Competition Commission will tackle the construction and expansion the optical fibre infrastructure in Switzerland and the associated competition law problems as one of its priority issues.

Otherwise, much of the work in the telecommunications sector in 2010 concerned appeal proceedings:

In a decision dated 24 February 2010, the Federal Administrative Court revised the Competition Commission ruling in the case of **Swisscom Mobile (mobile telephony termination charges)** in relation to the abusive conduct on the part of Swisscom and countermanded the Fr. 333 million sanction. Both the Federal Department of Economic Affairs and Swisscom have filed appeals against the decision in the Swiss Federal Supreme Court. In the course of these appeal proceedings, several exchanges of written submissions took place. In addition, the Competition Commission decided due to the pending appeal proceedings to defer the **Mobile Telephony Termination II** proceedings until the Swiss Federal Supreme Court has ruled in the case of Swisscom Mobile.

Swisscom also appealed to the Federal Administrative Court against the decision of the Competition Commission of 19 October 2009 in the case relating to **ADSL pricing policy**. In these proceedings, the Competition Commission also responded to Swisscom's submissions.

Lastly, appeals were filed against two part-rulings made by ComCom in the **leased lines sector**. In 2008, the Competition Commission presented its expert opinion to OFCOM and was therefore requested by the Federal Administrative Court to submit two expert reports on a variety of issues in each of the two proceedings.

#### 4.2.2 The media

In the media, the reported mergers between **Axel Springer and Ringier** and between **Edipresse and Cuhat** were approved. The preliminary investigations revealed no indications that a dominant position would be created or strengthened.

In a judgment dated 27 April 2010, the Federal Administrative Court upheld the decision of the Competition Commission of 5 March 2007 relating to the **VSW (Swiss Advertising Companies Association) guidelines on commission payments to professional agents** on all points. Publigroupe has appealed the judgment to the Swiss Federal Supreme Court. The Competition Commission was required to respond to the submissions made by Publigroupe in the course of both exchanges of written submissions.

On 30 July 2010, the Secretariat began a preliminary investigation into **SDA (Swiss News Agency) pricing policy**. There are indications that certain customers are disadvantaged in price terms in comparison with other customers (in particular in relation to the major print media companies).

In 2007, OFCOM invited bids for 13 **broadcasting licences for regional television and regional radio channels** in Switzerland. An appeal was filed in the Federal Administrative Court against the award of licences to two regional radio and one regional television broadcaster. The court upheld the appeal, reversed the decision and referred the matter back for reassessment. Based on Art. 74 para. 2 of the Radio and Television Act, OFCOM must consult the Competition Commission in order to obtain an assessment of the market situation. In the course of the year, OFCOM and the Secretariat worked informally together in order to prepare the expert

opinion. At the end of year, the Competition Commission was formally instructed to prepare the first expert opinion and began to finalise the opinion.

Further progress was made in the investigation into **book pricing in French-speaking Switzerland**. An expansion of the investigation was delayed to take account of the parliamentary debate on a possible Book Price Maintenance Act. Due to the postponement of the debate, however, the investigation is now being continued on schedule. The planned Book Price Maintenance Act would re-introduce through legislative channels the book price-fixing arrangement that was declared in 2007 to be an unlawful agreement affecting competition.

#### 4.2.3 Energy

In the energy sector, the Secretariat conducted a market monitoring project relating to **offers for major consumers**, which is now almost completed. This examined the question of whether there are agreements between energy supply companies that lead to a situation in which major consumers that have opted out of the universal provision of services do not receive any attractive offers. In order to clarify the circumstances, a series of comprehensive interviews with the major consumers has been carried out.

The Secretariat continued to monitor the procurement of **system services** by Swissgrid. The key question here was whether competition comes into play below the price ceiling introduced by Swissgrid or whether the offers approximate to the price ceiling. In the summer, the price ceiling was eventually abolished again.

In addition, the Secretariat was represented in the working group on system services in the preparatory work for the **revision of the Electricity Supply Act**. The task of working group was to devise recommendations on how costs in this sector can be further reduced. One of the key issues was whether and to what extent this market must be regulated.

Switzerland has since 2007 been involved in negotiations with the EU on an **Electricity Agreement**. In this connection, the Secretariat took part in the planning of a draft paper relating to the competition law elements of a future agreement. The Secretariat also had the opportunity to comment on the competition law provisions in the draft of the Electricity Agreement.

Lastly, the Competition Commission provided the Administrative Court of the Canton of Bern with an expert opinion in accordance with Art. 47 CartA. In it, the Competition Commission was required to assess permissibility under competition law of an energy supply contract.

#### 4.2.4 Other sectors

The Competition Commission has terminated its investigation into the **beer import market**. It established that parallel imports of certain beer brands by Anheuser-Busch Inbev (e.g. Stella Artois) and Grupo Modelo (e.g. Corona Extra) are possible and do occur. The original indications that parallel imports of these beer brands are being obstructed were not confirmed by the investigation.

Considerable progress was made with the preliminary investigation into the **eggs market**, and the investigation can probably be completed in the first quarter of 2011. As it was not possible to obtain certain information or it could only be done so with substantial delays, various orders to provide information were issued.

In the transport sector, a report relating to the planned concentration involving **SBB and Hupac** was received at the beginning of December. The two companies reported the setting-up of a joint venture (SBB Cargo International) which is intended to provide a variety of services for the transport of freight by rail along the North-South axis. The preliminary investigation was successfully conducted in the course of December. The Competition Commission decided against carrying out a more detailed investigation.

### 4.3 Product Markets

#### 4.3.1 Revision of vertical notices

On 28 June 2010, the Competition Commission issued the Revised Notice on the competition law treatment of vertical agreements (the Vertical Notice). This takes account of the most recent case decisions made by the Competition Commission (in the cases on clippers and shears, Gaba and off-list medicines), as well as the current developments in EU competition law. The EU amended its legal framework on 1 June 2010 and in doing so took specific account of the increasing importance of the purchasing power of large retail businesses and of online sales. With its revision, the Competition Commission confirmed its intention to continue to take action against harmful vertical agreements and ensured that in this area the same rules as in the EU will continue to be applied in the future.

The most important revisions relate to the rules on rebutting the presumption that effective competition has been eliminated and on assessing the significance of agreements affecting competition. The Vertical Notice now states that in order to rebut the presumption, an overall consideration of the market is decisive. What is crucial is whether there is sufficient intra-brand or inter-brand competition in the relevant market or whether a combination of the two leads to sufficient effective competition. In addition, the Vertical Notice makes it clear that significance in the case of qualitatively serious agreements such as resale price maintenance and absolute territorial protection will be assessed in each individual case.

The two key innovations in the European provisions, which take account of purchasing power and of the on-line trading, were reflected in the Swiss Vertical Notice. In a new move, the customer's market share in the supply markets also plays a role when assessing whether an agreement is justified for reasons of economic efficiency. In addition, internet sales are basically regarded as passive sales. This means that in principle any dealer must be allowed to use the internet to sell its products.

The revised Vertical Notice lastly makes it clear what circumstances trigger an assessment of recommended prices and what criteria the Competition Commission applies when assessing their permissibility. The legal

appraisal of recommended prices is in this case carried out according to the EU practice.

As customers' market share in the supply markets is taken into account, vertical agreements consumers with market power are now being assessed more strictly. The Competition Commission is providing a transitional arrangement until 31 July 2011 that allows businesses to revise problematic contract clauses that are affected by the new rules.

#### 4.3.2 Consumer goods industry

The Competition Commission has been involved with the **white goods sector** this year at various levels. In addition to an investigation relating to the prevention of internet sales, the Competition Commission also considered a report under Art. 49a para. 3 CartA (objection proceedings) as well as various requests for advice.

In September 2010, the Competition Commission opened an investigation relating to the hindering of product sales on the Internet. The impetus for this came from the fact that Electrolux AG had prohibited its dealers from selling its brand products via the Internet. In addition to this, in the same period V-Zug AG made several changes to its sales network, in the course of which it firstly prohibited online sales and then allowed them again. The investigation it is intended (for the first time) to determine the question of whether hindering product sales via online shops is a breach of the CartA. In the investigation, it is planned to lay down basic criteria for online trading that will be applicable beyond the white goods sector.

The Secretariat dealt with various requests for guidance from manufacturing companies in the white goods sector, which essentially related to the issue of whether what are known as **selective marketing systems** are permitted. The key aspects of this were the structure of the selection criteria by which dealers are permitted to join the sales network, as well as the question of the extent to which online sales may be restricted.

In the spring of 2010, the Secretariat dealt with requests for guidance relating to distribution logistics. It was planned to introduce a so-called **unforeseen delivery cost contribution** throughout the sector for small volume deliveries (1–2 machines) to dealers. The Competition Commission made its concerns as to the competition law aspects of this known, with the result that the report relating to the plan was withdrawn before expiry of the statutory deadline. The main points of criticism for the Competition Commission were in particular (i) the necessity of a sector-wide solution and (ii) the structure of the instrument as a charge (and not for example as a discount).

In May 2010, the Secretariat of the Competition Commission sent its motion in the **ASCOPA** case to the thirty or so parties to the proceedings, inviting their comments. The subject of the investigations is possible price and volume agreements as a result of an exchange of information between well-known manufacturers and distributors of cosmetics and perfumery products. After receiving the responses from the parties, the Secretariat decided to carry out additional investigative activities, which are still ongoing. On conclusion of the investiga-



tions, the revised motion will once again be sent out to the parties once for their comments before it is submitted to the Competition Commission for a decision in the case.

In March 2010, the Competition Commission opened an investigation into **Nikon AG** due to the suspected prevention of parallel imports of Nikon products, and carried out a house search. A report had indicated that Nikon is or has been obstructing parallel imports into Switzerland. Such practices could constitute unlawful territorial protection agreements under Art. 5 para. 4 CartA.

A further investigation concerned **Roger Guenat S.A.** on suspicion of retail price maintenance agreements and the possible prevention of parallel imports in the case of alpine sports products. Roger Guenat S.A. distributes and represents products from a variety of brands, partly as an exclusive importer (in particular Petzl, Beal and Entreprises), and partly as an agent (Ortovox and Boreal). The investigation opened with a house search in response to a report. The related enquiries are still ongoing.

A monitoring of the market on the prices for **wheeled suitcases** of various brands (but in particular those manufactured by Samsonite and Rimowa) revealed that the wheeled suitcase models under investigation were offered by most of the retailers interviewed at the same or almost the same price and that these prices predominantly corresponded to those recommended by the manufacturers or importers. It could not be proved that compliance with the recommended prices by the suitcase retailers is due to unlawful practices under competition law. However it came to light that it was often not clear that the recommended prices are non-binding. The companies involved have therefore been urged to indicate expressly that their recommended prices are non-binding.

#### 4.3.3 Retail trade

The Secretariat conducted various **market monitoring proceedings and held informal meetings** with market participants. The matters to be clarified included in particular issues related to (parallel) import restrictions. The investigations revealed that (parallel) imports are still being prevented by state regulation even where there are considerable price differences in comparison with other countries, as is the case with Garnier Nutrisse Crème (see below). At the same time, companies are however also trying to make such imports unattractive through indirect measures – such as the refusal to honour guarantees in relation to imported products. Also subject to market monitoring activities was compliance with recommended prices and issues relating to access to supply and sales markets. In this connection, the Secretariat has stressed that as a result of the principle of freedom of contract, neither discount supermarket chains nor any other companies have a right to be supplied with specific products or packaging sizes, unless the supplier of the products holds dominant position in the market.

The monitoring of the market for a hair dye from L'Oréal revealed that the company is issuing recommended prices. There were no indications that these are being

enforced by means of incentives or sanctions. The prices in Switzerland for this product are clearly higher than in Germany. A parallel import of hair dye by a retailer in Switzerland is basically possible, but due to the regulation that the instructions for use and the warning notices in respect of hazardous substances have to be provided in Switzerland's three official languages, such imports are less practicable. This case shows that the parallel import of certain goods is still difficult despite the introduction of the Cassis-de-Dijon-principle. The competition authority also noted with scepticism that parliamentary motions to dilute the Cassis-de-Dijon principle have already been filed: these would lead to a reduction in its effect of encouraging competition.

A monitoring of the market for **Nivea Crème** then showed that retailers operating in Switzerland complied with varying degrees of strictness with the prices recommended by Beiersdorf Switzerland. In particular, in the case of large tubs, they often undercut recommended prices. As a result, the consumer with an eye for a bargain is able to buy Nivea in Switzerland at as competitive price as is available in neighbouring countries.

Lastly, the Secretariat noted when monitoring the market for **Gillette** razor blades that despite the prices recommended by Procter & Gamble Switzerland, there is sufficient competition between retailers in relation to this brand (so-called intra-brand competition). As a result, the price reduction by Migros for Gillette razor blades in November 2009 was also followed by price reductions from its main competitors for the same products.

#### 4.3.4 Construction industry

In an order dated 10 May 2010, the Competition Commission completed the investigation into components for **heating, refrigeration and sanitary installations** after seventeen months. The investigation was opened on the basis of a voluntary report made by a party to the cartel and began with a house search. The enquiries uncovered evidence of various pricing arrangements relating to expansion tanks and related products between 2006 and 2008. The companies concerned informed each other of imminent increases in prices and to a large extent adjusted these reciprocally in relation to percentage levels and timing. In addition, they exchanged other sensitive commercial information, such as sales figures and price lists. In the period under investigation, the increases in prices were coordinated in each price increase round, which led to an increase for long-term conduct when calculating the sanction. The Competition Commission imposed a sanction of Fr. 169'000.- on one company. The company making the initial report benefited from a 100 % bonus and thus avoided a sanction amounting to Fr. 5,2 million.

The investigations relating to bid **rigging in road construction and civil engineering in the Cantons of Zurich and Aargau**, which were opened in June 2009, progressed on schedule. The evaluation of the seized documents and the information obtained from the cooperating company has provided evidence that additional companies were involved in the agreements. For this reason, the current investigation was expanded in August 2010 to include further civil engineering companies. At the end of year, the enquiries were in their concluding

phase and the motion will probably be submitted in the first half of 2011.

The investigation into **builders' supplies** for windows and French doors was concluded with a ruling dated 18 October. The Competition Commission imposed fines totalling Fr. 7.6 million on Siegenia-Aubi AG, SFS Unimarket AG, Paul Koch AG and Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG. The reporting company Roto Frank AG benefited from a full remission of any sanctions. Builder's supplies in this case are understood to include any parts that join window casements and frames or control the opening and closing mechanism of a window or a French door. These parts are needed by window producers to manufacture ready-made windows and French doors. The investigation proved that there were price-fixing agreements on the level and timing of increases in prices in Switzerland in 2007. These horizontal price-fixing agreements constitute particularly harmful violations of the Cartel Act.

Similar proceedings relating to **door fittings** such as door handles, locks and hinges are pending.

Based on a report received in June 2010, the Secretariat of the Competition Commission opened a preliminary investigation in the field of electrical tools into the **Festool** brand. The issue was whether the manufacturer von Festool tools, Tooltechnic Systems (Switzerland) AG (TTS), is placing their Festool partner dealers under pressure or providing incentives to comply with its recommended retail prices and whether there is therefore an unlawful vertical price-fixing agreement. The enquiries made by the Secretariat failed to reveal sufficient evidence of an unlawful agreement affecting competition.

#### 4.3.5 Watch industry

In September 2009, the Competition Commission opened an investigation into **ETA Manufacture Horlogère Swiss SA**, a subsidiary the Swatch Group, due to its possible abuse of a dominant position. ETA is by far the largest manufacturer of mechanical watch movements in Switzerland and is under suspicion of having adjusted prices and conditions vis-à-vis its trading partners in an unlawful manner. The Secretariat conducted comprehensive enquiries.

A few years ago, ETA was the subject of proceedings before the Competition Commission. This related to an announcement made by ETA that it intended to reduce the volumes supplied of ébauches – the basic components of a mechanical watch movement in the form of an assembly set – with a view to stopping supply entirely. The proceedings ended in 2004 with an amicable settlement, in which ETA undertook to continue to supply its existing customers with ébauches until the end of 2010. On expiry of the term of this settlement, nothing was heard from the watch industry that would have caused the Competition Commission to take further action.

At the end of 2009, the then President of the Board of the **Swatch Group** announced in the press that in future the supply of third-party customers with watch components would be reduced or stopped. In response to this, various informal contacts were made with the Swatch Group in 2010. Whether formal proceedings will be

opened in this connection depends on the extent to which Swatch intends to implement its plans.

#### 4.3.6 Automotive sector

In 2010, the Competition Commission revised its **explanatory statement relating to the notice on the competition law treatment of vertical agreements in the automobile trade**. The new version of this explanatory statement takes account of the practical experience gained by the Competition Commission in recent years in assessing vertical agreements in the automobile trade and the new legal framework that has been in place in Europe since 1 June 2010. On 27 May 2010, the European Commission adopted a new competition law framework for the automotive sector. According to this, following a transition period until 31 May 2013 in which the current MVBER (Motor Vehicle Block Exemption Regulation) will continue to apply, the sale of new vehicles will be governed by the provisions the general group exemption regulation for vertical agreements. For the markets for repairs and servicing and for the sale of spare parts, the specific provisions of the new MVBER apply. In a broad consensus with representatives of the automotive sector, the Competition Commission decided to retain the notice for the time being unaltered. With a view to the amendments at European level from June 2013, the Competition Commission in consultation with the market participants will decide how the notice will continue to apply from this date.

In October 2010, the Competition Commission opened an investigation into the **BMW Group**. BMW AG (Munich) and the companies affiliated to it as members of its group are alleged to have obstructed the sale of new BMW and MINI vehicles from the European Economic Area to customers and dealers in Switzerland. As a result, there are indications of unlawful protective foreclosure of territory.

In 2010, the Secretariat received more than 50 **enquiries or reports** in connection with the automotive sector. Many questions related to the honouring of warranty claims in relation to directly imported vehicles. Due to the strength of the Swiss franc, the price differences in comparison with other European countries and the incentive to buy a car there have increased. In this connection it is important that customers in Switzerland are able to make successful claims under their warranties, as is required by the notice issued by the Competition Commission.

#### 4.3.7 Agriculture

In August 2010, the agriculture sector was again made the responsibility of the Product Markets Service, as was originally the case due to the supply chain. The Secretariat received a number of **individual reports** in 2010 from participants in the agriculture market and assessed these by means of market monitoring procedures; no unlawful restraints of competition were detected. In the **fertiliser market**, a broader monitoring of the market was begun, but its results will not be available until 2011.

As a result of its dominant position in the markets for consumable milk, consumable cream and butter, **Emmi AG** was required to give notice of three planned concentrations. The first related to the takeover of Fromalp AG.

There were indications of a significant increase in market share in relation to processed cheese products, and in particular ready-made fondues. A detailed analysis revealed that potential competition served to bring some discipline to the parties to the concentrations. The other reports involved the acquisition of the Onken brand of the German Dr. Oetker Group, which related to the yoghurt and quark, and the takeover of the Fromagerie Bette S.A., which related to consumable goat's milk, goat's milk yoghurt and goat's cheese. These plans were unproblematic.

The Secretariat commented on various parliamentary requests in the course of **office consultation proceedings**. It spoke out against the Aebi Motion and pointed out that the quantity control planned by Swiss milk producers in the motion will prevent a solution to the structural problems in the dairy products market from being found. In response to the Lumengo interpellation, the Secretariat took the view that an abolition of the salt monopoly would be consistent with competition policy.

#### 4.4 Internal Market

The activities of the Competence Centre on the Internal Market focused on three thematic priorities: the first was the review begun in the previous year of Art. 2 para. 7 of the Internal Market Act (IMA), which stipulates an **obligation to invite bids for the transfer of the use of cantonal and communal monopolies to private individuals**. It resulted in the approval of two expert opinions respectively relating to the renewal of water rights concessions and the renewal of concession agreements on the construction and operation of electrical distribution stations, which offered the Competition Commission the opportunity to state its position on the scope of terms "monopoly" and "private individual", which were in need of interpretation. In the view of the Competition Commission, the obligation to invite bids under internal market law covers not only the transfer of legally defined monopolies, but also of de facto monopolies. The two expert opinions met in some cases with fierce objections and led in one case to the tabling of a (still pending) motion from the Council of States, which is demanding that the competitive tendering in the hydroelectric power and electricity distribution sectors should be prohibited under a special act of parliament.

A second priority has been the **regulation of the taxi industry**. A multitude of in some cases starkly diverging regulations are still leading to restrictions on access to the market for non-local taxi service providers. In view of these circumstances, the Competence Centre has been supporting the taxisuisse federation in its efforts to draw up a – non-legally binding – set of sample regulations for use by the communes and cantons responsible for regulating taxi services, which lays down market access requirements that are both standardised and competition-friendly. In addition, the penalising of one taxi service provider from an outside canton moved the Competition Commission to file an appeal with the Administrative Court of the Canton of Geneva in order to enforce the guarantee of free access to the Geneva Airport market.

Lastly, the Competence Centre on the Internal Market, in implementing the concept on the **combating of bid rigging** which was approved in 2008, held five one-day

training events in which representatives of a total of 11 cantonal procurement agencies took part. The numerous positive feedbacks confirmed the usefulness of this exercise and the need for increased cooperation in this area. Next year further events are planned, in particular in the French-speaking cantons.

In addition to the priority matters mentioned above, this year the Competence Centre on the Internal Market also dealt with several submissions from private individuals and authorities. For the former, the most common problem was enforcing the right of free access to the market, and for the latter the primary concern was guaranteeing the compatibility with the IMA of cantonal and communal regulations as well as administrative practices.

#### 4.5 Competence Centre for Investigations

In 2010, the Competence Centre for Investigations was called on to organise and carry out several searches, which required the deployment of a special team composed of employees of the Secretariat trained for these tasks, as well as IT specialists in legal and police matters. In addition, it organised ad hoc training for team leaders, which several employees of the Secretariat successfully attended.

During the year, the Federal Criminal Court made an important decision relating to a procedure for removing seals (cf. DPC 2010/1, p. 226 et seq.). In specific terms, at a search conducted in 2009, one of the companies visited requested that some of the documents seized should be sealed, due to the fact either that their holder was subject to professional secrecy, or that the documents were not relevant to the proceedings in question. The Federal Criminal Court found in favour of the Secretariat on all points.

#### 4.6 Communications

In 2010, the competition authorities published 21 press releases and held three press conferences. Two events generated an especially high level of interest in the media. The first was the decision to prohibit the merger between Orange and Sunrise. The decision was announced at a press conference and was the topic of discussion in the media for a number of weeks. The second was the handover of the presidency from Walter A. Stoffel to Vincent Martenet. The outgoing President received many requests for interviews, with the interest focusing on his assessment of his time in office, while the media were interested in hearing the new President's view on the key issues and prospects for the future.

#### 4.7 International Relations

**OECD:** Representatives of the Competition Commission and the Secretariat participated in the meetings of the OECD Competition Committee, which take place three times a year in Paris. In cooperation with SECO, various contributions were prepared and presented. Key topics included public procurement and *procedural fairness*. The October meeting was devoted to *green growth*. This subject is becoming an important issue for the OECD Competition Committee in view of the general interest in the environmental and energy matters.

**ICN:** In April, a delegation attended the ninth annual conference of the ICN in Istanbul. In October, the ICN

Cartel Workshop was held in Yokohama, and a representative of the Secretariat chaired one of the sessions. At this workshop, Competition authorities from around the world discussed how their resources can be used as efficiently as possible to detect, investigate and penalise anti-competitive conduct. In addition, the Secretariat took part in the ICN Merger Workshop in Rome and in the ICN Unilateral Conduct Workshop in Brussels.

**UNCTAD:** The UN Set Review Conference on restrictive business practices, which is held every five years, took place in Geneva in November. The topics were the judicial review of sanctions, the role of competition policy in promoting economic development and the experiences gained in the implementation of the UN Set, with the focus being on cooperation among competition authorities. In addition, a revised version of a model law on competition was discussed. As part of the COMPAL Programme, which has the aim of training and strengthening competition authorities in Latin America, the Secretariat welcomed two trainees from Latin America on a three-month work experience programme.

**Vietnam Project:** At the start of 2008, the "Strengthening the Vietnamese Competition Authorities" project began. It has the aim of strengthening and supporting the Vietnamese competition authority (VCA), which was set up in 2006. The bilateral cooperation programme includes the conduct of workshops in Vietnam and the provision of support in relation to market studies. In addition, employees of the Secretariat act as experts in Vietnam, in particular to draw up guidelines on competition-relevant topics. In 2010, one employee of the Vietnamese authority completed a three-month traineeship in the Secretariat. The project, which is funded by SECO, comes to a conclusion in 2011.

**EU:** With the aim of combating international restraints of competition, the Federal Council on 18 August 2010 approved a mandate to negotiate a cooperation agreement with the EU in the field of competition. It is intended to facilitate the exchange of information, including confidential information, between the competition authorities in Switzerland and those in the EU, so the information can be used in related competition proceedings. Talks are expected to begin at the start of 2011.

**Bilateral contacts:** In terms of the Agreement with Japan, an initial meeting with the *Japan Fair Trade Commission* was held on the occasion of the ICN Cartel Workshops in Yokohama. Bilateral relations were cultivated with the Chinese, German, French, Austrian and Ukrainian competition authorities.

## 5. Organisation and Statistics

### 5.1 Competition Commission

In 2010, the Competition Commission held 14 full-day plenary sessions. The following staff changes took place within the Commission in the report year:

- **Walter A. Stoffel** stood down as President of the Competition Commission at the end of his twelve-year term of office on 30 June 2010 and left the Competition Commission;

- On 1 July 2010, the Federal Council appointed the former Vice-President **Vincent Martenet** as President of the Competition Commission;
- The Federal Council filled the vacant office of Vice-President on 1 November 2010 by appointing the former member of the Competition Commission, **Martial Pasquier**;
- On 1 January 2011, **Andreas Heinemann**, Professor at the University of Zurich, will take up his new post as a member of the Competition Commission.

The Competition Commission would like to pay tribute to **Walter A. Stoffel** for his many years of service as a member and the President of the Competition Commission:

Walter A. Stoffel became a member of the Competition Commission on 1 July 1998. As a result of his many years of experience in competition law as a professor at the University of Fribourg and as judge of the then Competition Appeals Commission, he was predestined for this office. Equipped with his rucksack, on assuming office, he became the Vice-President of the Competition Commission and the President of the Product Markets Chamber. In this capacity, he immediately set a clear course in the practical application of the Cartel Act. The key elements in his first years of office included the competition law assessment of vertical agreements and the liberalisation of the automobile trade. This led in 2002 to the issue of two related Competition Commission notices, in which it highlighted the extent to which vertical agreements in general and in the automobile trade in particular constitute significant and unjustifiable restraints of competition. At the time and in the debate surrounding Switzerland's status as island of high prices, the two notices made a decisive contribution to achieving legal certainty and the transparent application of the law in these fields.

On 1 January 2003, Walter A. Stoffel was appointed President of the Competition Commission. He remained true to his principles. He was an accessible and reliable discussion partner for businesses, lawyers and any other interested persons. He was adept at presenting controversial points of view objectively and fairly and achieving their acceptance. His first year as President saw the revision of the Cartel Act, which came into force on 1 April 2004. As a result of this revision, the Competition Commission gained the power to punish serious violations of the Cartel Act with direct sanctions in the form of fines. At the same time, it became possible, by making a report under the bonus system, for companies to report their own involvement in a cartel and to be exempted from sanctions in return. The implementation of these new instruments in the proceedings before the competition authorities required a great deal of patience and a sure instinct. Patience first of all, because many new procedural issues arose and precise solutions had to be found. And secondly a sure instinct, because the new instruments had to be deployed in a way that their use did not appear arbitrary and but nevertheless had a deterrent effect. Walter A. Stoffel met the challenge superbly, in cooperation with the Secretariat and the Commission. Under his presidency, the Competition Commission was able to conclude a variety of important proceedings

and establish a clear practice in the application of the sanctions regulations. In addition, the Federal Administrative Court confirmed in two judgments before he stood down that the institutional structure of the competition authority fulfilled the ECHR requirements.

Apart from the heading the Competition Commission when making its decisions and the other tasks of the President of the Competition Commission, two other matters were especially dear to Walter A. Stoffel:

Firstly, the creation of an international network of relationships for the Swiss competition authority: it was his aim from the outset to raise the profile of the Swiss competition authority on the international stage and to work towards formal cooperation. Walter A. Stoffel brought that stage to Switzerland with the organisation of the 2008 ICN Annual Conference in Zurich. This event brought Switzerland and the Competition Commission a great deal of international prestige. In addition, it was thanks to Walter A. Stoffel that the Federal Council, after protracted preliminary negotiations, in August 2010 – shortly before his retirement – agreed a formal mandate to negotiate a cooperation agreement between Switzerland and the EU on competition matters.

Secondly, Walter A. Stoffel was an excellent ambassador for the Competition Commission and for its activities. In interviews on the radio and television, he was always able to explain the complex decisions of the Competition Commission in a way that was easily understandable to journalists and the public. His preference was for a live interview. He appeared live on several occasions on programmes such as *Kassensturz*, *Rundschau*, *A bon entendeur*, etc. and answered all his questions patiently and in language that everyone could understand. His perfect command of three of Switzerland's official languages (German, French, and Rhaeto-Romansh) stood him in good stead for this task.

The Competition Commission would like to thank Walter A. Stoffel for his outstanding achievements as a member, as vice-president and for seven and a half years as President of the Competition Commission. It wishes him all the very best in his further career at the University of Fribourg and in his private life.

## 5.2 Secretariat

The principles devised in 2009 for organisational development have been implemented. As a result, proceedings are conducted according to predefined processes. The planning, control and review of proceedings and of the deployment of resources has been improved. This has resulted in certain proceedings taking less time to complete. On the other hand, the personnel resources that are available have been reduced. Savings programmes have cost 1 full-time position; the annual salary increases for a "young" workforce if the budget remains the same will lead to the loss of 1.5 to 2 full-time positions per year. In various proceedings, a reassessment of priorities has therefore been essential. This has led to a situation in which the Secretariat concentrates on the priority issues as defined by the Competition Commission (see the Foreword from the President) and that even there, individual proceedings and procedural steps have to be deferred.

At the end of 2010, the Secretariat employed 62 (previous year 64) members of staff (full-time and part-time), 40 per cent of whom were women (previous year 45 %). This corresponds to a total of 53.8 (previous year 58.2) full-time positions. The staff was made up as follows: 43 specialist officers (including the Executive Management), corresponding to 37.9 full-time positions (previous year 40.7), 7 (previous year 9) specialist trainees, corresponding to 7 (previous year 9) full-time positions, 11 members of staff in the Resources and Logistics Service, corresponding to 8.9 (previous year 8.5) full-time positions.

## 5.3 Partial Revision of the Cartel Act

On 30 June 2010, the Federal Council opened the consultative committee **stage on the partial revision of the Cartel Act**<sup>1</sup>. The Competition Commission expressed its views on the matter in its own report, in which it firstly stated that, generally speaking, the Swiss competition authorities currently function in a satisfactory manner. With regard to the **institutional structure**, the Competition Commission called for investigation and decision-making duties to be separated. However, it is of the view that this goal is being achieved in the interim or even permanently through the current institutional model. The Competition Commission therefore questioned whether a complete institutional change of system is currently required. If a new competition authority is created, the Competition Commission regards its independence as crucial. The draft Act does not entirely guarantee this, as the Federal Council would exercise administrative supervision over the competition authority, and would appoint its executive for (only) four years.

With regard to **vertical agreements**, the Competition Commission stated that it currently assesses in each case whether the agreement in question eliminates or significantly restricts effective competition. In addition, the Competition Commission's practices in this regard are similar to those of the EU authorities. On the other hand, the Competition Commission welcomes a modernisation of **merger control proceedings**. It prefers the proposed Variant 1, in which it is planned to apply an SIEC Test. In this way, the same assessment criteria would be used in Switzerland for concentrations as are used in the EU and most other western industrialised countries. The Competition Commission is in agreement with the measures proposed for the improvement of the **objection procedure**. It also welcomes improved **international cooperation and the strengthening of the private law aspects of competition law**.

<sup>1</sup> See <http://www.weko.admin.ch/aktuell/01024/index.html?lang=de>.

## 5.4 Statistics

Investigations	2009	2010
Conducted during the year	20	20
Carried over from the previous year	16	14
Opened this year	4	6
Final decisions	6	5
Amicable settlements	3	3
Administrative rulings	2	2
Sanctions under Art. 49a para. 1 CartA	5	3
Procedural rulings	n.a.	7
Precautionary measures	0	2
Sanctions proceedings under Art. 50 et seq. CartA	0	0
Preliminary investigations		
Conducted during the year	19	22
Carried over from previous year	11	15
Opened	8	7
Concluded	7	13
With investigation opened	1	3
With modification of conduct	4	6
With no consequences	2	4
Other activities		
Reports dealt with under Art. 49a para. 3 let. a CartA	12	13
Advice	35	56
Market monitoring completed	87	105
Other enquiries dealt with	210	374
Concentrations		
Reports	26	34
No objection after preliminary investigation	19	29
Investigations	5	1
Decisions of the Competition Commission	4	1
after preliminary investigation	1	0
after full investigation	3	1
Early implementation	0	0
Appeal proceedings		
Total of appeal proceedings before the Federal Administrative and Federal Supreme Courts	6	14
Judgments of Federal Administrative Court	1	8
Success for the competition authority	1	6
Partial success	0	1
Judgements of Federal Supreme Court	0	0
Success for the competition authority	0	0
Partial success	0	0
Pending at the end of year (before the Federal Administrative and Federal Supreme Courts)	5	9
Expert reports, recommendations and opinions, etc.		
Expert reports (Art. 15 CartA)	2	0
Recommendations (Art. 45 CartA)	0	0
Expert reports (Art. 47 CartA or 11 TCA)	0	2
Follow-up checks	4	0
Notices (Art. 6 CartA)	0	2
Opinions (Art. 46 para. 1 CartA)	186	177

---

Consultation proceedings (Art. 46 para. 2 CartA)	9	5
IMA		
Recommendations / Investigations (Art. 8 IMA)	0	0
Expert reports (Art. 10 I IMA)	0	2
Explanatory reports (Secretariat)	27	19
Appeals (Art. 9 para. 2 <sup>bis</sup> IMA)	1	2

---

## 6. Annex: The problem caused by the failure to pass through currency benefits in full, and opportunities to intervene under competition law

### 6.1 Introduction

In the recent past, the competition authorities have received numerous enquiries as to why, when the Euro is weak, buyers or consumers of imported goods do not profit or do not profit in full from the resultant currency benefits. In other words: due to the loss in value of the Euro in relation to the Swiss franc, imports from the Euro zone have become cheaper and this should – according to the widely held view – have directly repercussions for the domestic prices of imported goods. This applies not only to imports from the Euro zone, but also from the USA, as the US Dollar has also fallen substantially in value against the Swiss franc in recent times. A multitude of examples, in particular in the consumer goods industry, suggest however that this price-reduction process does not or does not fully take effect. The suspicion that the failure of exchange rate benefits to pass through is somehow connected with unlawful agreements or other conduct contrary to competition law is obvious.

The following remarks address the question of why exchange rate benefits in some circumstances do not pass through to domestic purchasers or consumers immediately and in full, and the question of when this failure of currency benefits to pass through could be relevant under competition law. In a first step, empirical facts on the subject of exchange rate pass-through are explained. Then in a second step various arguments are cited that may explain the empirically observed phenomenon of the incomplete exchange rate pass-through. Lastly, findings obtained will be assessed in the light of the Cartel Act.

### 6.2 Empirical facts

There are numerous international studies that investigate experiences with the issue of the exchange rate pass-through.<sup>2</sup> The following remarks are largely based on a study by the Swiss National Bank (SNB) in which a comprehensive analysis is made of the problem as it relates to Switzerland.<sup>3</sup> Here it should be pointed out that in this study no explicit distinction is made between the effect on prices of a gain or loss in value of the Swiss franc.

In the literature, consideration is given on the one hand to exchange rate pass-through at the level of import prices and on the other the subsequent pass-through of changes in import prices to consumers. There is broad consensus that changes in the exchange rate do indeed lead to changes in import prices; however the benefits of changes in the exchange rate do not pass through in full. There is also consensus that this partial benefit passes through relatively quickly. The degree of the benefit may however vary from country to country. According to the SNB study, in the long-term the percentage pass-through of changes in the exchange rate to the import prices in Switzerland amounts to around 37 %, and in the short-term to 35 %. Accordingly, the pass-through level for changes in the exchange rate in Switzerland lies

approximately within the same framework as that in Europe or the USA.<sup>4</sup>

There is also general agreement that changes in import prices pass through (in part) to consumers. In relation to this form of pass-through, there are also country-specific differences. In Switzerland, again according to the SNB study, the benefits of changes in import prices are almost fully reflected in the consumer prices for imported goods. As a result, it may be concluded that the overall failure of changes in the exchange rate to pass through in full to consumer prices is mainly due to rigid import prices.

In addition, a variety of studies indicate that the pass-through of changes in the exchange rate has fallen since 1990 in various countries, including Switzerland.<sup>5</sup> A possible explanation for this is that in this period (around 1990), various central banks adopted policy of encouraging low inflation. In an environment of lower inflation, businesses are less inclined to pass on changes in costs (i.e. including benefits from changes in exchange rates), because delaying the revision of price lists at such times is less costly for the company than in times higher inflation.<sup>6</sup>

In addition to the empirical investigations, which deal directly with exchange rate pass-through, there are a variety of studies that tackle the issue of the frequency of price adjustments in general. These studies indicate that prices are normally fixed for one year or more.<sup>7</sup>

<sup>2</sup> See e.g. B. J. MCCARTHY, Pass-Through of Exchange Rates and Import Prices to Domestic Inflation in some Industrialized Economies, BIS Working Papers, 1999, No. 79; J.M. CAMPA/L.S. GOLDBERG, Exchange Rate Pass-Through into Import Prices, Review of Economics and Statistics, 2005, 87(4), 679-690; or for a good summary J. MENON, Exchange Rate Pass-Through, Journal of Economic Surveys, 1995, 9(2), 197-231.

<sup>3</sup> J. STULZ, Exchange Rate Pass-Through in Switzerland: Evidence from Vector Autoregressions, Swiss National Bank Economic Studies, 2007, No. 4.

<sup>4</sup> See e.g. P.K. GOLDBERG/M.M. KNETTER, Goods Prices and Exchange Rates: What have we Learned?, Journal of Economic Literature, 1997, 35(3), 1243-1272; E. HAHN, Pass-Through of External Shocks to Euro Area Inflation, European Central Bank Working Paper, 2003, No. 243. In contrast MCCARTHY (cited in Fn. 2) shows that pass-through in Switzerland tends to be lower in comparison with other industrialised countries, while CAMPA/GOLDBERG (cited in Fn. 2) is of the view that pass-through in Switzerland is higher than in most OECD countries.

<sup>5</sup> See J.E. GAGNON/J. IHRIG, Monetary Policy and Exchange Rate Pass-Through, Board of Governors of the Federal Reserve System International Finance Discussion Papers, 2004, No. 704 (revised version); J. BAILLIU/E. FUJII, Exchange Rate Pass-Through and the Inflation Environment in Industrialized Countries: An Empirical Investigation, Bank of Canada Working Paper, 2004, No. 21; STULZ (cited in Fn. 2).

<sup>6</sup> International data also indicates that price adjustments in countries with a low average rate of inflation are made less frequently than in countries with high inflation. See L. BALL/N. G. MANKIW/D. ROMER, The New Keynesian Economics and the Output-Inflation Tradeoff, Brookings Papers on Economic Activity, 1988, 1, 1-65.

<sup>7</sup> See e.g. A.S. BLINDER, Why are Prices Sticky? Preliminary Results from an Interview Study, American Economic Review Papers and Proceedings, 1991, 81, 89-100; A.K. KASHYAP, Sticky Prices: New Evidence from Retail Catalogs, The Quarterly Journal of Economics, 1995, 110(1), 245-274.



### 6.3 Reasons for incomplete exchange rate pass-through

In the following remarks, a number of arguments are discussed that could explain the incomplete pass-through of changes in the exchange rate in Switzerland. The list below contains both arguments based on theory, and those based on practical observations. A conscious decision has been made not to evaluate the arguments presented. The list is not exhaustive, but rather seeks to show that price adjustments are complex processes that are often delayed or not implemented in full for understandable reasons:

- The cost reducing effect of a stronger Swiss franc is felt in many sectors only after a certain time and only where there are lasting exchange rate benefits, because the import of goods is first of all often based on long-term contractual arrangements that take account not of the current exchange rate but of a rate that was fixed in the past. Secondly, in some cases, goods are also purchased abroad in Swiss francs. Thirdly, certain companies take hedging measures against foreign exchange risks. In these three cases, a change in exchange rates has no immediate effect on procurement costs. Fourthly, if possible, companies first of all want to reduce their existing inventory, which due to the exchange rate will have been purchased at higher prices, before they offer the goods that they have just purchased.
- In the case of durable goods, list prices are fixed in advance and not adjusted on a daily basis. Short-term cost reductions may however be passed on as discounts. For example, although Swiss car dealers did not reduce their list prices in 2010 as a result of the strong franc, they did however react to provide a "Euro bonus" or other measures that reflect the stronger Swiss franc.<sup>8</sup> According to industry representatives, short-term price reductions for new vehicles would lead to losses of value amounting to billions on vehicles in the second-hand market: if new price lists with lower car prices were issued, the current Swiss car pool would experience a massive reduction in value. If the value of vehicles were to decline rapidly, it is argued, drivers would lose the desire to buy a new vehicle, and as a result, the car trade would collapse.<sup>9</sup> In the economic literature, the observation that (list) prices are not continually adjusted in line with changes in costs is explained in particular by the associated high adjustment costs and also by the lack of information about future market trends: company adjust their prices to changes in the general situation by taking account of the associated costs only if they have the relevant information required to do this.<sup>10</sup>
- In addition, exchange rate benefits may be (partially) counterbalanced by other cost components in the procurement of goods, for example exogenous cost shocks such as higher raw material and energy prices. Furthermore, changes in the exchange rate may also lead to a substitution process in relation to inputs, which contributes to additional changes in the cost structure. As a result of this, the change in

the procurement costs may not necessarily correspond to the change in the exchange rate.<sup>11</sup>

- Lastly, economic models identify the following factors in particular that influence the extent of exchange rate pass-through: exchange rate benefits are more likely to be passed on to customers the lower the market concentration and the more important imports are.<sup>12</sup> Imports are indicators of significant competitive pressure and open markets. In this connection, a further finding of economic studies states that exchange rate benefits are more likely to pass through the less segmented, i.e. the more open, an industry is. In such cases, it is more difficult for businesses to pursue a policy of international price discrimination.<sup>13</sup> In addition, exchange rate pass-through is all the higher if the reaction in the supply of or demand for imports to changes in the exchange rate is greater.<sup>14</sup> This connection can be seen in the results of a study carried out by the Graduate Institute of International and Development Studies in Geneva. According to this study, which analysed the reaction of French exporters to the decline in the value of the Euro, strong export companies with high productivity and/or high quality products maintain their prices at a high level in the target country (here: Switzerland) if they become more competitive due to a decline in the value of the Euro. This strategy allows them to increase their profit margin. Only smaller, less productive exporters pass on exchange rate benefits to Swiss retailers in the form of lower import prices, in order to increase their market share in Switzerland or indeed

<sup>8</sup> See NZZ, Euro weich, Importeure hart – Ruf nach Senkung der Autopreise, 14.10.2010, No. 300, p. 65.

<sup>9</sup> See AUTO-SCHWEIZ, Klarsicht, Newsletter October 2010, available at <http://www.auto-schweiz.ch/Klarsicht.html> [15.11.2010].

<sup>10</sup> See KASHYAP (cited in Fn. 7); O. J. BLANCHARD, "Wages, Prices and Inflation Stabilization," in: *Inflation, Debt and Indexation*, R. Dornbusch/M. H. Simonsen, eds., Cambridge, MIT Press, 1983.

<sup>11</sup> See A. GRON/D. L. SWENSON, Cost Pass-Through in the U.S. Automobile Market, *The Review of Economics and Statistics*, 2000, 82(2), 316-324. These authors show that, taking account of such substitution processes, the statistically estimated percentage of exchange rate pass-through increases. However, they also reject the hypothesis of a full pass-through.

<sup>12</sup> See R. M. FEINBERG, The Interaction of Foreign Exchange and Market Power Effects on German Domestic Prices, *Journal of Industrial Economics*, 1986, 35(1): 61-70; R. M. FEINBERG, The Effects of Foreign Exchange Movements on U.S. Domestic Prices, *Review of Economics and Statistics*, 1989, 71(3), 505-511.

<sup>13</sup> See GOLDBERG/KNETTER (cited in Fn. 4).

<sup>14</sup> See J. MENON (cited in Fn. 2) with details of further theoretical reasons for the (non-) pass-through of exchange rate benefits. A good summary of this can also be found in J. MCCARTHY (cited in Fn. 2).

to enter the Swiss market for the first time. The reason for the differences in strategy is that the perceived price elasticity of the demand<sup>15</sup> is lower for strong export companies than it is for small exporters.<sup>16</sup> For strong companies – often suppliers of strong brand products – it is therefore worthwhile in the event of a decline in the value of the Euro to maintain import prices in Switzerland at a high level.

In conclusion, it may be argued that for various reasons and not only in Switzerland but also in other countries, changes in the exchange rate often pass through to consumers only partially and not immediately.

#### 6.4 Opportunities for the competition authorities to intervene

In view of these circumstances, the question arises of whether and under what conditions the competition authorities can act in the event that exchange rate benefits do not pass through. In principle, the competition authorities may only intervene in the markets on the basis of the Cartel Act (CartA). If the circumstances of a case do not give rise to issues that are relevant to competition law, the competition authorities consequently have no opportunity to intervene in the market. In the event that exchange rate benefits fail to pass through, there could be issues that are relevant to competition law if the problem is connected with an agreement between market participants (Art. 5 CartA) or an unlawful practice by a dominant undertaking (Art. 7 CartA).

What is conceivable, for example, would be an arrangement between competitors not to pass on any exchange rate benefits to customers or consumers. An arrangement of this type would result in direct or indirect price fixing and would accordingly fall within the presumption of Art. 5 para. 3 CartA. If there are indications of such arrangements or similar in certain markets, the competition authorities would without doubt intervene.

A further scenario that would be relevant to competition law could arise if there were a vertical agreement on the non-pass through of exchange rate benefits in a sales network, for example, between foreign producers/manufacturers and their national dealers. This type of case could fall under the presumption of Art. 5 para. 4 CartA. Particularly dubious in competition law terms would be a situation in which a number of such vertical agreements were concluded in parallel in a specific market, as this would mean that the opportunities for customers or consumers to find alternatives would be limited. It should be noted however that an arrangement of this type is not covered by the Cartel Act if it is made within a group of companies. If, for example, an international clothing manufacturer sells its products via its own shops in Switzerland, then it is in principle free to fix its prices.

What is questionable, however, is whether a vertical agreement relating only to the non-pass through of exchange rate benefits is something that would make any sense to the parties to the agreement or that could be monitored and enforced, as various other factors can influence the prices. For example, the policy on discounts and special offers would have to be clearly regulated as part of the agreement, in order to prevent deal-

ers from circumventing the agreement. Furthermore, an agreement of this type could only be enforced in the market if parallel imports are impossible or only possible with difficulty. Preventing the pass-through of exchange rate benefits on the basis of a vertical agreement would therefore probably require a far more comprehensive agreement, which would be similar in its effect to a retail price maintenance arrangement and/or a ban on parallel imports. Such forms of conduct are subject to the presumption of the elimination of effective competition under Art. 5 para. 4 CartA and are regularly the subject of action by the competition authorities. This is shown, for example, in the current BMW case, in which the investigation focuses on whether parallel imports of new BMW and MINI vehicles into Switzerland are being hindered by an unlawful allocation of territory. One possible effect of this type of allocation of territory are domestic prices that are generally higher than those in other countries, whereby in the current environment of a weak Euro the non-pass through of exchange rate benefits could also contribute in part to (any) higher domestic price levels.

Lastly, it cannot be excluded that in connection with the non-pass through of exchange rate benefits, Art. 7 CartA (“unlawful practices by dominant undertakings”) could come into play; for example, in the case of a vertically integrated company (a foreign producer/manufacturer with its own distribution network in Switzerland), which holds a dominant position in relation to its products. In a similar way to the case of a vertical agreement, here again the question of whether parallel imports are possible is a decisive assessment criterion. According to the list in Art. 7 para. 2 CartA, the unlawful practices that come under consideration in such a scenario could be relevant in particular to discrimination between trading partners in relation to prices or other conditions of trade (Art. 7 para. 2 let. b CartA) or imposition of unfair prices or other unfair conditions of trade (Art. 7 para. 2 let. c CartA).

In any case, it should not be forgotten that the competition authorities – even in cases where specific conduct may restrict competition to some extent – are obliged to assess whether there are economic efficiency grounds. It must not be excluded that certain practices may be justified on the grounds of the economic efficiency, because, for example, they generally lead to lower costs for the organisation of sales structures. In addition, it should be pointed out that – as mentioned above – the

<sup>15</sup> The price elasticity of demand indicates the percentage by which the demand for a good falls if the price of the good is increased by one per cent.

<sup>16</sup> See N. BERMAN/P. MARTIN/T. MAYER, How Do Different Exporters React to Exchange Rate Changes? Theory, Empirics and Aggregate Implications, CEPR Discussion Paper 7493, 2009, available at [www.cepr.org/pubs/dps/DP7493.asp](http://www.cepr.org/pubs/dps/DP7493.asp) [07.12.2010]; N. BERMAN/P. MARTIN/T. MAYER, Exporters (Good Ones) Don't Pass Through, VOX Column, 22.10.2009, available at <http://www.voxeu.org/index.php?q=node/4111> [07.12.10]; A. MÜLLER, Starke Marken als Devise, Handelszeitung, Nr. 48, 01.12.2010, S. 19; R. Regenass, Die Drogeriekette Müller verlangt in der Schweiz bis zu 166 Prozent mehr, Tagesanzeiger Online, 4.12.2010, available at <http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Die-Drogeriekette-Mueller-verlangt-in-der-Schweiz-bis-zu-166-Prozent-mehr-/story/16407703> [06.12.2010].

---

problem of the failure of exchange rate benefits to pass through is primarily due to rigid import prices. This means that in most cases a foreign company is to be found at the source of non-pass through of exchange rate benefits. As Switzerland currently has no agreements with other countries in relation to competition law matters, the competition authorities are in many cases hemmed in by tight practical and legal boundaries in their scope for intervention.

### **6.5 Conclusion**

In conclusion, it may be stated that as far as the non-pass through of exchange rate benefits is concerned, the competition authorities can only intervene if the case involves issues relevant to competition law. As demonstrated above, there are a number of reasons why exchange rate benefits do not pass through or only pass through in part that have no direct connection with com-

petition law. If, however, there are specific indications of unlawful conduct under competition law that are of importance to the economy, the competition authorities are certain to intervene.

It should however be noted that the consistent enforcement of competition law represents only one starting point for the combating of the failure of exchange rate benefits to pass through. Similar impetus should be expected in particular from the implementation of the "Cassis de Dijon" principle, the combating of technical barriers to trade and the further liberalisation of the agriculture and other domestic sectors. Nor can consumers and retailers be entirely relieved of responsibility, as by exploiting the potential for arbitrage by making direct and parallel imports, they can make a considerable contribution to exerting pressure on the level of prices in Switzerland.

---

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

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

B 1	<b>1. Vorabklärungen</b> Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	<b>1. Service- und Wartungsabonnemente für Aufzüge</b>

*Schlussbericht vom 13. Januar 2011 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Service- und Wartungsabonnemente für Aufzüge wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG.*

*Rapport final du 13 janvier 2011 concernant l'enquête préalable selon l'art. 26 LCart concernant le cas abonnements pour le service et l'entretien d'ascenseurs, relative à d'éventuels abus de position dominante au sens de l'art. 7 LCart.*

*Rapporto finale del 13 gennaio 2011 attinente all'inchiesta preliminare giusta l'articolo 26 LCart relativo al caso abbonamenti per servizi e manutenzione degli ascensori in relazione a degli eventuali abusi di posizione dominante ai sensi dell'articolo 7 LCart.*

#### **A Sachverhalt**

##### **A.1 Verfahrensgegenstand**

1. Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung bilden im Wesentlichen die folgenden drei Problemfelder im Zusammenhang mit dem Service und der Wartung von Aufzügen. Erstens der Zugang zu Ersatzteilen sowie deren Preis, zweitens der Zugang zu Schnittstellen und technischen Hilfsmitteln und, drittens, der Abschluss langfristiger Wartungsverträge.

2. Die vorliegende Vorabklärung geht zurück auf eine ursprünglich an den Preisüberwacher gerichtete Beschwerde eines unabhängigen Wartungsunternehmers. Dieser führte aus, dass sich die Preise von Ersatzteilen eines grossen Schweizer Aufzugsherstellers um den Faktor 3.5 erhöht hätten. Weiter wies er darauf hin, dass nicht nur die Preise der Ersatzteile eine Rolle spielten, sondern die Aufzüge neuerer Generation auch mit Zugangscodes für die Ausführung der Wartung geschützt seien und diese Codes von den Herstellern nicht an die unabhängigen Wartungsunternehmen abgegeben würden. Deswegen habe er auch schon neue potentielle Aufträge ablehnen müssen.

3. Der Markt für Aufzüge hat sich gemäss den im Rahmen der Vorabklärung befragten Fremdwartungsunternehmen in den vergangenen acht Jahren verändert. In technologischer Hinsicht war dies vor allem der Wechsel von elektromechanischen zu elektronisch gesteuerten Aufzügen. Damit haben sich auch die Anforderungen an die Wartungs- und Reparaturarbeiten verändert. Insbesondere sind heute die Aufzüge der neueren Generation mit einer sogenannten Benutzerschnittstelle ("Human-2-Interface") ausgerüstet. Über diese Schnittstelle können die Wartungstechniker verschiedene Konfigurationseinstellungen machen und bei Störungen auch eine entsprechende Diagnose erstellen. Meistens erfolgt dies über die Eingabe von Codes, die einem Handbuch ("Manual") zu entnehmen sind. Zudem werden teilweise auch spezielle Diagnosegeräte oder Wartungscomputer verwendet, welche an den Aufzug angeschlossen werden, um so beispielsweise Konfigurationseinstellungen oder erweiterte Diagnosen vornehmen zu können.

4. Die unabhängigen Wartungsunternehmen werden gemäss ihren Aussagen von den Herstellern der Aufzüge nicht mit den notwendigen Dokumentationen oder technischen Hilfsmitteln beliefert, um sowohl Wartungsarbeiten wie auch Störungsbehebungen durchführen zu können. Gleichzeitig sei der Bezug von Originalersatzteilen bei Herstellern schwierig, weil entweder die Preise dafür zu hoch seien, die Lieferfrist zu lange sei oder weil das entsprechende Ersatzteil nicht geliefert würde. Aus diesem Grund würden viele unabhängige Wartungsunternehmen für Aufzüge der neusten Generation keinen Service mehr ausführen und entsprechende Anfragen von Hauseigentümern auch ablehnen, da sie keine vollständige Wartung garantieren könnten. Damit bleibe ihnen nur die Möglichkeit, Aufzüge der alten Generation, die mechanisch funktionieren, zu warten. Gleichzeitig gebe es aber auch unabhängige Wartungsunternehmen, die sich weiterhin auch auf dem Markt behaupten könnten, indem sie den Kunden spezialisierte Nischendienstleistungen anbieten, welche die Hersteller nicht erbringen würden.

## A.2 Verfahren

5. Der Preisüberwacher erhielt am 16. Dezember 2008 eine E-Mail von einem unabhängigen Wartungsunternehmer. Dieser beschwerte sich über die Preise von Ersatzteilen und Probleme bei der Fremdwartung von Aufzügen. Am 20. Januar 2009 befragte das Sekretariat diesen unabhängigen Wartungsunternehmer zu den Marktverhältnissen im Bereich Wartung von Aufzügen.

6. Am 28. April 2009 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission ("Sekretariat") eine Vorabklärung nach Art. 26 KG und versendete Fragebogen an die folgenden Hersteller von Aufzügen: ThyssenKrupp Aufzüge AG in Rümlang, Kone (Schweiz) AG in Bassersdorf, Otis SA in Fribourg, Ascenseurs Menétrey in Romont, Emch Aufzüge AG in Bern, Aufzüge Boltshausen AG in Tübach, Lüthi Aufzüge in Leimiswil, Lerch Aufzüge AG in Oetwil am See, Müller-Leuthold AG in Ennenda, Schindler Aufzüge AG in Ebikon. Gleichzeitig wurden Fragebogen an die folgenden unabhängigen Wartungsunternehmen versendet: Frioud Entretien d'Ascenseurs SA in La Chaux-de-Fonds, Ascenseurs Chervaz in La Chaux-de-Fonds und Clime SA ins Chermignon-d'En-Bas. Am 11. Mai 2009 wurden weitere Fragebogen an unabhängige Wartungsunternehmen versendet: Norm Aufzüge AG in Bern und AS Aufzüge AG in Wettswil am Albis. Dabei gilt es zu beachten, dass AS Aufzüge eine 100%-Tochtergesellschaft von Schindler Aufzüge AG ist.

7. Im Laufe der Vorabklärung wurden die folgenden Unternehmen vom Sekretariat angehört: Otis SA (5. Oktober 2009), Kone AG (8. Oktober 2009), Clime SA (9. Oktober), Frioud SA (16. Oktober 2009), Schindler Aufzüge AG (16. Oktober 2009), Norm AG (19. Oktober 2009). Daneben wurden als Experten am 8. Dezember 2009 Herr [...], unabhängiger Liftberater, sowie am 19. Januar 2010 Herr [...], Eigentümer des Unternehmens [...], befragt.

8. Weiter ist zu erwähnen, dass das Sekretariat bereits im Jahr 2001 eine Vorabklärung durchgeführt und sich dabei mit der Thematik von Wettbewerbsbehinderungen im Zusammenhang mit Aufzügen beschäftigt hat.<sup>1</sup> Dabei wurde einerseits untersucht, ob eine Preisabsprache im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG<sup>2</sup> zwischen den Herstellern vorliegt und andererseits, ob die Hersteller allenfalls über eine marktbeherrschende Stellung nach Art. 7 KG verfügen und diese gegebenenfalls missbrauchen. In dieser Vorabklärung gelangte man zum Schluss, dass keine Anzeichen für eine Wettbewerbsbeschränkung vorhanden sind. Insbesondere wurde auch festgestellt, dass es für ein unabhängiges Wartungsunternehmen relativ einfach ist, in den Markt für Wartung und Reparatur einzusteigen, und dass auch der Bezug von Ersatzteilen aufgrund eines "code of conduct" der Hersteller kein Problem darstellt.<sup>3</sup>

9. Im Übrigen hat das Sekretariat in den Jahren 2007 und 2008 eine Marktbeobachtung im Bereich der Wartung von Aufzugsanlagen durchgeführt. Anlass dafür war eine Beschwerde bezüglich überhöhter Preise für Wartungsabonnemente der grossen Hersteller Schindler und Otis. Kleinere, unabhängige Wartungsunternehmen könnten zwar solche Abonnements zu günstigeren Preisen offerieren, würden jedoch beim Bezug von Originalersatzteilen bei den Herstellern durch überhöhte Preise

diskriminiert. Die Beschwerde stützte sich auf Aussagen von Immobilienverwaltungen, Hauseigentümern und Architekten. Telefonische Befragungen vom 7. und 11. April 2008 bei den in der Beschwerde genannten vier Herstellern hat ergeben, dass es zwar Schwierigkeiten bei der Ausführung von Fremdwartung gibt, dass es aber grundsätzlich möglich ist, diese vorzunehmen. Mit Schreiben vom 14. Juli 2008 wurde dies dem Verfasser der Beschwerde mitgeteilt.

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

10. 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). Als Unternehmen gelten alle selbständigen Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten (Art. 2 Abs. 1bis KG). Schindler Aufzüge AG (Schindler), auf die sich die vorliegende Vorabklärung konzentriert, ist ohne weiteres als solches Unternehmen zu qualifizieren.

### B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

12. Im Bereich von Aufzügen gilt die Aufzugsverordnung<sup>4</sup>. Die Aufzugsverordnung regelt im Wesentlichen die Anforderungen an das Inverkehrbringen neuer Aufzüge, enthält eine Definition der Aufzüge und eine Abgrenzung gegenüber den übrigen Maschinen, bestimmt die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen und regelt die zulässigen Konformitätsbewertungsverfahren.<sup>5</sup> Die Aufzugsverordnung regelt nur die Sicherheit von neuen Aufzügen bis zu deren erstmaligen Inverkehrbringen, enthält aber keine Vorschriften zu Wartung und Unterhalt.<sup>6</sup> Neuen Anlagen muss lediglich

<sup>1</sup> RPW 2001/3, 492 ff., Ascenseurs.

<sup>2</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>3</sup> RPW 2001/3, 499, Rz 24 a), Ascenseurs.

<sup>4</sup> Verordnung über die Sicherheit von Aufzügen (Aufzugsverordnung; SR 819.13). Das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO hat hierzu im Jahr 2000 den "Kommentar zur Verordnung über die Sicherheit von Aufzügen" herausgegeben. Dieser Kommentar wird nicht nachgeführt. Für aktuelle Informationen wird auf das Eidgenössische Inspektorat für Aufzüge (EIA) des Schweizerischen Vereins für technische Inspektionen (SVTI) verwiesen.

<sup>5</sup> SECO (Hrsg.), Kommentar zur Verordnung über die Sicherheit von Aufzügen, 2000, 6.

<sup>6</sup> SECO (Fn 5), 10.

eine Betriebsanleitung beigelegt werden, damit die Wartung erfolgreich und gefahrlos durchgeführt werden kann (Art. 11 i.V.m. Anhang 1 Ziff. 6.1 Aufzugsverordnung). Grundsätzlich sind für neu in Verkehr gebrachte Aufzüge die Wartungsangaben des Herstellers verbindlich.<sup>7</sup> Damit findet die Aufzugsverordnung für die vorliegend interessierende Problematik bezüglich der Wartung von Aufzügen keine Anwendung, da sie sich nur auf neue Aufzugsanlagen bezieht. Die in Art. 11 Aufzugsverordnung vorgeschriebenen Betriebs-, Bedienungs- und Wartungsanleitungen stellen ebenfalls keine vorbehaltene Vorschrift für den Bereich der Wartung dar, sondern sollen vielmehr sicherstellen, dass die Wartung von jeder fachkundigen Person ausgeführt werden kann.

13. Art. 58 OR<sup>8</sup> regelt die Haftung des Werkeigentümers, falls durch einen Mangel oder eine fehlerhafte Anlage ein Sach- oder Personenschaden entsteht. Dies gilt auch für einen mangelhaft gewarteten Aufzug. Allerdings begründet die Werkeigentümerhaftung keine vorbehaltene Vorschrift, da sie nur die Haftung selber regelt, dem Eigentümer aber in keiner Art und Weise vorschreibt, wie und durch wen die Wartung durchgeführt werden muss.

14. Vereinzelt gibt es kantonale Vorschriften, welche eine periodische Kontrollpflicht durch die zuständigen Behörden vorsehen.<sup>9</sup> Eine gesetzliche Wartungspflicht besteht aber vorliegend nicht, die Kontrolle dient lediglich dazu, den ordnungsgemässen Zustand des Aufzuges zu überprüfen.

15. Im Bereich der Immaterialgüterrechte spielt vorliegend der Patentschutz eine Rolle. Viele der von den Herstellern entwickelten Aufzüge oder Teile davon sind durch Patente geschützt. Ein Patentinhaber hat das Recht, anderen die gewerbsmässige Benützung seiner Erfindung zu verbieten (Art. 8 Abs. 1 PatG<sup>10</sup>).

16. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es somit keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den Beteiligten auch nicht geltend gemacht.

### **B.3 Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung**

#### **B.3.1 Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen**

17. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).

18. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich ausschliesslich auf Schindler. Schindler wurde bei sämtlichen Beschwerden genannt und ist gemäss ersten Einschätzungen sowohl als Hersteller als auch im Bereich Wartung und Reparatur das Unternehmen mit dem mit Abstand grössten Marktanteil (vgl. nachfolgend Rz 31 und Rz 33). Somit gibt es Indizien, dass Schindler nach Art. 2 Abs. 1 KG marktmächtig ist. Ähnliche Verhaltensweisen der anderen Hersteller können zwar nicht ausgeschlossen werden, die gegenüber dem Sekretariat vorgebrachten Hinweise auf mögliche Wettbewerbsbe-

schränkungen beziehen sich jedoch vorwiegend auf Schindler.

#### **B.3.2 Marktbeherrschende Stellung**

19. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Um festzustellen, ob sich Schindler tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

##### **B.3.2.1 Sachlich relevanter Markt**

20. 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<sup>11</sup>, der hier analog anzuwenden ist). Ausgangspunkt für die Definition und Festlegung von Märkten ist eine Beschreibung der Merkmale dieses Marktes unter Berücksichtigung der Substitutionsmöglichkeiten auf der Angebots- und der Nachfrageseite.

21. Der Markt für Aufzüge kann zunächst nach verschiedenen Arten von Aufzügen abgegrenzt werden. So kann zwischen Lastenaufzügen und Personenaufzügen unterschieden werden.<sup>12</sup> Im vorliegenden Fall beschränken sich die weiteren Ausführungen auf Personenaufzüge, da sich die Beschwerden hinsichtlich der Probleme bei der Wartung von Aufzügen in erster Linie auf Personenaufzüge beziehen.

22. Weiter kann zwischen einem Markt für den Verkauf von neuen Aufzugsanlagen sowie einem Markt für Dienstleistungen nach dem Kauf (after-sales) unterschieden werden. Beim Verkauf von neuen Anlagen können dabei die Phasen Planung, Herstellung, Beratung, Verkauf und Installation unterschieden werden. Die Dienstleistungen nach dem Verkauf umfassen Wartung, Reparaturen, Modernisierung und Ersatz von Liftanlagen.

23. Bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes stellt sich die Frage, ob im Sinne einer Zweimärktetheorie von einem Produktmarkt für den Verkauf bzw. die Installation von Aufzügen (Primärmarkt) und einem Wartungsmarkt (Sekundärmarkt) oder von einem einzigen Markt (sog. Systemmarkt) auszugehen ist, wenn die Wartung nicht unabhängig vom Hersteller des entsprechenden Produkts erfolgen kann.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> SECO (Fn 5), 10.

<sup>8</sup> Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Obligationenrecht, OR; SR 220).

<sup>9</sup> Vgl. z.B. Verordnung über die ordentlichen technischen und übrigen Anforderungen an Bauten, Anlagen, Ausstattungen und Ausrüstungen des Kantons Zürich (Besondere Bauverordnung I; BBV I), Art. 32 Abs. 2.

<sup>10</sup> Bundesgesetz über die Erfindungspatente (Patentgesetz, PatG; SR 232.14).

<sup>11</sup> Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; SR 251.4.

<sup>12</sup> RPW 2001/3, 494, Rz 13, Ascenseurs.

<sup>13</sup> Vgl. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., 2005, Rz 599.

24. Gemäss der Systemmarkt-Theorie<sup>14</sup> können folgende Ansätze für die Marktabgrenzung herangezogen werden: Aus Sicht der Marktgegenseite systemisch verbundene Komplementärgüter können unter gewissen Umständen zu einem einzigen Systemprodukt oder Systemproduktmarkt zusammengefasst werden, während systemisch nicht oder nur schwach verbundene Komplemente separate sachlich relevante Märkte bilden dürften. Welcher Ansatz in einem fraglichen Fall adäquat ist, muss gemäss den konkreten Gegebenheiten des Einzelfalls geprüft werden. Verkürzt ausgedrückt ist ein Systemprodukt oder Systemproduktmarkt dann anzunehmen, wenn eine ausreichende Disziplinierungswirkung vom Primärmarkt auf die nachgelagerten Sekundärmärkte ausgeht, weil das Verhalten auf dem Sekundärmarkt Rückwirkungen auf den eigenen Erfolg auf dem Primärmarkt aufweist.

25. Im Rahmen einer Vorabklärung kann nicht abschliessend beurteilt werden, inwiefern vom Markt für den Verkauf bzw. die Installation von Aufzügen eine Disziplinierungswirkung auf den Markt für die Wartung von Aufzügen ausgeht. In der Vorabklärung "Ascenseurs" ist das Sekretariat der Wettbewerbskommission von separaten Märkten für den Verkauf bzw. die Installation von Aufzügen einerseits und für die Wartung von Aufzügen andererseits ausgegangen.<sup>15</sup> Dies wird damit begründet, dass die Marktgegenseite beim Verkauf und der Wartung von Aufzügen nicht dieselbe ist. Beim Kauf eines neuen Aufzugs bildet typischerweise ein Generalunternehmer oder ein Architekturbüro die Marktgegenseite. Bei der Wartung bilden hingegen in der Regel Immobilienverwaltungen und die Eigentümer der Immobilie die Marktgegenseite. Bei der Planung bzw. dem Kauf einer Immobilie – und damit auch eines Aufzugs – dürften daher Fragen der Reparatur und Wartung des Aufzugs eine eher untergeordnete Rolle spielen.

26. Für die vorliegend vorzunehmende Marktabgrenzung ist entscheidend, inwiefern in der Praxis die Wartung unabhängig vom Hersteller erfolgen kann. In diesem Zusammenhang scheint es sinnvoll, zwischen Aufzügen der älteren Generation und Aufzügen der neueren Generation zu unterscheiden. Bei älteren Aufzügen, die hauptsächlich mechanisch zusammengesetzt sind, lässt sich die Installation von Aufzügen von deren Wartung grundsätzlich trennen, sofern der Zugang zu entsprechenden Ersatzteilen sichergestellt ist. Bei neueren Aufzügen hingegen, bei welchen die Elektronik stark ausgeprägt ist, dürften Installation und Wartung eher miteinander verknüpft sein. Dies vor allem deshalb, weil bei solchen Modellen für die Wartung der Zugang zu Programmcodes erforderlich ist.

27. Es hat bis zum jetzigen Zeitpunkt noch keine Ablösung der Aufzüge traditioneller Bauart durch neuere – stärker elektronisch geprägte – Modelle stattgefunden. Es ist möglich, dass sich in Bezug auf die vorliegend interessierende Verknüpfung von Installation und Wartung durch die stärkere Verbreitung von Aufzügen neuerer Bauart Veränderungen ergeben werden. Insbesondere ist es vorstellbar, dass bei Aufzügen der neuen Generation der Grossteil der Aufzüge vom Hersteller selbst gewartet wird und die Anzahl der Fremdwartungen gering sein dürfte. Zur Zeit ist jedoch für einen bedeutenden Teil der Aufzüge die Wartung nicht unmittelbar an

die Installation gebunden, so dass vorliegend weiterhin von separaten Märkten für den *Verkauf bzw. die Installation von (Personen-)Aufzügen* einerseits und für die *Wartung von Aufzügen* andererseits ausgegangen werden kann.

### B.3.2.2 Räumlich relevanter Markt

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

29. Im Rahmen der Vorabklärung "Ascenseurs" hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission sowohl beim Markt für den Verkauf bzw. die Installation von Aufzügen als auch beim Markt für die Wartung von Aufzügen die Abgrenzung des räumlichen Marktes offen gelassen.<sup>16</sup>

30. Bei der Marktgegenseite handelt es sich vorliegend um Besitzer von Immobilien, welche einen Aufzug installieren bzw. warten lassen. Bei den wichtigsten Anbietern von Aufzügen in der Schweiz handelt es sich um international tätige Unternehmen, welche ihre Aufzüge auch in der Schweiz anbieten. In der Schweiz sind neben international führenden Anbietern auch national ausgerichtete Anbieter in der Installation und Wartung von Aufzügen tätig. Es ist davon auszugehen, dass in der Schweiz die meisten Immobilienbesitzer für die Installation und Wartung von Aufzügen jeweils auf die Schweizer Niederlassung eines international tätigen Unternehmens oder auf ein Schweizer Unternehmen zurückgreifen. Ausserdem haben die einschlägigen Vorschriften im Bereich von Aufzügen nationalen, wenn nicht sogar kantonalen Charakter (vgl. Rz 12). Es kann daher im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung je von einem *nationalen Markt* für die Installation und die Wartung von Aufzügen ausgegangen werden.

### B.3.3 Marktstellung

#### B.3.3.1 Aktueller Wettbewerb

31. Auf dem *Markt für den Verkauf von (Personen-)Aufzügen* ist Schindler mit Abstand das grösste Unternehmen. Dahinter folgen mehrere mittelgrosse sowie eine Reihe von kleineren Herstellern. Nachfolgend sind die Umsatzzahlen der fünf grössten in der Schweiz tätigen Hersteller aufgeführt.

<sup>14</sup> Vgl. MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 175 ff. Vgl. zudem aus ökonomischer Sicht zu sog. "Aftermarkets" SIMON BISHOP/MIKE WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 2nd Ed., 2002, 205 ff.

<sup>15</sup> RPW 2001/3, 496, Rz 15, Ascenseurs.

<sup>16</sup> RPW 2001/3, 496, Rz 16 b), Ascenseurs.

Umsätze beim Verkauf von Aufzügen in der Schweiz (in Mio. CHF):

	2006	2007	2008
Schindler (mit AS Aufzüge)	[100-150]	[150-200]	[150-200]
Otis	[25-50]	[50-75]	[50-75]
Kone	[20-25]	[0-25]	[0-25]
ThyssenKrupp	[25-50]	[25-50]	[0-25]
Emch	[0-25]	[0-25]	[0-25]

Quelle: Angaben der Unternehmen

32. Die Hersteller von Aufzugsanlagen sind nicht nur in der Fabrikation und Produktion tätig, sondern führen auch Wartung und Reparatur durch. Dabei warten sie zwar primär Anlagen aus eigener Produktion, haben aber auch Aufzüge von anderen Herstellern in ihrem Wartungsportfolio. Somit stehen die Hersteller von Aufzügen beim Verkauf und der Installation von neuen Auf-

zugsanlagen miteinander im Wettbewerb, während sie im Bereich Wartung und Reparatur sowohl untereinander als auch mit den unabhängigen Wartungsunternehmen im Wettbewerb stehen.

33. Die Umsätze der grössten Anbieter im *Bereich von Wartung und Reparatur* sind in der nachfolgenden Tabelle zusammengefasst:

Umsätze bei Wartung und Reparatur von Aufzügen in der Schweiz (in Mio. CHF):

	2006	2007	2008
Schindler (mit AS Aufzüge)	[350-400]	[350-400]	[400-450]
Otis	[75-100]	[75-100]	[75-100]
Kone	[0-25]	[0-25]	[0-25]
ThyssenKrupp	[0-25]	[25-50]	[25-50]
Emch	[0-25]	[0-25]	[0-25]

Quelle: Angaben der Unternehmen

34. Dabei wird deutlich, dass Schindler auch im Bereich Wartung und Reparatur klar der Marktführer ist. So ist der Umsatz von Schindler auf dem Markt für die Wartung von Aufzügen in der Schweiz mehr als viermal so hoch wie jener des umsatzmässig nächstgrösseren Unternehmens. Im Vergleich zum Geschäft mit Neuanlagen hat Schindler im Jahr 2008 im Bereich Wartung und Reparatur einen rund 2.5-mal höheren Umsatz erzielt. Wartung und Reparatur stellen somit für die Hersteller eine sehr wichtige Geschäftstätigkeit dar und sind keineswegs nur als Nebentätigkeit zum Geschäft mit dem Verkauf von Aufzügen zu betrachten.

35. Die Hersteller – und damit auch Schindler – verfügen im Bereich von Wartung und Reparatur naturgemäss über einen Vorteil gegenüber den unabhängigen Wartungsunternehmen. Sie kennen ihre eigenen Produkte bereits vom ersten Entwicklungsschritt an und können sich so auch für deren Wartung und Reparatur – bereits in der Entwicklungsphase eines neuen Produkts – entsprechende Kenntnisse aufbauen. Deshalb wählen viele

Eigentümer von Aufzügen aus Qualitätsgründen und Sicherheitsüberlegungen den jeweiligen Hersteller für die notwendigen Wartungs- und Reparaturarbeiten. Die unabhängigen Wartungsunternehmen dagegen müssen sich das entsprechende Wissen über einen neuen Aufzugstyp erst in aufwendiger Kleinarbeit aneignen. Damit sind sie von den Herstellern insofern abhängig, als sie von diesen sowohl Ersatzteile und Dokumentationsunterlagen als auch Schulungen benötigen, um Wartung und Reparatur an den verschiedenen Aufzugstypen der Hersteller ausführen zu können.

36. Zusammenfassend ist der aktuelle Wettbewerb sowohl auf dem Markt für die Installation von Aufzügen als auch auf dem Markt für die Wartung von Aufzügen in der Schweiz durch eine starke Stellung von Schindler geprägt.

### B.3.3.2 Potentieller Wettbewerb

37. Die Disziplinierungswirkung beziehungsweise Wirksamkeit der potentiellen Konkurrenz hängt insbesondere



von drei Faktoren ab: der Wahrscheinlichkeit von Marktzutritten, der Zeitspanne bis zum Wirksamwerden etwaiger Marktzutritte und dem Ausmass der Marktzutritte.

38. Auf dem Markt für Wartung und Reparatur von Aufzugsanlagen gibt es zur Zeit keine Anzeichen für Markteintritte. Durch die technologische Entwicklung wird es für die unabhängigen Wartungsunternehmen eher schwieriger, sich auf dem Markt zu behaupten (siehe Rz 2).

39. Zusätzlich werden viele ältere Aufzugsanlagen auch einer sogenannten Modernisierung unterzogen. Von einer Modernisierung spricht man, wenn neben dem Einbau von neuen Komponenten mindestens eine wichtige Aufzugskomponente bestehen bleibt.<sup>17</sup> Die Modernisierung ist auch in der europäischen Norm EN 81-80 geregelt und wird als SNEL (Safety Norm for Existing Lifts) bezeichnet. Danach umfasst die Modernisierung den Einbau von Kabinenabschlussstüren, die Gewährleistung eines präzisen und sanften Anhaltens auf den Etagen, was den Einbau eines elektronischen Antriebs erfordert, sowie den Anschluss des Aufzugsalarms an ein Notrufsystem.<sup>18</sup> Die Hersteller empfehlen den Eigentümern von älteren Aufzugsanlagen eine solche Modernisierung, wobei dies vor allem mit der Vermeidung von Haftungsfällen nach Art. 58 OR für den Eigentümer der Anlage begründet wird.<sup>19</sup> Die Umsetzung dieser Sicherheitsnorm ist nicht in der Aufzugsverordnung geregelt (siehe Rz 12) und nur in den Kantonen Zürich und Genf gesetzlich vorgeschrieben, während sie in den anderen Kantonen zur Zeit lediglich als Empfehlung dient.

40. Es ist anzunehmen, dass die Modernisierung in erster Linie durch jenes Unternehmen durchgeführt wird, welches den Lift hergestellt hat, wobei dies nicht zwingend der Fall sein muss. Durch die Modernisierung wird ein Aufzug der älteren Generation sozusagen zu einem der neuen Generation. Damit stellen sich für die unabhängigen Wartungsunternehmen wieder die gleichen Probleme wie bei einer Neuinstallation (siehe Rz 2), da sie die Wartung aus Gründen der technischen Komplexität nicht mehr durchführen können. Zudem würden wohl viele Eigentümer von Aufzügen einen neuen Wartungsvertrag mit jenem Unternehmen abschliessen, welches auch die Modernisierung durchgeführt hat. Somit ist es für die unabhängigen Wartungsunternehmen nicht nur schwierig, neue Wartungsverträge abzuschliessen, sondern sie könnten durch die Modernisierung auch bestehende Wartungskunden verlieren.

41. Die Mehrheit der befragten Marktteilnehmer ist der Meinung, dass es in Zukunft wohl eher zu einer Marktkonzentration kommen wird. Allerdings wird auch die Auffassung vertreten, dass es auch in Zukunft immer eine gewisse Anzahl von unabhängigen Wartungsunternehmen geben wird.

42. Um sich ein fundiertes Wissen über Aufzüge und auch deren Wartung anzueignen, wird eine entsprechende Ausbildung benötigt, welche in erster Linie bei den Herstellern von Aufzügen erworben werden kann. Bei den unabhängigen Wartungsunternehmern handelt es sich daher häufig um ehemalige Mitarbeiter eines Herstellers von Aufzügen.

43. Zusammenfassend kann zur Marktstellung Folgendes festgehalten werden: Schindler verfügt sowohl auf dem Markt für den *Verkauf bzw. die Installation von Aufzügen* als auch auf dem vorliegend besonders interessierenden Markt für die *Wartung von Aufzügen* zweifellos über eine starke Marktstellung. Auf dem Markt für den Verkauf von Aufzügen ist Schindler mit Abstand das grösste Unternehmen, vor mehreren mittelgrossen sowie einer Reihe von kleineren Herstellern. Auf dem Markt für die Wartung von Aufzügen ist der Umsatz von Schindler in der Schweiz mehr als viermal so hoch wie jener des umsatzmässig nächstgrösseren Unternehmens.

44. Ob Schindler auf dem Markt für die Wartung von Aufzügen über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt, kann vorliegend letztlich offen gelassen werden, da bezüglich der in der vorliegenden Vorabklärung betrachteten Problemfelder – Zugang zu Ersatzteilen, Zugang zu Schnittstellen und technischen Hilfsmitteln und Abschluss langfristiger Wartungsverträge – keine genügenden Anhaltspunkte für einen Missbrauch im Sinne von Art. 7 KG vorliegen.

### B.3.4 Möglicherweise unzulässige Verhaltensweisen

45. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Diese Kriterien in der Generalklausel müssen in jedem Fall erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt.

46. Vorliegend stehen bezüglich möglicherweise unzulässigen Verhaltensweisen folgende drei Bereiche im Zusammenhang mit dem Service und der Wartung von Aufzügen im Vordergrund: Erstens der Zugang zu Ersatzteilen, zweitens der Zugang zu Schnittstellen und technischen Hilfsmitteln und drittens der Abschluss langfristiger Wartungsverträge. Nachfolgend wird auf diese drei Problemfelder separat eingegangen.

#### B.3.4.1 Ersatzteile

47. Mehrere unabhängige Wartungsunternehmen haben gegenüber dem Sekretariat auf folgende Teilprobleme im Zusammenhang mit Ersatzteilen hingewiesen: (i) Zugang zu Ersatzteilen, (ii) überhöhte Preise, (iii) keine Preisliste, (iv) lange Lieferfristen und (v) Angabe der Seriennummer. Nachfolgend wird auf diese Teilaspekte näher eingegangen.

<sup>17</sup> SECO (Fn 5), 7.

<sup>18</sup> Verband Schweizerischer Aufzugsunternehmen, Empfehlungen zur Erhöhung der Sicherheit Ihres älteren Aufzuges, <[http://www.aufzuege.ch/docs/Empfehlung\\_TK\\_SNEL\\_D070206.pdf](http://www.aufzuege.ch/docs/Empfehlung_TK_SNEL_D070206.pdf)> (19.2.2010).

<sup>19</sup> <<http://www.snel-esba.ch/weiter/intro/default.asp>> (19.2.2010).

48. Schindler legt in seinem "Code of Conduct" bezüglich der Lieferung von Ersatzteilen an Dritte fest, dass eine Belieferung mit Ersatzteilen an nachfragende Dritte ohne unnötige Restriktionen, innerhalb nützlicher Frist sowie zu einem angemessenen Preis zu erfolgen hat.<sup>20</sup> Schindler bezeichnet diese Ersatzteile als "Spare Parts". Allerdings sieht Schindler auch gewisse Einschränkungen bei der Belieferung von Dritten mit "Spare Parts" vor. So werden beispielsweise eigene Niederlassungen bevorzugt behandelt, falls ein solches Ersatzteil nur beschränkt lieferbar ist.

49. Dagegen werden sogenannte "Support Parts" (patentgeschützte Ersatzteile oder geheimes Know-how wie Platinen, die eine Steuerungsfunktion haben) üblicherweise nicht an Dritte geliefert. Laut dem "Code of Conduct" von Schindler sind solche Ersatzteile oder solches Wissen nicht nötig, damit ein Dritter eine Standardwartung oder eine Reparatur vornehmen kann. Eine allfällige Lieferung an einen Dritten müsste mit dem zuständigen Rechtskonsultanten abgeklärt werden und sollte, falls nötig, nur unter einer angemessenen Lizenzvereinbarung erfolgen.

50. Die unabhängigen Wartungsunternehmen haben ausgeführt, dass sich in den letzten Jahren die Preise für Ersatzteile von Schindler bis um das Siebenfache erhöht hätten. Zudem könnten Preiserhöhungen auch überraschend und ohne ersichtlichen Grund erfolgen. Die Preisbildung sei überdies sehr intransparent, weil seit 2003 keine Preisliste der Schindler-Ersatzteile zur Verfügung stehe und damit auch ein Preisvergleich sehr schwer sei. Durch die hohen Preise für Ersatzteile müssten die unabhängigen Wartungsunternehmen ihren Kunden einen viel zu hohen Preis für Reparaturen verrechnen. Ausserdem sei teilweise mit sehr langen Lieferfristen zu rechnen.

51. Die steigenden Preise für Ersatzteile sind laut Schindler durch den Anstieg der Rohstoffpreise zu begründen und hätten sich in den vergangenen Jahren um ca. [0–5] % pro Jahr erhöht. Schindler verrechnet den unabhängigen Wartungsunternehmen eine Unkostenpauschale von [10–15] % auf den Ersatzteilpreis. Diese Pauschale deckt alle ausserordentlichen Aufwendungen in der Auftragsabwicklung bei einer Bestellung durch unabhängige Wartungsunternehmen.

52. Schindler verfügt an seinem Hauptsitz über ein Ersatzteillager, welches mehr als 19'000 Teile umfasst. Es wäre daher mit erheblichen Investitionen verbunden, wenn eine Preisliste erstellt und auch ständig aktualisiert werden müsste, was auch Auswirkungen auf die Preise der Ersatzteile hätte.

53. Die unabhängigen Wartungsunternehmen führen aus, dass sie die Ersatzteile beim Ersatzteilverkauf von Schindler in Ebikon bestellen müssen. Dabei müsse auch die Seriennummer jenes Aufzuges angegeben werden, für welchen das Ersatzteil bestimmt ist. Damit wisse Schindler, welches unabhängige Wartungsunternehmen Service und Wartung für welchen Aufzug vornimmt. Der Ersatzteilverkauf von Schindler würde gemäss Aussage eines unabhängigen Wartungsunternehmens auch die jeweilige lokale Serviceniederlassung von Schindler informieren, welche in direkter Konkurrenz zum unabhängigen Wartungsunternehmen steht. Teil-

weise würde dann diese Serviceniederlassung den Kunden kontaktieren und versuchen, ihn als Wartungskunden zu gewinnen.

54. Schindler weist diesbezüglich auf das Risiko hin, dass unabhängige Wartungsunternehmen falsche Ersatzteile bestellen könnten. Deshalb werde jede Bestellung durch die Ersatzteilspezialisten überprüft, um damit eine hohe Qualität und auch die Sicherheit für den Kunden zu gewährleisten. Aus diesem Grund könne auch bei einer Bestellung durch ein unabhängiges Wartungsunternehmen die Seriennummer des Aufzuges, für den das entsprechende Ersatzteil bestimmt ist, verlangt werden.

55. Vorliegend stellt sich die Frage, ob eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG oder eine Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG durch Schindler vorliegen könnte.

56. Bezüglich einer möglichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gibt es grundsätzlich keine Anzeichen, dass Schindler den Verkauf von Ersatzteilen an unabhängige Wartungsunternehmen systematisch zu behindern versucht. Im "Code of Conduct" wird klar festgehalten, dass Dritte grundsätzlich mit Ersatzteilen beliefert werden sollen. Die ebenfalls im "Code of Conduct" festgehaltenen Einschränkungen betreffen patentgeschützte oder sonstige spezielle Ersatzteile, welche Schindler einer gewissen Geheimhaltung unterstellen will, auch damit diese nicht in die Hände eines anderen Herstellers gelangen können. Auch die von Schindler im "Code of Conduct" weiter vorgesehenen Einschränkungen, wie die bereits erwähnte Bevorzugung der eigenen Wartungsniederlassungen, stellen vorliegend keinen Hinweis auf eine unzulässige Verhaltensweise dar, solange diese nicht systematisch und in einer unverhältnismässigen Art und Weise erfolgen. Solange sich Schindler an seinen eigenen "Code of Conduct" hält, wofür es gegenwärtig keine gegenteiligen Anzeichen gibt, kann nicht von einem Missbrauch gesprochen werden.

57. Eine Erzwingung unangemessener Preise könnte vorliegen, weil die unabhängigen Wartungsunternehmen oftmals ein Originalersatzteil von Schindler benötigen, somit keine Ausweichmöglichkeit haben, und Schindler sich damit bei der Festlegung der Preise nicht am Markt orientieren muss. Allerdings sind gerade für mechanische Aufzüge der älteren Generation Ersatzteile von dritten Herstellern frei erhältlich, so dass hier trotzdem eine gewisse Ausweichmöglichkeit besteht. Massive Preissteigerungen liegen vor allem bei einzelnen Ersatzteilen vor, für welche Schindler spezifische Bestandteile von Zulieferern braucht, welche aber nicht mehr produziert werden. In einem solchen Fall muss Schindler diese Bestandteile zu hohen Kosten nachproduzieren lassen, was dann auch den Preis des Ersatzteils entsprechend erhöht.

<sup>20</sup> Schindler Code of Conduct ON 0-04411, 2.

58. Zwar ist der Umstand, dass Schindler keine Preisliste veröffentlicht, grundsätzlich kritisch zu beurteilen, da so keine Transparenz bezüglich der Ersatzteilpreise herrscht. Aufgrund der Tatsache, dass Schindler ein grosses Ersatzteillager bewirtschaftet und das Erstellen und insbesondere Aktualisieren einer Preisliste für unabhängige Wartungsunternehmen tatsächlich mit einem hohen Aufwand verbunden wäre, lässt sich dies aber durchaus erklären. Dies umso mehr, als der Verkauf von Ersatzteilen an Dritte für Schindler nicht zum eigentlich Kerngeschäft gehört.

59. Eine Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen könnte der Umstand darstellen, dass die unabhängigen Wartungsunternehmen jeweils die Seriennummer des betreffenden Aufzugs angeben müssen, womit Schindler Informationen über die Kunden der unabhängigen Wartungsunternehmen erhält. Wird die Angabe der Seriennummer von Schindler für andere Zwecke als zur ordnungsgemässen Abwicklung des Bestellauftrages und zur Sicherstellung, dass für den betreffenden Aufzug auch das richtige Ersatzteil bestellt wird, verwendet, so könnte allenfalls ein Missbrauch vorliegen. Allerdings liegen derzeit keine Hinweise vor, dass Schindler diese Informationen tatsächlich und gezielt benutzt, um so einen Vorteil gegenüber den unabhängigen Wartungsunternehmen zu erlangen.

60. Bezüglich Ersatzteilen kann zusammenfassend festgehalten werden, dass der Zugang zu Ersatzteilen grundsätzlich gewährleistet ist. Es bestehen insbesondere keine Anzeichen, dass Aufzugshersteller systematisch versuchen, den Verkauf von Ersatzteilen an unabhängige Wartungsunternehmen zu behindern oder unangemessene Preise für Ersatzteile zu erzwingen.

#### **B.3.4.2 Technische Hilfsmittel und Unterlagen/Dokumentation**

61. Unabhängige Wartungsunternehmen haben weiter ausgesagt, dass sie von Schindler weder die notwendigen Dokumentationsunterlagen noch die technischen Hilfsmittel für die Service- und Reparaturarbeiten erhielten. Bei den Aufzügen der neusten Generation, welche mit einer Benutzerschnittstelle ausgerüstet sind, benötige man zum Ausführen von gewissen Wartungsarbeiten und insbesondere von Reparaturen Werkzeuge und Fehlercodes. Diese Codes können an der Benutzerschnittstelle abgelesen und mit Hilfe eines Handbuchs interpretiert werden. Dabei wird bei jedem Fehlercode die mögliche Ursache einer Störung zugeordnet und eine Anleitung zur Störungsbehebung beschrieben (vgl. auch Rz. 3).

62. Im Zusammenhang mit Dokumentationsunterlagen und technischen Hilfsmitteln können vier Kategorien unterschieden werden: (i) Eigentümersdokumentation, (ii) Handbuch für Konfiguration und Diagnostik, (iii) technische Dokumentationen für Spezialisten, (iv) Field Devices. Nachfolgend wird auf diese vier Kategorien im Einzelnen eingegangen.

63. (i) Eigentümersdokumentation: Dieses Dokument enthält unter anderem die Basisdaten der Anlage, Instandhaltungsinformationen für Sicherheitskomponenten und weitere technische Dokumentationen. Jeder Eigentümer eines neuen Aufzugs erhält diese Dokumentation

aufgrund der Aufzugsverordnung (vgl. Rz 12). Gemäss den Aussagen von Schindler kann ein unabhängiges Wartungsunternehmen mit dieser Dokumentation eine standardmässige Wartung ohne Probleme durchführen. Dafür seien auch keine weiteren Hilfsmittel oder Unterlagen nötig.

64. (ii) Handbuch für Konfiguration und Diagnostik: Dieses Dokument enthält unter anderem Wartungs- und Fehlercodes.<sup>21</sup> Die Interpretation dieser Codes erlaubt eine schnelle Erkennung der Fehlerquelle und mögliche Massnahmen zur Störungsbehebung. Für mechanische Wartungsarbeiten ist die Interpretation dieser Codes jedoch nicht nötig. Das Handbuch für Konfiguration und Diagnostik wird von Schindler nicht an Dritte abgeben und entsprechend geheim gehalten. Es wird nur an jene Wartungstechniker abgegeben, welche an einer spezifischen Schulung teilgenommen haben. Eine solche Schulung wird nicht für unabhängige Wartungstechniker angeboten. Schindler bietet unabhängigen Wartungsunternehmen generell keine Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten an. Wartungstechniker sind verpflichtet, das Handbuch geheim zu halten und Dritten keinen Einblick zu gewähren.<sup>22</sup>

65. (iii) Technische Dokumentation für Spezialisten: Diese Dokumente sind an Spezialisten gerichtet, die über eine höhere Qualifikation als ein Wartungstechniker verfügen.<sup>23</sup>

66. (iv) Field Devices: Field Devices enthalten nicht patentierte wichtige Geschäftsgeheimnisse oder sonstiges Know-how. Field Devices können Notebooks, Diagnose-Tools oder Informationen sein, welche eine effiziente Wartung unterstützen oder eine präventive Wartung ermöglichen. Solche Field Devices werden im Normalfall einerseits aus Gründen der Sicherheit nicht an Dritte geliefert (vgl. Rz 49), da damit auch sicherheitsrelevante Parameter, wie das Schliessintervall der Aufzugstüre oder die Fahrgeschwindigkeit des Aufzugs, verändert werden können. Andererseits werden sie auch zum Schutz des Know-how und des geistigen Eigentums nicht weitergegeben.

67. Nachfolgend wird beurteilt, ob die Nichtabgabe von Hilfsmitteln und Unterlagen (mit der Ausnahme der gesetzlich vorgeschriebenen Eigentümersdokumentation) an Dritte eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen nach Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG darstellt.

68. *Handbuch für Konfiguration und Diagnostik*: Das Handbuch für Konfiguration und Diagnostik wird nur für elektronische Wartungs- und Reparaturarbeiten benötigt. Da die überwiegende Mehrheit der anfallenden Wartungs- und Reparaturarbeiten jedoch mechanischer Natur ist, können diese auch ohne das Handbuch für Konfiguration und Diagnostik ausgeführt werden. Entsprechend werden durch die Nichtabgabe andere Unternehmen kaum in der Ausübung des Wettbewerbs behindert, und es liegt kein Missbrauch einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung vor.

<sup>21</sup> Schindler 3100/3300/5300 Bionic 5, Rel.2.0 und Rel.4.0, Konfiguration und Diagnostik, Kurzanleitung EU\_K608208\_DE\_06, Ausgabe 02-2008.

<sup>22</sup> Schindler-Kurzanleitung (Fn 21), Kapitel 1.2.

<sup>23</sup> Schindler-Kurzanleitung (Fn 21), Kapitel 1.7.

69. *Technische Dokumentation für Spezialisten und Field Devices*: Spezialisten und Field Devices kommen nur bei aussergewöhnlichen (grösseren) Reparaturen zum Einsatz. Entsprechend sind auch sie für die überwiegende Mehrheit der Reparatur- und Wartungsarbeiten nicht erforderlich. Weiter gilt es anzumerken, dass bei Bedarf Fachspezialisten von unabhängigen Wartungsunternehmen, gegen Rechnung, angefordert werden können. Analog zu Rz 68 kann daher festgehalten werden, dass durch die Nichtabgabe von technischen Dokumenten und Field Devices andere Unternehmen in der Ausübung des Wettbewerbs kaum behindert werden und damit auch kein Missbrauch einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung vorliegt.

70. Für die Nichtabgabe von Dokumenten und Unterlagen macht Schindler zwei Gründe geltend:

i. Sicherheitsbedenken: Mit Hilfe von technischen Dokumenten oder Field Devices könnten auch sicherheitsrelevante Konfigurationen an den Liften vorgenommen werden. Würden solche durch unqualifiziertes Personal ausgeführt, erhöhte dies die Gefahr von Schäden und Unfällen. Allfällige resultierende Imageschäden hätten dann immer Schindler zu tragen.

ii. Schutz von Geschäftsgeheimnissen und geistigem Eigentum: Wäre Schindler dazu verpflichtet, die oben erwähnten Dokumente und Hilfsmittel an unabhängige Wartungsunternehmen auszugeben, bestünde die Gefahr, dass sensible Informationen, geheimes Know-how und Geschäftsgeheimnisse in den Besitz der Konkurrenz gelangten. Schindler stünde jedoch – im Sinne eines funktionierenden Wettbewerbs – ein gewisser Schutz der eigenen Innovationen zu. Schliesslich wäre es genau dieser Schutz, welcher Schindler die Internalisierung von Forschungs- und Entwicklungskosten erlaubt und damit Anreize zu Innovation und Produktverbesserung garantiert.

71. Ob und inwiefern die von Schindler angeführten Argumente das vorliegende Verhalten (Nichtabgabe von Dokumenten usw.) sachlich rechtfertigen würden, kann zur Zeit offen gelassen werden, da – wie unter Rz 68 und Rz 69 bereits erwähnt – dadurch andere Unternehmen in der Ausübung des Wettbewerbs kaum behindert werden.

72. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Zugang zu technischen Hilfsmitteln mit gewissen Einschränkungen verbunden ist. Diese Einschränkungen vermögen jedoch zur Zeit nicht zu verhindern, dass die üblicherweise anfallenden Wartungs- und Reparaturarbeiten auch von unabhängigen Wartungsunternehmen durchgeführt werden können.

#### **B.3.4.3 Wartungsverträge**

73. Gegenüber dem Sekretariat wurde im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung angedeutet, dass die grossen Hersteller Neuinstallationen manchmal Preise unter den effektiven Herstellkosten offerierten. Diesen Verlust würden sie anschliessend mit höheren Wartungspreisen kompensieren.

74. Zwischen den Eigentümern von Aufzügen und den Herstellern bzw. den unabhängigen Wartungsunternehmen werden in der Regel langjährige Wartungsverträge

abgeschlossen. Bei Schindler beträgt die Dauer eines sogenannten Teilservicevertrages fünf Jahre, bei einem Vollservicevertrag (inkl. Reparaturabdeckung) zehn Jahre.

75. Gemäss den Angaben von Schindler wird mit dem Abschluss eines Kaufvertrages für eine Neuanlage kein integrierter Servicevertrag abgeschlossen, so dass ein Eigentümer grundsätzlich frei ist, mit welchem Unternehmen er einen Wartungsvertrag abschliesst. Die Hersteller verfügen allerdings gegenüber den unabhängigen Wartungsunternehmen über einen Vorteil, da sie bereits mit der Installation einer neuen Aufzugsanlage einen ersten Kundenkontakt haben sowie alle technischen Angaben des Aufzugs bereits kennen. Hinzu kommt, dass bei einer Neuanlage die Garantiezeit im Normalfall zwei Jahre beträgt (SIA Norm 118) und diese Garantie entfällt, wenn durch eine unsachgemässe Wartung durch einen Dritten ein Defekt entsteht. Damit wird der Eigentümer eines Aufzugs den Wartungsvertrag für die erste Zeit typischerweise beim Hersteller abschliessen.

76. Die vorliegende Vorabklärung hat gezeigt, dass sich die Wartung von Neuanlagen durch die Ablösung der Aufzüge traditioneller Bauart durch neuere Modelle in Zukunft schwieriger gestalten dürfte. Diese Problematik bezüglich der Wartung und der Reparatur von Aufzügen ist jedoch durch die zunehmende technische Komplexität der Aufzüge bedingt und nicht auf den Abschluss und die Ausgestaltung von Wartungsverträgen zurückzuführen. Die Frage, ob die Wartungspreise allenfalls überhöht sind, bildete nicht Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung, welche sich auf die Hinweise bezüglich möglicher Wettbewerbsbeschränkungen im Zusammenhang mit dem Zugang zu Ersatzteilen sowie dem Zugang zu Schnittstellen und technischen Hilfsmitteln konzentriert hat.

#### **B.4 Ergebnis**

77. Zusammenfassend kann in Bezug auf die eingangs erwähnten Problemfelder im Zusammenhang mit dem Service und der Wartung von Aufzügen Folgendes festgehalten werden. Der Zugang zu Ersatzteilen ist grundsätzlich gewährleistet, und es bestehen insbesondere keine genügenden Anzeichen, dass Aufzugshersteller systematisch versuchen, den Verkauf von Ersatzteilen an unabhängige Wartungsunternehmen zu behindern oder unangemessene Preise zu erzwingen. In Bezug auf den Zugang zu Schnittstellen und technischen Hilfsmitteln bestehen zwar gewisse Einschränkungen, wodurch jedoch andere Unternehmen kaum in der Ausübung des Wettbewerbs behindert werden.

78. Generell lässt sich sagen, dass zur Zeit für einen bedeutenden Teil der Aufzüge die Wartung nicht unmittelbar an die Installation gebunden ist. Es ist jedoch vorstellbar, dass sich die Möglichkeit der Fremdwartung durch die sich abzeichnende Ablösung der Aufzüge traditioneller Bauart durch neuere – stärker elektronisch geprägte – Modelle schwieriger gestalten wird. Vor diesem Hintergrund scheint es sinnvoll, die Marktverhältnisse bei der Installation und Wartung von Aufzügen weiter zu beobachten. Die vorliegende Vorabklärung bringt zum Ausdruck, auf welche Bereiche im Hinblick auf mögliche Wettbewerbsbeschränkungen am ehesten zu achten ist. Zum jetzigen Zeitpunkt liegen jedoch keine

---

genügenden Anhaltspunkte für die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG vor, weshalb das Sekretariat die vorliegende Vorabklärung schliesst.

### **C Schlussfolgerungen**

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

1. stellt fest, dass keine genügenden Anhaltspunkte für die Eröffnung einer Untersuchung vorliegen;
  2. beschliesst, die Vorabklärung einzustellen;
  3. teilt den Beteiligten die Einstellung der Vorabklärung mit.
-

B 1.1

**2. Switch/Switchplus**

*Schlussbericht vom 22. Februar 2011 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Switch/Switchplus wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG.*

*Rapport final du 22 février 2011 concernant l'enquête préalable selon l'art. 26 LCart concernant Switch/Switchplus, relative à d'éventuels abus de position dominante au sens de l'art. 7 LCart.*

*Rapporto finale del 22 febbraio 2011 attinente all'inchiesta preliminare giusta l'articolo 26 LCart relativo al caso Switch/Switchplus in relazione a degli eventuali abusi di posizione dominante ai sensi dell'articolo 7 LCart.*

**A Sachverhalt****A.1 Verfahren**

1. Am 6. Oktober 2009 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Anzeige von Hostpoint AG und zehn weiteren Anbietern von Internetdienstleistungen (nachfolgend: Anzeigerinnen oder Hostpoint et al.) gegen Switch – Teleinformatikdienste für Lehre und Forschung (nachfolgend: Switch) eingegangen. Hostpoint et al. machten geltend, Switch verfüge über eine marktbeherrschende Stellung im Markt der Registrierung von Domain-Namen des Typs ".ch" und ".li" und ermögliche unter missbräuchlichem Einsatz dieser marktbeherrschenden Stellung ihrer Tochtergesellschaft switchplus ag (nachfolgend: Switchplus) in diskriminierender Art und Weise eine massive Besserstellung im Wettbewerb.

2. Mit weiteren Schreiben vom 29. Oktober 2009 respektive 24. Dezember 2009 reichten Hostpoint et al. jeweils Ergänzungen ihrer Anzeige beim Sekretariat ein. Mit Schreiben vom 24. Dezember 2009 stellten die Anzeigerinnen zudem erstmals das Begehren, die mit Anzeige vom 2. Oktober 2009 verlangten Verhaltensänderungen der Switch seien von der Weko unverzüglich anzuordnen.

3. Das Sekretariat teilte Hostpoint et al. mit Schreiben vom 11. Januar 2010 mit, dass es die Eröffnung einer Vorabklärung gemäss seiner Praxis ablehne, solange ein Zivilprozess in gleichgerichteter Sache hängig sei.<sup>1</sup> Diese Mitteilung erfolgte vor dem Hintergrund eines vor den Zivilgerichten des Kantons Zürich hängigen Verfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen in der gleichen Angelegenheit: Bereits mit Schreiben vom 24. September 2009 reichten neun der elf Anzeigerinnen beim Handelsgericht Zürich ein Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen ein. Diesem Gesuch wurde am 25. September 2009 stattgegeben. Mit Verfügung vom 25. November 2009 wurde das Massnahmebegehren vom Handelsgericht Zürich mit Verweis auf fehlende Glaubhaftmachung eines nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteils abgewiesen und die superprovisorische Anordnung, die Switch untersagte, auf der Startseite der Webseite "switch.ch" "eine Option für die Regist-

rierung von Domain Namen bei Switchplus als einzigem Wholesale-Partner von Switch aufzuführen" sowie "das Logo von Switchplus als einzigem Wholesale-Partner von Switch darzustellen"<sup>2</sup>, mit sofortiger Wirkung wieder aufgehoben. Die Anzeigerinnen erhoben am 23. Dezember 2009 gegen diesen Entscheid Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht des Kantons Zürich.

4. Am 5. März 2010 fand des Weiteren ein Gespräch zwischen Vertretern des Sekretariats und den Anzeigerinnen statt. Dabei erläuterte das Sekretariat den Anzeigerinnen seine Praxis dahingehend, dass es die Eröffnung eines Verfahrens bei gleichzeitiger Hängigkeit eines Zivilprozesses in gleichgerichteter Sache zwecks Vermeidung allfälliger widersprüchlicher Ergebnisse grundsätzlich ablehne. Dies gelte umso mehr, wenn seitens der Zivilgerichte Massnahmen verfügt wurden beziehungsweise diese im Begriff seien, über ein Massnahmebegehren zu entscheiden.

5. Nachdem Hostpoint et al. mit Schreiben vom 21. Juni 2010 gegenüber dem Sekretariat erklärt hatten, im Zivilprozess betreffend das vorsorgliche Massnahmebegehren auf die Ergreifung weiterer Rechtsmittel zu verzichten (ihre Nichtigkeitsbeschwerde wurde in der Zwischenzeit vom Kassationsgericht gutgeheissen, das Massnahmenbegehren vom Handelsgericht jedoch mit Verfügung des Einzelrichters vom 3. Juni 2010 wiederum abgewiesen), eröffnete das Sekretariat am 25. Juni 2010 eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG<sup>3</sup> in Sachen Geschäftsbeziehungen zwischen Switch und Switchplus.

6. Mit Schreiben vom 28. Juni 2010 versandte das Sekretariat Fragebögen zur näheren Abklärung des Sachverhalts an Switch, Switchplus und Hostpoint et al. Die Antworten dazu gingen bis zum 26. Juli 2010 beim Sekretariat ein. In der Zwischenzeit fand unter anderem am 14. Juli 2010 ein Gespräch zwischen Vertretern des Sekretariats und von Switch/Switchplus statt.

7. Zudem erhielt das Sekretariat mit Schreiben vom 13. und 17. August 2010 gestützt auf ein Amtshilfeersuchen gemäss Artikel 41 KG Unterlagen vom Bundesamt für Kommunikation (nachfolgend: BAKOM) aus dem gleichzeitig hängigen Aufsichtsbeschwerdeverfahren gegen Switch, worauf am 1. Oktober 2010 noch ein Treffen zwischen Vertretern des Sekretariats und des BAKOM folgte.

<sup>1</sup> Vgl. dazu auch RPW 1997/4, 596 Rz 17 f.

<sup>2</sup> Verfügung des Handelsgerichts Zürich vom 25.9.2009, S. 3, Beilage 3 zum Schreiben der Anzeigerinnen vom 2.10.2009.

<sup>3</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

8. Mit Schreiben vom 2. September 2010 teilte das Sekretariat Hostpoint et al. sowie Switch/Switchplus mit, dass es mangels Glaubhaftmachung eines nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteils für den Wettbewerb vorläufig darauf verzichte, der Wettbewerbskommission den Erlass vorsorglicher Massnahmen zu beantragen beziehungsweise im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG gegen Switch zu eröffnen.

9. Zwecks zusätzlicher Marktklärungen und Sammlung aktualisierter Daten versandte das Sekretariat am 8. November 2010 jeweils einen zweiten Fragebogen an Switch und Switchplus respektive Hostpoint et al. Die entsprechenden Antworten gingen beim Sekretariat bis zum 10. Dezember 2010 ein.

## A.2 Parteien

10. Switch ist eine Stiftung mit Sitz in Bern. Sie bezweckt gemäss Handelsregistereintrag, die nötigen Grundlagen für den wirksamen Gebrauch moderner Methoden der Teleinformatik im Dienste der Lehre und Forschung in der Schweiz zu schaffen, zu fördern, anzubieten, sich an solchen zu beteiligen und sie zu erhalten.<sup>4</sup> Switch entwickelt und erbringt unter anderem diverse Dienstleistungen für Hochschulen im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologie. Zudem ist Switch auf Grundlage eines verwaltungsrechtlichen Vertrages mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft für die Zuteilung und Verwaltung von der Domain ".ch" untergeordneten Domain-Namen der zweiten Ebene (".ch"-Domain-Namen) zuständig.<sup>5</sup>

11. Switchplus ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie bezweckt unter anderem den Verkauf und das Anbieten von Internetlösungen, wie insbesondere die Registrierung von Domain-Namen, Betrieb von E-Mail, Hosting von Webseiten und Softwarevertrieb sowie weitere Dienstleistungen rund ums Internet.<sup>6</sup> Switchplus ist eine 100 %-ige Tochtergesellschaft von Switch<sup>7</sup> und wurde am 8. Mai 2009 ins Handelsregister eingetragen. Sie bietet Hosting-Dienstleistungen und Domain-Namen-Registrierung für Privatpersonen und Geschäftskunden an, wobei sie ihre Geschäftstätigkeit im Bereich Domain-Registrierung im August 2009 und im Bereich Web- und E-Mail-Hosting im April 2010 aufnahm.<sup>8</sup>

## A.3 Registrierung von Domain-Namen

12. Im Zentrum der Vorabklärung steht insbesondere die Tätigkeit von Switch (resp. ihrer Tochtergesellschaft Switchplus) im Bereich der Registrierung von Domain-Namen und ein allfälliger Einfluss dieser Tätigkeit auf andere Märkte (insb. Web- und E-Mail-Hosting)<sup>9</sup>. Im Folgenden wird deshalb kurz auf die Begrifflichkeiten und die Stellung von Switch in diesem Bereich eingegangen.

13. Um über das Internet Informationen abrufen zu können (etwa zum Anzeigen einer Webseite in einem sog. Web-Browser wie z.B. dem Internet Explorer), muss jeder Computer anhand einer einmaligen, aus Zahlenreihen bestehenden Adresse, der sogenannten IP-Adresse (z.B. "123.45.678.901"), identifizierbar sein. Damit die Internetbenutzer sich diese Zahlen nicht merken müssen, werden sie durch Namen ersetzt, die sich

leichter einprägen lassen. Es handelt sich dabei um die sogenannten Domain-Namen, die in der Regel aus durch Punkte getrennten Buchstabenfolgen bestehen (z.B. "weko.admin.ch").

14. Eine solche Internetadresse lässt sich im international verwendeten Domain-Namen-System in mehrere Ebenen unterteilen. Nimmt man wiederum die Webseite der Wettbewerbskommission ("weko.admin.ch") als Beispiel, so lässt sich die Verästelung wie folgt darstellen: Beim "ch" handelt es sich um die Domain der ersten Ebene (oder Top-Level-Domain), "admin" ist die Domain der zweiten Ebene (oder Second-Level-Domain) und "weko" die Domain der dritten Ebene (oder Third-Level-Domain).

15. Während nun unzählige Internetadressen mit ".ch" enden können (oder technisch gesprochen, der Top-Level-Domain "ch" untergeordnet sein können), ist jede Domain der zweiten Ebene insofern einzigartig, als diese nur einmal für jede Top-Level-Domain registriert werden kann (so kann z.B. "admin.ch" nur ein einziges Mal registriert und einem Halter zugewiesen werden). Die Zuteilung der Domain-Namen der zweiten Stufe (also z.B. Internetadressen mit Endung ".ch") an interessierte Privatpersonen oder Unternehmen erfolgt nach dem Grundsatz "first come, first serve"<sup>10</sup> durch bestimmte Registerbetreiber, die von der privaten Organisation ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers)<sup>11</sup> eingesetzt werden.

<sup>4</sup> Vgl. Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Bern (Firmennummer: CH-035.7.001.278-9).

<sup>5</sup> Vgl. dazu auch unten Rz 16. Switch ist zudem im Auftrag des Amtes für Kommunikation des Fürstentums Liechtenstein ebenfalls Registrierungsstelle für Domain-Namen mit Endung ".li". Im Nachfolgenden konzentrieren sich die Ausführungen auf die Situation betreffend die Domain-Namen mit Endung ".ch", zumal – insbesondere was die Frage angeht, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens vorliegen – keine unterschiedlichen Verhältnissen vorliegen dürften.

<sup>6</sup> Vgl. Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich (Firmennummer: CH-020.3.033.807-1).

<sup>7</sup> Vgl. <[http://www.switch.ch/de/about/profile/switchplus\\_info/](http://www.switch.ch/de/about/profile/switchplus_info/)> (8.2.2011).

<sup>8</sup> In ihrer Pressemitteilung vom 17.8.2009 gibt als Grund für die Gründung von Switchplus u.a. folgendes an: "Mit der Lancierung von switchplus leistet SWITCH zudem einen wesentlichen Beitrag zur eigenen Zukunftssicherung im Bereich Internet Domains. Denn im Jahr 2015 läuft der Vertrag mit dem Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) aus. Ob und in welcher Form ein neuer Vertrag zustande kommen wird, ist unklar. Für SWITCH entsteht dadurch ein substantielles Risiko – sowohl auf der Ertragsseite als auch für die in diesem Bereich beschäftigten Mitarbeitenden. Deshalb muss SWITCH bereits heute an der Zukunftssicherung für den Bereich Internet Domains arbeiten" (vgl. <<http://www.switch.ch/de/about/news/2009/switchplus.html>> [8.2.2011]).

<sup>9</sup> Unter Webhosting oder auch Nethosting versteht man die Bereitstellung von Webspace sowie die Unterbringung (Hosting) von Webseiten auf dem Webserver eines Internet Service Providers. Neben der Registrierung eines Domain-Namens der zweiten Ebene ist Webspace auf einem Server Grundvoraussetzung zum Betrieb einer eigenen Internetpräsenz.

<sup>10</sup> D.h. die erste Person, die einen bestimmten, noch unbesetzten Domain-Namen der zweiten Stufe (also z.B. "admin.ch") registriert, wird dessen Halter.

<sup>11</sup> ICANN wurde auf globaler Ebene die Verwaltung des Domain-Namen-Systems und die Einführung von neuen Domains der ersten Ebene (Top-Level-Domains) anvertraut.

16. Switch ist nun auf Basis eines verwaltungsrechtlichen Vertrags mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft (handelnd durch das BAKOM) diejenige Registerbetreiberin (oder sog. Registry), die der Top-Level-Domain ".ch" untergeordnete Second-Level-Domains<sup>12</sup> zuteilt und verwaltet. Nachdem Switch seit 1987 gestützt auf ihre Stellung als Registerbetreiberin als einziges Unternehmen Registrierungsdienstleistungen, also Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Zuteilung und Verwaltung von Domain-Namen mit Endung ".ch", anbieten konnte, interessierte Privatpersonen oder Unternehmen somit ".ch"-Domain-Namen nur bei Switch registrieren konnten, besteht seit dem 1. Oktober 2003 die Möglichkeit für andere Unternehmen als sogenannte Grosshandelspartner für ihre Kunden direkt (d.h. in eigenem Namen und ohne dass die Registerbetreiberin Switch gegenüber den Kunden in Erscheinung treten würde) Domain-Namen zu registrieren und für ihre Kunden zu verwalten.<sup>13</sup> Nachdem das Grosshandelsangebot nach Einführung eher schleppend genutzt wurde,<sup>14</sup> sind mittlerweile auf der Webseite "nic.ch", welche Switch ausschliesslich für ihre Tätigkeit als Registerbetreiberin nutzt, (inklusive Switchplus)<sup>15</sup> mittlerweile 48 Grosshandelspartner aus dem In- und Ausland aufgeführt.<sup>16</sup> Der Marktanteil von Switch bezogen auf die Neuregistrierung von Domain-Namen mit der Endung ".ch" und ".li" sank denn auch zugunsten der Grosshandelspartner kontinuierlich von 100 % auf [55-75 %].<sup>17</sup>

## B Erwägungen

17. Es stellt sich vorliegend die Frage, ob Anzeichen dafür bestehen, dass Switch seit (und in Zusammenhang mit) dem Markteintritt ihrer Tochtergesellschaft Switchplus in Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung im Bereich der Registrierung von Domain-Namen mit Endung ".ch" Konkurrenten ihrer Tochtergesellschaft in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert hat.

### B.1 Geltungsbereich

18. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

19. 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).

20. Das KG geht von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit keine Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes. Ein Konzern liegt vor, wenn mehrere rechtlich selbständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind.<sup>18</sup>

21. Bei der Prüfung des Kriteriums der wirtschaftlichen Selbständigkeit ist unter anderem massgebend, ob die Muttergesellschaft ihre Tochtergesellschaften effektiv zu kontrollieren vermag und die Möglichkeit tatsächlich

ausübt, so dass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten. Die damalige Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) hat in dem Sinne festgehalten, dass Tochtergesellschaften nicht wirtschaftlich selbstständig sind, falls sie von der Muttergesellschaft beherrscht werden.<sup>19</sup>

22. Vorliegend bestehen Anhaltspunkte dafür, dass Switch Switchplus zu kontrollieren vermag und tatsächlich kontrolliert, dass Letztere somit nicht in der Lage ist, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten. Zunächst ist Switchplus nach eigenen Angaben eine 100 %-Tochtergesellschaft von Switch.<sup>20</sup> Weiter deuten sowohl die Firmenbezeichnung und die im Firmenlogo erscheinende Wendung "switchplus – Internet Services by SWITCH"<sup>21</sup> auf die Zugehörigkeit von Switchplus zu Switch. Zudem sind die bestehenden personellen Verflechtungen zwischen Switch und Switchplus (im Verwaltungsrat von Switchplus sind u.a. mit Peter Kofmel und Pascal Jacot-Guillardmod zwei Mitglieder des Stiftungsrats von Switch und mit Thomas Brunner sogar der Geschäftsführer von Switch vertreten)<sup>22</sup> ein Anzeichen dafür, dass sie über die Ausübung von Aktionärsrechten hinaus Einfluss auf ihre Tochtergesellschaft nimmt. Schliesslich gehen wohl auch Switch/Switchplus, die sich im Vorabklärungsverfahren vom gleichen Rechtsvertreter vertreten liessen, von einem Konzernverhältnis aus, führen sie doch aus, "die Werbeanstrengungen der Mutter (Switch) zugunsten ihrer Tochter (Switchplus) haben allein zu einer konzerninternen Verschiebung der Registrierungen geführt".<sup>23</sup>

<sup>12</sup> Für die folgenden Ausführungen sind unter dem Begriff Domain-Namen einzig diese Domain-Namen der zweiten Stufe mit Endung ".ch" gemeint.

<sup>13</sup> Vgl. betreffend die rechtlichen Grundlagen der Registertätigkeit von Switch und deren Verpflichtung, ein Grosshandelsangebot anzubieten, unten Rz 25.

<sup>14</sup> Bis Ende 2005 schloss Switch [...] Partner-Verträge ab, bis Ende 2007 deren [...] (vgl. Beilage 2 zum Schreiben von Switch/Switchplus vom 19.7.2010).

<sup>15</sup> Vgl. zum Grosshandelspartner-Status von Switchplus auch unten Rz 53 ff.

<sup>16</sup> Vgl. <<http://www.nic.ch>> unter Informationen > Partner > (8.2.2011), wo alle Grosshandelspartner von Switch (u.a. also auch Switchplus) mit Logo und Adresse aufgelistet werden. Gemäss dieser Auflistung haben 15 Partner-Firmen eine Adresse in der Schweiz.

<sup>17</sup> Darin inbegriffen sind die [5-15 %] der Domain-Neuregistrierungen in diesem Bereich, die mittlerweile durch Switchplus vorgenommen werden (Stand November 2010). Der gemeinsame Marktanteil von Switch/Switchplus entwickelte sich nach vorliegenden Informationen auch seit Markteintritt von Switchplus weiterhin rückläufig.

<sup>18</sup> RPW 2011/1, 109 Rz 95, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC). Vgl. auch Urteil des BVger, RPW 2010/2, 336 E.4.2, Publigroupe/Weko.

<sup>19</sup> Vgl. Urteil des BVger, RPW 2010/2, 335 f. E.4.1, Publigroupe/Weko; RPW 2010/1, 120 Rz 26, Preispolitik Swisscom ADSL; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/3, 508 E. 3.2, Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/Weko.

<sup>20</sup> Vgl. <[http://www.switch.ch/de/about/profile/switchplus\\_info/](http://www.switch.ch/de/about/profile/switchplus_info/)> (8.2.2011).

<sup>21</sup> Vgl. <<http://www.switchplus.ch>> (8.2.2011).

<sup>22</sup> Vgl. Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich (Firmennummer: CH-020.3.033.807-1) und Geschäftsbericht 2009 von Switch, S. 14 f., abrufbar unter: <[http://www.switch.ch/export/sites/default/about/news/reports/\\_files/SWITCH-GB2009.pdf](http://www.switch.ch/export/sites/default/about/news/reports/_files/SWITCH-GB2009.pdf)> (8.2.2010).

<sup>23</sup> Schreiben von Switch/Switchplus vom 19.7.2010, S. 2.



23. Es bestehen somit Anhaltspunkte für ein Konzernverhältnis, weshalb nachfolgend davon ausgegangen wird, dass es sich somit einzig bei Switch als Konzernmutter um ein Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 KG handelt. Letztlich kann dies jedoch offengelassen werden, da sich an der nachfolgenden Beurteilung der Verhaltensweise von Switch/Switchplus nichts grundlegend ändert.

## B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

25. Die Tätigkeit von Switch als Registry der Domain-Namen mit der Endung ".ch" (und dabei auch als direkte Erbringerin der Registrierungsdienstleistungen in diesem Bereich) untersteht vielerlei staatlicher Vorgaben, die sich einerseits für Switch unmittelbar aus dem verwaltungsrechtlichen Vertrag vom 31. Januar 2007 mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft, daneben zumindest mittelbar auch aus den anwendbaren Gesetzesbestimmungen und Vorschriften ergeben.<sup>24</sup> So unterstehen zum Beispiel gestützt auf Artikel 14c Absatz 2 AEFV die allgemeinen Geschäftsbedingungen des Dienstangebots von Switch, welche die Rechtsbeziehung zwischen Switch als Registerbetreiberin und den Gesuchstellerinnen und Inhaberinnen von Domain-Namen regeln, und dabei insbesondere die von Switch für die Vergabe und Verwaltung der Domain-Namen geforderten Gebühren<sup>25</sup> dem Vorbehalt der Genehmigung durch das BAKOM. Daneben ist Switch als Registerbetreiberin verpflichtet, allen Personen, welche ".ch"-Domain-Namen Dritten zuteilen und verwalten wollen und die diesbezüglichen technischen und administrativen Voraussetzungen erfüllen, ein Grosshandelsangebot zu unterbreiten, das bezüglich des Preises und des angebotenen Dienstes attraktiv sein muss (Art. 14c<sup>quater</sup> Abs. 1 AEFV).

26. Es kann vorliegend offen gelassen werden, inwiefern es sich bei den genannten oder weiteren Bestimmungen im Einzelnen um vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG handelt, welche Wettbewerb insbesondere durch Begründung einer staatlichen Markt- oder Preisordnung (Bst. a) oder Ausstattung einzelner Unternehmen mit besonderen Rechten zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Bst. b) nicht zulassen, bestehen doch – wie im Folgenden gezeigt wird – keine Anzeichen für unzulässige Verhaltensweisen von Switch/Switchplus im Sinne von Artikel 7 KG. Im vorliegenden Zusammenhang sind zudem keine Wettbewerbswirkungen im Sinne von Artikel 3 Absatz 2 KG ersichtlich, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben würden.

## B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

27. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).

### B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

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

29. Die Anzeigerinnen machen geltend, Switch verfüge als gesetzliche Monopolistin über einen Marktanteil von 100 % im Markt für Registrierungen von ".ch"-Domain-Namen und damit zweifellos über eine marktbeherrschende Stellung in diesem Markt.<sup>26</sup>

30. Wie bereits oben dargelegt, bieten seit Einführung des Grosshandelsangebots im September 2003 neben Switch auch noch weitere Unternehmen Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Registrierung und Verwaltung von Domain-Namen mit Endung ".ch" an. Switch ist als Registerbetreiberin dieser Domain-Namen somit zwar in einer (gesetzlich und vertraglich genau definierten) Sonderstellung und einzige Anbieterin des Grosshandelsangebots, bezogen auf die Neuregistrierung von Domain-Namen mit der Endung ".ch" gegen über Endkunden weiterhin zwar die grösste, jedoch keineswegs einzige Anbieterin.<sup>27</sup>

31. Auf eine Abgrenzung des in sachlicher und räumlicher Hinsicht relevanten Marktes und die darauf abstützende Beurteilung der Marktstellung von Switch/Switchplus aufgrund deren Tätigkeit im Bereich der Registrierung von Domain-Namen kann jedoch verzichtet werden, da wie anschliessend gezeigt wird, selbst bei Annahme einer marktbeherrschenden Stellung von Switch/

<sup>24</sup> Nebst Art. 28 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) finden sich massgebliche Bestimmungen bezüglich der Registrierung von Domain-Namen in der Verordnung über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich vom 6. Oktober 1997 (AEFV; SR 784.104), wo in den Art. 13 ff. die Übertragung der Verwaltung von Adressierungselementen an Dritte im Allgemeinen und in den Art. 14 ff. spezifisch für den Bereich der Domain-Namen detaillierte Regelungen enthalten sind, sowie in der Verordnung des BAKOM vom 9. Dezember 1997 über Fernmeldedienste und Adressierungselemente (SR 784.101.113) und in deren Anhang 2.13 ("Technische und administrative Vorschriften betreffend die Zuteilung und Verwaltung der Domain-Namen der zweiten Ebene, die der Internet-Domain ".ch" untergeordnet sind").

<sup>25</sup> Die Registerbetreiberin setzt die Preise für ihre Dienste auf Grund der entstandenen Kosten und der Notwendigkeit fest, einen angemessenen Gewinn zu erzielen. Nur die Kosten einer effizient arbeitenden Dienstleistungserbringerin werden berücksichtigt (Art. 14c<sup>bis</sup> Abs. 1 AEFV). Die Gebühr beträgt gegenwärtig für das Basisangebot Fr. 17.–/Jahr; vgl. <<http://www.nic.ch>> unter Informationen > Preise und Bedingungen > (8.2.2011).

<sup>26</sup> Vgl. z.B. Schreiben der Anzeigerinnen vom 2.10.2009, S. 6 und 21.

<sup>27</sup> Vgl. oben Rz 16.

Switchplus zum jetzigen Zeitpunkt keine Anzeichen für eine unzulässige Verhaltensweise nach Artikel 7 KG bestehen. Es kann an dieser Stelle somit insbesondere offen gelassen werden, inwiefern aus Sicht der Marktgegenseite andere länderspezifische oder nicht länderspezifische Top-Level-Domains (also z.B. ".de", ".fr" resp. ".com", ".info" oder ".org") im Vergleich zu Domain-Namen mit Endung ".ch" hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.<sup>28</sup> Ebenfalls nicht beantwortet werden muss, ob und inwieweit die Nutzung von Angeboten im Internet wie zum Beispiel sozialen Online-Netzwerken wie MySpace (myspace.com), YouTube (youtube.com), die Online-Fotoplattform Flickr (flickr.com) oder Blogger (blogger.com), welche ebenfalls ermöglichen, Inhalte (wie Bilder, Videosequenzen oder Texte) im Internet zu veröffentlichen, ein Substitut für den Betrieb einer eigenen Internetpräsenz darstellen könnte.

### B.3.2 Keine unzulässigen Verhaltensweisen

32. Hostpoint et al. werfen Switch vor, sie lasse ihrer Tochtergesellschaft Switchplus unter missbräuchlichem Einsatz ihrer marktbeherrschenden Stellung jede auch nur denkbare Form der Bevorteilung (Erwähnung, Bewerbung, Verlinkung, Transfer von Firmenbestandteilen, Goodwill, wohl auch Kredite und andere personelle, infrastrukturelle, immaterielle und finanzielle Unterstützung) zukommen, um auf diese Weise ihre marktbeherrschende Stellung in nachgelagerte Märkte zu transferieren.<sup>29</sup>

33. Sie beantragen in ihrer Anzeige deshalb unter anderem:

"2. Es sei festzustellen, dass die folgenden Verhaltensweisen der Switch - Teleinformatikdienste für Lehre und Forschung unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG sind:

- a) Jede Art der Erwähnung, Bewerbung und/oder Verlinkung der switchplus ag auf der Webseite der Switch – Teleinformatikdienste für Lehre und Forschung, die nicht zu transparenten und marktgerechten Bedingungen erfolgt und nicht auch zu denselben Konditionen den Wettbewerbern der switchplus ag offeriert wird.
- b) Jede Art der Bevorzugung der switchplus ag durch Transfer von Firmenbestandteilen, Goodwill, Krediten oder anderen personellen, infrastrukturellen, immateriellen und finanziellen Ressourcen der Switch – Teleinformatikdienste für Lehre und Forschung, die nicht zu transparenten und marktgerechten Bedingungen erfolgt und nicht auch zu denselben Konditionen den Wettbewerbern der switchplus ag offeriert wird."<sup>30</sup>

34. Im Nachfolgenden gilt es zu prüfen, ob Anzeichen dafür bestehen, dass es sich bei der von den Anzeigerinnen gerügten Bevorzugung der Tochtergesellschaft um eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Artikel 7 KG handeln könnte. Dabei steht die Frage im Zentrum, ob Switch andere Unternehmen insbesondere durch die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG) oder die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbe-

dingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert haben könnte. Auf die einzelnen möglicherweise kartellrechtlich relevanten Verhaltensweisen von Switch, die sich grob den Themenbereichen "Werbung und werbeähnliche Tätigkeiten", "Ressourcentransfer" und "Ungleichbehandlung im Bereich Grosshandelsangebot" zuordnen lassen, wird im Rahmen der Prüfung dieser Tatbestände näher eingegangen.

35. Vorab gilt es jedoch festzuhalten, dass es einem marktbeherrschenden Unternehmen grundsätzlich nicht verwehrt ist, durch die Ausweitung seines Angebots neue Märkte zu erschliessen. Wie es sich dabei etwa gesellschaftsrechtlich organisiert, also ob es dazu zum Beispiel eine rechtlich selbständige Tochtergesellschaft gründet oder nicht, kann aus Sicht des Kartellrechts, das von einem funktionalen Unternehmensbegriff ausgeht,<sup>31</sup> keine Rolle spielen. Aus diesem Grund ist nicht ersichtlich, inwiefern (wie die Anzeigerinnen zu rügen scheinen)<sup>32</sup> bereits die Tatsache, dass eine Tochtergesellschaft aufgrund ihrer Namensgebung von der Bekanntheit und dem Goodwill, der ihrer Muttergesellschaft entgegen gebracht wird, profitiert, eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Artikel 7 KG darstellen könnte.

#### B.3.2.1 Keine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen

##### B.3.2.1.1 Allgemeines

36. Gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG kommt als unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen insbesondere die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. in Form einer Liefer- oder Bezugssperre) in Betracht.

37. Grundsätzlich gilt auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen das Prinzip der Vertragsfreiheit, d.h., es hat die Möglichkeit, seine Geschäftspartner frei zu wählen. Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG stellt eine Einschränkung dieses Prinzips dar. Als missbräuchlich gelten Geschäftsverweigerungen mit Behinderungswirkung. Als unzulässig gilt eine Geschäftsverweigerung insbesondere dann, wenn sie dazu dient, den Wettbewerb auf dem vor- oder nachgelagerten Markt zu erschweren oder zu verhindern.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.49), der bei der Abgrenzung des sachlichen Markts analog anzuwenden ist.

<sup>29</sup> Vgl. z.B. Schreiben von Hostpoint et al. vom 2.10.2009, S. 6 f.

<sup>30</sup> Schreiben der Anzeigerinnen vom 2.10.2009, S. 2.

<sup>31</sup> Vgl. oben Rz 20.

<sup>32</sup> Vgl. Schreiben von Hostpoint et al. vom 2.10.2009, S. 15 ff.

<sup>33</sup> Vgl. RPW 2006/4, 642 Rz 108, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995, 468, 570 f.; PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 7 KG N 10; JÜRIG BORER, Kartellgesetz, 2005, Art. 7 KG N 10 f.; EVELYNE CLERC, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 7 KG N 118; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 KG N 72.

38. Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG betrifft eine breite Palette von Verhaltensweisen, die alle auf eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen hinauslaufen. Unter diesen Tatbestand fallen sowohl die Auflösung oder die Einschränkung von Geschäftsbeziehungen zu bereits bestehenden Geschäftspartnern wie auch die Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen zu potentiellen Geschäftspartnern.<sup>34</sup> Weiter kann die Verweigerung sowohl auf vorgelagerten Märkten (Bezugssperre) als auch auf nachgelagerten oder benachbarten Märkten erfolgen (Liefersperre).<sup>35</sup>

39. Für die Annahme einer missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne der genannten Bestimmung ist in jedem Fall vorausgesetzt, dass ein Geschäftspartner versucht hat, eine Geschäftsbeziehung aufzubauen und zu diesem Zweck mit dem marktbeherrschenden Unternehmen kommuniziert hat. Die Verweigerung der Geschäftsbeziehung kann dann direkt erfolgen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen

eine solche explizit ablehnt, oder indirekt, beispielsweise durch Ausweichmanöver, Verzögerungsstrategien oder die Auferlegung unangemessener Geschäftsbedingungen, welche auf eine Geschäftsverweigerung hinauslaufen ("Constructive Refusal to Deal").<sup>36</sup>

### B.3.2.1.2 Prüfung der Geschäftsverweigerung im konkreten Fall

40. Die Geschäftsbeziehungen zwischen Switch und Switchplus und insbesondere die Dienstleistungen, welche Switch seit dem 1. August 2009 an Switchplus erbringt, werden in den sogenannten Intercompany-Verträgen detailliert geregelt. Neben dem Grosshandelspartnervertrag bestehen zwischen Switch und Switchplus [...].

41. Gestützt auf [...] werden die Dienstleistungen von Switchplus gegenwärtig mittels der nachfolgenden sogenannten Bannerwerbung auf der Einstiegsseite der Webseite "switch.ch" beworben:<sup>37</sup>

switchplus ag – unsere Tochtergesellschaft

## Hosting und Domain-Namen

switchplus bietet Web- und Mail-Hosting sowie Domain-Namen für Privat- und Geschäftskunden.

Der direkte Weg  
zu Ihrer Internet-Adresse

» weiter

Quelle: <<http://www.switch.ch/>> (8.2.2011).

42. Gegenwärtig werden auf "switch.ch" nur die Dienstleistungen der Tochtergesellschaft Switchplus, nicht jedoch diejenigen von anderen Anbietern von Domain-Registrierungen oder Webhosting, beworben.<sup>38</sup> Es bestehen zum jetzigen Zeitpunkt keine Anhaltspunkte, dass andere Unternehmen die Leistungen, welche Switch im Rahmen dieser Verträge an ihre Tochtergesellschaft erbringt, bei Switch tatsächlich nachgefragt und Switch eine diesbezügliche Geschäftsbeziehung verweigert hätte. Solche Anhaltspunkte fehlen insbesondere in Bezug auf Anfragen betreffend die Möglichkeit, auf der Webseite von Switch ("switch.ch") für Dienstleistungen im Bereich Domain-Registrierung oder Webhosting zu werben.<sup>39</sup> Zwar führen die Anzeigerinnen in diesem Zusammenhang sinngemäss aus, Switch habe nie einem anderen Partner eine solche bevorzugte Darstellung seiner Aktivitäten offeriert,<sup>40</sup> dass jedoch zum Beispiel eine der Anzeigerinnen mit einer Anfrage für das Aufschalten vergleichbarer Werbung an Switch heran getreten wäre, wird von ihnen nicht geltend gemacht.

43. Vorliegend fehlt es somit bereits an dieser Grundvoraussetzung für die Anwendung von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG, weshalb vorliegend – selbst wenn man von einer marktbeherrschenden Stellung von Switch ausgehen würde – keine Anzeichen für eine missbräuchliche Verweigerung von Geschäftsbeziehungen in diesem Sinne ersichtlich sind.

44. Doch selbst bei Vorliegen einer entsprechenden Anfrage (etwa durch die Anzeigerinnen) wäre eine allfällige Verweigerung seitens von Switch, insbesondere was Werbung auf der Webseite "switch.ch" anbelangt, wohl nicht als missbräuchliches Verhalten im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG zu qualifizieren, müsste doch auch eine Marktbeherrscherin nur unter bestimmten Voraussetzungen in Einschränkung ihrer Vertragsfreiheit Geschäftsbeziehungen aufnehmen, also zum Beispiel Zugang zu einem Gut oder einer Dienstleistung gewähren.

<sup>34</sup> Vgl. BBl 1995, 468, 570 f.

<sup>35</sup> Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 33), Art. 7 KG N 97.

<sup>36</sup> Vgl. RPW 2000/4, 566 f., Rz 36 ff., Watt/Migros - EBL; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 33), Art. 7 KG N 124.

<sup>37</sup> Insbesondere die Einstiegsseite von „switch.ch“ wurde seit Gründung von Switchplus – wohl vor allem als Folge der vom Handelsgericht Zürich superprovisorisch verfügten Massnahmen – umgestaltet. Die vorliegenden Ausführungen betreffend eine mögliche Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Rz 36 ff.) oder Diskriminierung von Handelspartnern (Rz 48 ff.) finden sowohl auf die gegenwärtige Gestaltung der Webseite "switch.ch" als auch frühere Gestaltungen Anwendung.

<sup>38</sup> Neben der dargestellten Bannerwerbung finden sich gegenwärtig auf Unterseiten von "switch.ch" weitere Hinweise auf die Existenz und die Geschäftstätigkeiten von Switchplus (vgl. insb. <<http://www.switch.ch/>> unter Über SWITCH > Profil > Tochtergesellschaft > [8.2.2011]).

<sup>39</sup> Siehe zur gegenwärtig auf "switch.ch" plazierte Werbung für Switchplus oben Rz 41 und die daran anschliessende Grafik.

<sup>40</sup> Schreiben von Hostpoint et al. vom 2.10.2009, S. 14.

45. Um ein Verhalten als missbräuchliche Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG zu qualifizieren, müsste der verweigerte Input für ein Unternehmen objektiv notwendig sein, um auf einem Markt wirksam konkurrieren zu können. Dies bedeutet nicht, dass ohne den verweigerten Input kein Wettbewerber in der Lage wäre, auf dem nachgelagerten Markt zu überleben oder in diesen einzutreten. Ein Input ist vielmehr dann als notwendig anzusehen, wenn es auf dem nachgelagerten Markt kein Substitut gibt, das die Wettbewerber verwenden könnten, um die negativen Folgen der Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen.<sup>41</sup>

46. Auch wenn vorliegend die mögliche Verweigerung somit nicht einen Input in dem Sinne betrifft, als dass er als Beitrag zur Herstellung eines Gutes oder zur Bereitstellung einer Dienstleistungen in ein Produkt auf einem nachgelagerten Markt einfließt, würde sich somit die Frage stellen, ob die Möglichkeit, auf der Webseite "switch.ch" zu werben, objektiv notwendig ist, um auf einem Markt wirksam konkurrieren zu können, etwa weil die Werbemöglichkeit nicht in zumutbarer Weise substituiert werden könnte. Diese ist wohl zu verneinen, bestehen doch zumindest nach gegenwärtigem Wissensstand keine Anzeichen dafür, dass Werbung auf "switch.ch" notwendig wäre, um zum Beispiel als Anbieter für Registrierungsdienstleistungen in Zusammenhang mit Domain-Namen der Endung ".ch" oder für Webhosting gegenüber Kunden in der Schweiz konkurrenzfähig zu sein,<sup>42</sup> zumal dafür unzählige andere Werbepattformen unter anderem auch im Internet zur Verfügung stehen dürften (u.a. platzierte Werbung in Suchmaschinen). Dies bedeutet keineswegs, dass die Möglichkeit, auf der Webseite von Switch zu werben, für ein Unternehmen, welches die Registrierung von Domain-Namen oder Webhosting anbietet, nicht von Vorteil sein könnte.

### B.3.2.1.3 Zwischenergebnis

47. Es bestehen vorliegend keine Anzeichen für eine unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen durch Switch gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG.

### B.3.2.2 Keine Diskriminierung von Handelspartnern

48. Es stellt sich weiter die Frage, ob Anzeichen für eine unzulässige Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG vorliegen.

#### B.3.2.2.1 Allgemeines

49. Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG hält fest, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig verhält, wenn es Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminiert. Gemäss dieser Bestimmung sind marktbeherrschende Unternehmen an das Gleichbehandlungsgebot gebunden.<sup>43</sup> Eine Diskriminierung kann daher einerseits bei der Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte, aber auch bei der Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte gegeben sein.<sup>44</sup> Dies bedeutet, dass dann keine Diskriminierung vorliegt, wenn die Verhaltensweise des marktbeherrschenden Unternehmens auf sachlichen Gründen basiert (sog. legitimate business reasons).

50. Das Diskriminierungsverbot von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG führt dazu, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen alle potenziellen Handelspartner in sachlich vergleichbarer Lage grundsätzlich gleich behandeln muss. Dies bedeutet auch, dass marktbeherrschende Unternehmen der Pflicht unterliegen, Wettbewerber in vor- und nachgelagerten Handelsstufen gleich zu behandeln wie die zum marktbeherrschenden Unternehmen gehörenden Wirtschaftseinheiten. Das marktbeherrschende Unternehmen muss die Wettbewerber zu Bedingungen beliefern, die nicht ungünstiger sind als für die eigenen Wirtschaftseinheiten.<sup>45</sup>

51. Bei der nachfolgenden Prüfung der Frage, ob Anzeichen für eine unzulässige Diskriminierung von Handelspartnern vorliegen, stehen dabei diejenigen von Switch an Switchplus erbrachten Leistungen im Zentrum, die tatsächlich auch gegenüber anderen Unternehmen (oder eben "Handelspartnern") angeboten werden. Dies ist zum Beispiel beim Grosshandelsangebot von Switch der Fall. Eine Diskriminierung nach Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG in Fällen, da die allenfalls unzulässige Ungleichbehandlung darin besteht, dass gewisse Leistungen von Switch nur gegenüber der eigenen Tochtergesellschaft, nicht aber zum Beispiel gegenüber anderen Registraren oder Anbietern von Webhosting erbracht werden (z.B. Werbung auf der Seite "switch.ch" oder Transfer von Goodwill und anderen Ressourcen), wäre wohl überhaupt erst dann anzunehmen, wenn diese Leistungen tatsächlich von möglichen Handelspartnern zumindest nachgefragt wurden. Dies ist nach vorliegenden Informationen jedoch wie bereits erwähnt nicht der Fall.<sup>46</sup> Es erscheint zum jetzigen Zeitpunkt zudem eher fraglich, ob bei einer allfälligen Weigerung von Switch, die heute gegenüber Switchplus angebotenen Leistungen auch anderen Unternehmen zur Verfügung zu stellen, von einer Diskriminierung im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG auszugehen wäre, welche den wirksamen Wettbewerb einschränkt. Gestützt auf die bis zum heutigen Zeitpunkt nach vorliegenden Informationen erreichte Marktstellung von Switchplus, die ja als einzige von den Leistungen von Switch (insb. im Bereich Werbung) profitiert hat, scheint eine mögliche Behinderungswirkung einer allfälligen Verweigerung eher von untergeordneter Natur zu sein.

<sup>41</sup> Vgl. RPW 2011/1, 149 Rz 332, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC) m.w.H.; Mitteilung der EU-Kommission "Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen.", S. 13, Rz 83; <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:DE:PDF>>(8.2.211).

<sup>42</sup> Das Gleiche dürfte gestützt auf die vorliegenden Erkenntnisse auch für andere Arten von Werbung oder die weiteren Leistungen (z.B. [...]), die Switch an Switchplus erbringt, gelten.

<sup>43</sup> Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/3, 525 E. 5.4, Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/Weko; RPW 2008/3, 399 Rz 140 f., Publikation von Arzneimittelinformationen; BBI 1995, 468, 571 f.; CR Concurrency-CLERC (Fn 33) Art. 7 KG N 84.

<sup>44</sup> Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/3, 525 E. 5.4, Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/Weko; SHK-Reinert (Fn 33), Art. 7 KG N 15.

<sup>45</sup> Vgl. RPW 2011/1, 179 Rz 488, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC) m.w.H.

<sup>46</sup> Vgl. oben Rz 42.

52. Ebenfalls unter dem Titel der Diskriminierung von Handelspartnern wird anschliessend geprüft, ob Anzeichen für eine kartellrechtlich unzulässige Quersubventionierung vorliegen.<sup>47</sup>

### **B.3.2.2.2 Keine unzulässige Diskriminierung beim Zugang zum Grosshandelsangebot**

53. Zunächst gilt es zu prüfen, ob Anzeichen dafür bestehen, dass Switch Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminiert, indem sie ihre Tochtergesellschaft Switchplus in Bezug auf das von ihr im Bereich der Registrierung von Domain-Namen der Endung ".ch"<sup>48</sup> angebotene Grosshandelsangebot bevorzugt.

54. Die Anzeigerinnen rügen diesbezüglich, Switch habe Switchplus beim Zugang zum Grosshandelsangebot bevorzugt, sei es doch nicht ersichtlich, wie Switchplus als neu gegründetes Unternehmen gewissermassen über Nacht zu den erforderlichen 1'000 ".ch"- oder ".li"-Domain-Namen als Rechnungskontakten gelangen konnte.<sup>49</sup> Die Frage einer unzulässigen Bevorzugung beim Zugang zum Grosshandelsangebot steht denn auch vorliegend im Zentrum, sind doch keine Anhaltspunkte ersichtlich, die auf sonstige Ungleichbehandlungen etwa bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen hindeuten würden, zumal Switch in Erfüllung ihrer Verpflichtung, allen Personen, welche ".ch"-Domain-Namen Dritten zuteilen und verwalten wollen und die diesbezüglichen technischen und administrativen Voraussetzungen erfüllen, ein Grosshandelsangebot zu unterbreiten, das bezüglich des Preises und des angebotenen Dienstes attraktiv sein muss,<sup>50</sup> mit allen Grosshandelspartnern (inkl. Switchplus) jeweils denselben, vom BAKOM genehmigten Partnervertrag abschliesst.

55. Gemäss Ziffer 6.1 des Partnervertrags muss ein Partner bei Abschluss des Vertrags in der Datenbank der Registerbetreiberin für mindestens 1'000 Domain-Namen als Rechnungskontakt für Dritte verzeichnet sein. Mit dieser Voraussetzung soll sichergestellt werden, dass der künftige Grosshandelspartner über die notwendigen technischen und administrativen Fähigkeiten verfügt, um selbständig Domain-Namen registrieren und für seine Kunden verwalten zu können.<sup>51</sup>

56. Mit Schreiben vom 19. Juli 2010 reichten Switch/Switchplus die Liste der 1'000 Domain-Namen ein, welche eine Voraussetzung darstellten, dass Switchplus das Grosshandelsangebot von Switch beziehen konnte. Auch wenn Switchplus durch Abschluss eines Partnervertrags am 10. August 2010 und somit nach nur etwas mehr als drei Monaten seit ihrer Gründung Grosshandelspartner von Switch wurde, bestehen somit keine Anzeichen dafür, dass Switch ihre Tochtergesellschaft diesbezüglich bevorzugt behandelt hätte.

57. Aus diesem Grund kann vorliegend offengelassen werden, ob im umgekehrten Fall überhaupt eine kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Artikel 7 KG (insbesondere eine Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Absatz 2 Buchstabe b dieser Bestimmung) vorliegen würde. Es erscheint zum jetzigen Zeitpunkt zumindest unklar, inwiefern auch eine bevorzugte Behandlung von Switchplus beim Zugang zum

Grosshandelsangebot (nicht aber z.B. bzgl. Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen) dazu geführt haben könnte, dass andere Unternehmen (insb. die anderen Grosshandelspartner) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert würden, geht es vorliegend doch einzig um die Gewährung des Zugangs zu der Erbringung von Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Registrierung von Domain-Namen, welche die Muttergesellschaft selbst bereits seit langer Zeit anbietet.

### **B.3.2.2.3 Keine unzulässige Querfinanzierung**

58. Hostpoint et al. bringen in ihrer Anzeige weiter vor, Switch würde möglicherweise unter anderem ihre personellen, infrastrukturellen und finanziellen Ressourcen Switchplus zu nicht marktgerechten Konditionen zur Verfügung stellen.<sup>52</sup> Es stellt sich daher die Frage, ob Anzeichen für eine kartellrechtlich unzulässige Querfinanzierung vorliegen.

59. Quersubventionierung liegt dann vor, wenn ein Unternehmen Erträge aus einem Bereich benutzt, um auf einem anderen Markt die Verluste eines anderen Dienstes abzudecken. Ein solches Verhalten ist in der Regel kartellrechtlich unbedenklich. Es kann aber als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung qualifiziert werden, wenn die Erträge aus einem Monopolbereich die Verluste eines nachgelagerten Dienstes abdecken, welcher ein strukturelles Defizit aufweist. Damit ist gemeint, dass die Einnahmen dieses Dienstes auf Dauer die eigenen Grenzkosten nicht decken, und dass dieses Defizit durch die zusätzlichen Erträge aus dem Monopolbereich kompensiert werden muss. Es ist nicht erforderlich, dass die nachgelagerten Dienste von Anfang an rentabel sind. Vorübergehende Verluste für Investitionen in der Aufbauphase sind durchaus erlaubt. Solche Dienste müssen aber auf Dauer zumindest selbsttragend sein. Wann genau der so genannte "Breakeven" eintritt, ist indessen nicht relevant. Es muss lediglich feststehen, dass er in absehbarer Zukunft zu erwarten ist.<sup>53</sup>

60. Die Leistungen, welche Switchplus von ihrem Mutterunternehmen Switch bezieht, werden wie bereits erwähnt auf Basis von diversen Verträgen abgegolten.<sup>54</sup>

<sup>47</sup> Vgl. RPW 1997/2, 168 Rz 47, Telecom PTT/Blue Window.

<sup>48</sup> Der Partnervertrag bezieht sich daneben ebenfalls auf die Registrierung von Domain-Namen der Endung ".li", für welche Switch im Auftrag des Amts für Kommunikation des Fürstentums Liechtenstein ebenfalls Registrierungsstelle ist. Vgl. auch oben Fn 5.

<sup>49</sup> Schreiben der Anzeigerinnen vom 2. Oktober 2009, S. 9 f.

<sup>50</sup> Vgl. Art. 14c<sup>quater</sup> Abs. 1 AEFV.

<sup>51</sup> Vgl. Art. 14c<sup>quater</sup> Abs. 1 AEFV, wonach die Registerbetreiberin verpflichtet ist, allen Personen, welche Domain-Namen Dritten zuteilen und verwalten wollen und die diesbezüglichen technischen und administrativen Voraussetzungen erfüllen, ein Grosshandelsangebot zu unterbreiten.

<sup>52</sup> Schreiben von Hostpoint et al. vom 2.10.2009, S. 22.

<sup>53</sup> RPW 2004/2, 443 Rz 160, Swisscom ADSL.

<sup>54</sup> Neben dem Grosshandelspartnervertrag sind dies [...] (vgl. oben Rz 40).

Neben diesen Verträgen liegt dem Sekretariat ein Businessplan betreffend Switchplus vom 22. Mai 2009 vor, den Switch/Switchplus mit Schreiben vom 29. November 2010 eingereicht hat und gemäss dessen [...].<sup>55,56</sup>

61. Es ist somit nicht davon auszugehen, dass die Einnahmen von Switchplus auf Dauer die eigenen Grenzkosten nicht decken könnten, auch wenn natürlich erst retrospektiv festgestellt werden kann, ob ein Geschäft auf Dauer selbsttragend ist.<sup>57</sup> Es bestehen deshalb vorliegend keine Anzeichen für eine kartellrechtlich unzulässige Quersubventionierung. Auf welchem Weg ein aus der Geschäftstätigkeit von Switchplus stammendes Defizit etwa durch Erträge aus der Registry- oder Registrar-Tätigkeit von Switch kompensiert würde, erscheint zudem unklar, da die vorliegenden Unterlagen (insb. die Intercompany-Verträge)<sup>58</sup> insbesondere nicht darauf hindeuten, dass Switchplus Leistungen von Switch zu nicht marktüblichen Konditionen beziehen würde.<sup>59</sup> Es kann somit offen bleiben, inwiefern es die gesetzlichen Rahmenbedingungen Switch überhaupt erlauben, substantielle Gewinne im Bereich Registry oder Registrar-Tätigkeit zu erwirtschaften, ist sie doch erstens als Registerbetreiberin gemäss Artikel 14c<sup>bis</sup> AEFV zur Verrechnung kostenbasierter Preise verpflichtet und wird zweitens ein allfällig trotzdem entstandener Überschuss gemäss Artikel 14c<sup>ter</sup> AEFV abgebaut.

#### **B.3.2.2.4 Zwischenergebnis**

62. Es bestehen vorliegend keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG. Insbesondere bestehen weder Anzeichen für eine unzulässige Bevorzugung der Tochtergesellschaft beim Zugang zum Grosshandelsangebot noch für eine kartellrechtlich unzulässige Quersubventionierung.

#### **B.3.3 Fazit**

63. Aufgrund der im Rahmen der Vorabklärung erhobenen Informationen bestehen keine Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 7 KG.

### **C Schlussfolgerungen**

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

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

<sup>55</sup> Schreiben von Switch/Switchplus vom 29. November 2010, Beilage 5.

<sup>56</sup> Schreiben von Switch/Switchplus vom 29. November 2010, S. 4.

<sup>57</sup> Vgl. RPW 2004/2, 443 Rz 160, Swisscom ADSL.

<sup>58</sup> Vgl. oben Rz 40.

<sup>59</sup> Zu diesem Schluss kommt auch ein von Switch in Auftrag gegebenes Gutachten von Ernst & Young, Zürich, mit Datum vom 10.5.2010 (Beilage 4 zum Schreiben von Switch ans BAKOM vom 11.5.2010), in welchem die gruppeninternen Transaktionen [...] auf ihre Fremdvergleichskonformität, also Marktüblichkeit hin überprüft wurden.

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

B 2	<b>2. Untersuchungen</b> Enquêtes Inchieste
B 2.2	<b>1. SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)</b>

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG. Verhängung einer Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 7 KG.

Enquête selon l'art. 27 ss LCart. Prononcé de sanctions selon l'art. 49a al. 1 en relation avec l'art. 7 LCart.

Inchiesta giusta gli art. 27 segg. LCart. Inflizione di sanzioni giusta l'art. 49a cpv. 1 e l'art. 7 LCart.

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 29. November 2010 gemäss Art. 27 KG betreffend Zahlkartenterminals mit dynamischer Währungsumrechnung (Dynamic Currency Conversion; DCC) gegen SIX Group AG, SIX Multipay AG und SIX Card Solutions AG wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG. Feststellung der Marktbeherrschung auf den Acquiringmärkten. Verweigerung der Offenlegung der für DCC notwendigen Schnittstelleninformationen gegenüber anderen Terminalanbietern stellt eine unzulässige Verhaltensweise dar. Verletzung der Art. 7 Abs. 2 Bst. a (Geschäftsverweigerung), Bst. b (Diskriminierung), Bst. e (Einschränkung der technischen Entwicklung) und Bst. f (Koppelung) jeweils i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG.

Décision de la Commission de la concurrence du 29 novembre 2010 selon l'art. 27 LCart concernant les terminaux de cartes de paiement avec la fonction dynamique de conversion des paiements en monnaie étrangère (Dynamic Currency Conversion ; DCC) à l'encontre de SIX Group AG, SIX Multipay AG et SIX Card Solution AG en raison de pratiques illicites au sens l'art. 7 LCart. Détermination de la position dominante sur le marché de l'acquiring. Le refus de fournir les informations nécessaires relatives à l'interface DCC aux autres fournisseurs de terminaux est un comportement illicite. Violation de l'art. 7 al. 2 let. a (refus d'entretenir des relations commerciales), let. b (discrimination), let. e (limitation du développement technique) et let. f (jumelage) chacune en concours avec l'art. 7 al. 1 LCart.

Decisione della Commissione della concorrenza del 29 novembre 2010 giusta l'art. 27 LCart relativa ai terminali delle carte di pagamento con funzione dinamica di conversione dei pagamenti in moneta straniera (Dynamic Currency Conversion ; DCC) contro SIX Group AG, SIX Multipay AG e SIX Card Solution AG in ragione di comportamenti illeciti ai sensi dell'articolo 7 LCart. Determinazione della posizione dominante sul mercato dell'acquiring. Rifiuto di fornire informazioni necessarie

all'interfaccia DCC agli altri fornitori di terminali rappresenta un comportamento illecito. Violazione dell'articolo 7 capoverso 2 lettera a (rifiuto di intrattenere delle relazioni commerciali), lettera b (discriminazione), lettera e (limitazione dello sviluppo tecnico) e lettera f (gemellaggio) ogni volta in relazione con l'articolo 7 capoverso 1 LCart.

### Inhaltsverzeichnis

<b>A</b>	<b>Sachverhalt</b>	<b>97</b>
A.1	Gegenstand der Untersuchung	97
A.1.1	Übersicht	97
A.1.2	Anzeigerin und Parteien	98
A.1.3	Dynamic Currency Conversion (DCC)	98
A.1.4	Terminals	99
A.1.5	DCC-Angebot von Multipay	100
A.1.5.1	Ursprüngliches System	100
A.1.5.2	Entwicklungen seit Eröffnung des Verfahrens	101
A.1.6	Verhalten von Multipay gegenüber Jeronimo und weiteren Interessenten	101
A.2	Verfahren	102
A.3	Vorbringen der Anzeigerin und der Parteien	106
<b>B</b>	<b>Erwägungen</b>	<b>109</b>
B.1	Geltungsbereich	109
B.2	Vorbehaltene Vorschriften	112
B.2.1	Vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG	112
B.2.2	Vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 2 KG	112
B.2.3	Geltungszeitliche Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG	112
B.2.4	Kein Vorbehalt bei traditioneller Interpretation	113
B.2.4.1	Urheberrechtsschutz von Schnittstelleninformationen	113

B.2.4.1.1 Urheberrechtsschutz von Schnittstellen	113	B.3.3.6.4 Geschäftsverweigernde technologische Koppelung	183
B.2.4.1.2 Urheberrechtsschutz von Schnittstelleninformationen	114	B.3.3.6.5 Wettbewerbsbehinderung	184
B.2.4.1.3 Inhalt des Urheberrechts	114	B.3.3.6.6 Sachliche Rechtfertigungsgründe	184
B.2.4.2 Wettbewerbswirkungen	115	B.3.3.6.7 Ergebnis betreffend Koppelungsgeschäft	184
B.2.5 Ergebnis	115	B.3.4 Ergebnis	184
B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen	115	B.4 Sanktionierung	185
B.3.1 Überprüfung von Vergangenheitssachverhalten	115	B.4.1 Allgemeines	185
B.3.2 Marktbeherrschende Stellung	116	B.4.1.1 Einleitung	185
B.3.2.1 Relevante Märkte	116	B.4.2 EMRK-Konformität der Sanktionierung	185
B.3.2.1.1 Acquiring Markt	116	B.4.2.1 Art. 6 EMRK	185
B.3.2.1.2 Terminal-Markt	134	B.4.2.2 Art. 7 EMRK	186
B.3.2.1.3 Markt für Umrechnungsdienstleistungen	140	B.4.2.2.1 Vorbringen der Parteien	186
B.3.2.2 Gesamtergebnis	142	B.4.2.2.2 Bedeutung von Art. 7 EMRK	187
B.3.3 Unzulässige Verhaltensweisen ("Missbrauch")	142	B.4.2.2.3 Vorhersehbarkeit einer Bestrafung gemäss Art. 7 Abs. 1 KG	187
B.3.3.1 Bedeutung von Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 KG	142	B.4.2.2.4 Vorhersehbarkeit einer Bestrafung gemäss Art. 7 Abs. 1 KG in Verbindung mit den Tatbeständen gemäss Art. 7 Abs. 2 KG	187
B.3.3.2 Behinderungsmissbrauch	142	B.4.3 Vorwerfbarkeit	189
B.3.3.3 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen	144	B.4.4 Bemessung	191
B.3.3.3.1 Allgemeines	144	B.4.4.1 Maximalsanktion	191
B.3.3.3.2 Geschäftsverweigerung	145	B.4.4.2 Konkrete Sanktionsberechnung	191
B.3.3.3.3 Objektive Notwendigkeit des Inputs	149	B.4.4.2.1 Basisbetrag	191
B.3.3.3.4 Wettbewerbsbehinderung	151	B.4.4.2.2 Dauer des Verstosses	195
B.3.3.3.5 Sachliche Rechtfertigungsgründe	164	B.4.4.2.3 Erschwerende und mildernde Umstände	195
B.3.3.3.6 Ergebnis bezüglich Verweigerung von Geschäftsbeziehungen	178	B.4.5 Ergebnis	197
B.3.3.4 Diskriminierung von Handelspartnern	178	<b>C Kosten</b>	<b>197</b>
B.3.3.4.1 Allgemeines	178	<b>D Dispositiv</b>	<b>197</b>
B.3.3.4.2 Diskriminierung	178	<b>A Sachverhalt</b>	
B.3.3.4.3 Betroffenheit von Handelspartnern	180	<b>A.1 Gegenstand der Untersuchung</b>	
B.3.3.4.4 Wettbewerbsbehinderung	180	<b>A.1.1 Übersicht</b>	
B.3.3.4.5 Sachliche Rechtfertigungsgründe	181	1. Am 20. Juli 2006 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) eine Anzeige der CCV-Jeronimo (Suisse, Schweiz, Svizzera, Switzerland) SA ein. Die Anzeigerin brachte vor, die Telekurs Multipay AG biete als Acquirerin von Zahlkartentransaktionen ihren Vertragshändlern die Funktion der dynamischen Währungsumrechnung (sog. Dynamic Currency Conversion; DCC) nur dann an, wenn diese über ein "DCC-fähiges Terminal" verfügen würden. "DCC-fähig" seien aber gemäss der Telekurs Multipay AG nur die Kartenterminals ihrer Schwestergesellschaft Telekurs Card Solutions AG, nicht aber die Terminals von Drittherstellern. Die Anzeigerin führte weiter aus, die Telekurs Multipay AG verweigere ihr trotz wiederholter Anfragen den Zugang zu dieser Funktionalität bzw. zu den erforderlichen Protokollen zur Kommunikation mit dem	
B.3.3.4.6 Ergebnis betreffend Diskriminierung von Handelspartnern	181		
B.3.3.5 Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung	181		
B.3.3.6 Koppelungsgeschäfte	181		
B.3.3.6.1 Allgemeines	181		
B.3.3.6.2 Missbrauchsmerkmale	183		
B.3.3.6.3 Trennung der Güter	183		



Verarbeitungssystem der Telekurs Multipay AG. Dies stelle eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 KG dar (vgl. zum Wortlaut der Rechtsbegehren unten Rz. 36).

2. Während des Verfahrens haben die Telekurs Multipay AG und die Telekurs Card Solutions AG ihr Verhalten geändert und nach Unterzeichnung einer Geheimhaltungserklärung am 22. und 25. Januar 2007 der CCV-Jeronimo (Suisse, Schweiz, Svizzera, Switzerland) SA die gewünschten Schnittstellen und Terminalspezifikationen zugestellt.

### A.1.2 Anzeigerin und Parteien

3. Die **CCV-Jeronimo (Suisse, Schweiz, Svizzera, Switzerland) SA** (nachfolgend *Jeronimo*) ist eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Nyon. Jeronimo ist eine Herstellerin von Terminalsystemen für elektronische Zahlungssysteme mit Kredit- und Debitkarten in der Schweiz. Ihr Angebot umfasst stationäre und mobile Terminals, mit oder ohne Anschluss an eine Registrierkasse. Jeronimo wird mehrheitlich von CCV International BV gehalten. Die CCV-Gruppe besteht aus verschiedenen Unternehmen, welche auf diversen nationalen Märkten im Bereich der elektronischen Zahlungssysteme tätig sind (z.B. CCV Holland BV in den Niederlanden, CCV Belgium nv/sa in Belgien, CCV UK Limited in Grossbritannien und CCV Allcash GmbH und CCV Deutschland GmbH in Deutschland).

4. Die Telekurs Multipay AG und ihre Schwestergesellschaft Telekurs Card Solutions AG waren zum Zeitpunkt der Anzeige Tochtergesellschaften der Telekurs Holding AG. Auf Anfang des Jahres 2008 fusionierte die Telekurs Holding AG mit der SWX Group, dem Verein SWX Swiss Exchange und der SIS Swiss Financial Services Group AG zur heutigen **SIX Group**<sup>1</sup>. Der Name der Telekurs Multipay AG wurde in **SIX Multipay AG** (nachfolgend Multipay) und derjenige der Telekurs Card Solutions AG in **SIX Card Solutions AG** (nachfolgend *Card Solutions*) abgeändert.

5. **Multipay** stellt als Verkaufs- und Marketingorganisation die *Akzeptanz* und reibungslose Abwicklung von kartenbasierten Zahlungsmitteln sicher. Die Multipay ist sowohl im Kreditkarten- als auch im Debitkartenacquiring tätig (Produkte MasterCard, VISA, Maestro, V PAY und Prepaid-Chip CASH).<sup>2</sup>

6. Die **Card Solutions** ist in drei Geschäftsfeldern tätig: Bereitstellung der Zahlungsinfrastrukturen am Verkaufspunkt (Point of Sale, POS; namentlich Verkauf von Zahlkartenterminals), Acquiring Processing und Issuing Processing. Acquiring Processing beinhaltet die Verarbeitung der Transaktionen, die zwischen den Acquirern und deren Vertragsunternehmen (Akzeptanzstellen) abgewickelt werden. Issuing Processing bezeichnet die technische Verarbeitung für die Herausgeber (Issuer) von Kredit- und Debitkarten.<sup>3</sup>

7. Sowohl Multipay als auch Card Solutions gehören wie bereits erwähnt zur SIX Group und sind Tochtergesellschaften der **SIX Group AG**. Die SIX Group deckt die ganze Wertschöpfungskette der Finanzplatzinfrastruktur ab – vom Wertschriftenhandel über die Wertschriftendienstleistungen bis hin zu Finanzinformationen und zum Zahlungsverkehr.<sup>4</sup>

### A.1.3 Dynamic Currency Conversion (DCC)

8. Bei der vorliegenden Untersuchung geht es um die Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (sog. Dynamic Currency Conversion; DCC). Durch DCC eröffnet sich für den Inhaber einer Kredit- oder Debitkarte die Möglichkeit, direkt am Terminal des Händlers zu wählen, ob er in der Lokalwährung (in der Schweiz: CHF) oder in seiner – vom Terminal automatisch erkannten – ausländischen Heimwährung (z.B. EUR, USD, GBP etc.) bezahlen möchte.

9. DCC führt zu einer Verlagerung der Währungsumrechnungsdienstleistung. Ohne DCC bezahlt der ausländische Karteninhaber in der Schweiz einen Rechnungsbetrag in CHF. Die Umrechnung in seine Heimwährung wird dann durch seine Kartenherausgeberin (Issuer) vorgenommen. Dabei entscheidet diese selbstständig über den Wechselkurs und belastet dem Karteninhaber in der Regel zusätzlich eine Fremdwährungskommission. Wählt ein ausländischer Karteninhaber hingegen direkt am Terminal des Händlers seine Heimwährung aus, so erfolgt die Umrechnung mittels DCC bereits auf Stufe Acquirer. Damit konkurrenzieren sich ausländischer Issuer und Acquirer im Bereich der Umrechnungsdienstleistung. Zum besseren Verständnis werden in den beiden nachfolgenden Grafiken Fremdwährungstransaktionen mit und ohne DCC am Beispiel eines Kaufes eines Karteninhabers aus dem EURO-Raum bei einem Schweizer Händler dargestellt:

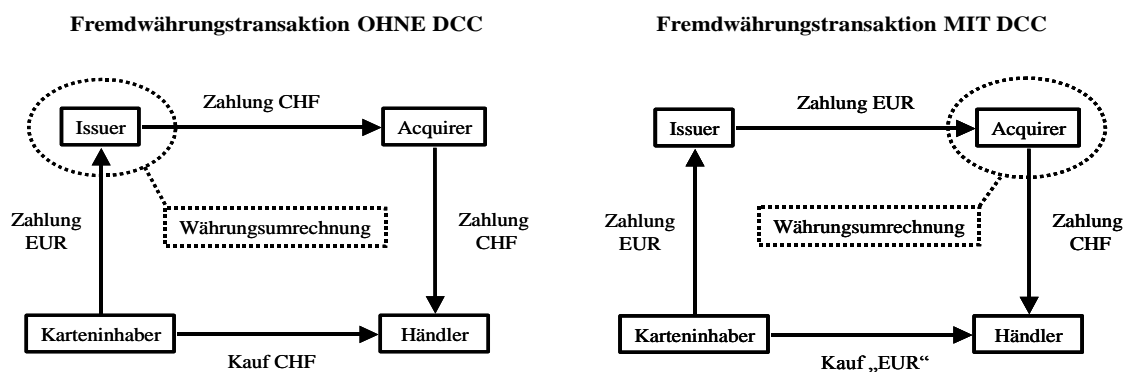
<sup>1</sup> Vgl. die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens in RPW 2007/4, S. 557 ff.

<sup>2</sup> Vgl. RPW 2007/4, S. 560, Rz. 15.

<sup>3</sup> Vgl. RPW 2007/4, S. 561, Rz. 15.

<sup>4</sup> Neben Multipay und Card Solutions gehören folgende Gesellschaften zur SIX Group: SIX Swiss Exchange (Börse), SIX Exfeed (Börsenrohdaten), SIX SIS und SIX x-clear (Clearing und Settlement), SIX SAG (Aktienregister), SIX Systems (Informatikdienstleistungen), SIX Telekurs (Finanzinformationen), SIX Multi Solutions (Zusatzdienstleistungen bei Kredit- und Debitkartenverarbeitung), SIX Pay (internationaler Anbieter bargeldloser Zahlungslösungen), SIX Interbank Clearing (Zahlungsverkehr Banken) und SIX PayNet (Elektronische Rechnung, Lastschriftverfahren); vgl. [www.six-group.com/download/about\\_six\\_group/factsheet\\_2010\\_de.pdf](http://www.six-group.com/download/about_six_group/factsheet_2010_de.pdf) (29.11.2010).

Abbildung 1: Fremdwährungstransaktion MIT und OHNE DCC:



10. Für den Karteninhaber bietet DCC den Vorteil, dass er beim Kauf alternativ zum Preis in der Lokalwährung (hier: CHF) bereits den verbindlichen Preis in seiner Heimwährung (hier: EUR) wählen kann. Für den Karteninhaber ist damit schon am Terminal sowohl der Wechselkurs als auch der genaue spätere Belastungsbetrag erkennbar. Damit ist für ihn die Preisgestaltung transparenter als bei einem Kauf in der Lokalwährung, welcher erst zu einem späteren Zeitpunkt – mit einem durch den Issuer gewählten Wechselkurs – umgerechnet wird.

11. Für den Acquirer besteht der Vorteil von DCC hingegen darin, dass die Erträge aus dem Wechselkursgeschäft und allfällige Kommissionen bei ihm und nicht beim (ausländischen) Issuer anfallen.

12. Für den Händler besteht der Vorteil von DCC schliesslich darin, dass die Acquirer die Einnahmen aus der Umrechnungsdienstleistung mit ihm teilen bzw. dass der Einsatz der DCC-Funktion letztlich zu einer geringeren Händlerkommission führt.

13. Damit ein Händler seinen Kunden DCC anbieten kann, benötigt er grundsätzlich drei Elemente:

- Er benötigt einen Vertrag mit einem Acquirer, der Fremdwährungstransaktionen verarbeitet.
- Er benötigt einen Vertrag mit einem Anbieter von Umrechnungsdienstleistungen.
- Er benötigt ein DCC-fähiges Terminal.

14. Auf internationaler Ebene haben sich diverse Unternehmen darauf spezialisiert, Umrechnungsdienstleistungen ("DCC-Dienstleistungen") anzubieten, d.h. diese Unternehmen betreiben die Währungsumrechnung als ihr Kerngeschäft. Diese Unternehmen (z.B. First Currency Choice [FCC], Fexco, Elavon oder Pure Commerce) können als DCC-Provider bezeichnet werden.<sup>5</sup> Wird die Umrechnungsdienstleistung durch einen solchen DCC-Provider vorgenommen, so sind an der Transaktion 3 Parteien beteiligt, welche Vertragsbeziehungen miteinander eingegangen sind: Der Händler, der Acquirer und der DCC-Provider. Diese drei Parteien teilen sich dann die Gewinne aus der Währungsumrechnung.

#### A.1.4 Terminals

15. Der Kartenterminal bildet die Schnittstelle zwischen dem Karteninhaber und dem Verarbeitungssystem des

Acquirers. Es ergeben sich dadurch bei genauer Betrachtung zwei Schnittstellen. Einerseits die Schnittstelle zwischen der Karte und dem Terminal und andererseits die Schnittstelle zwischen Terminal und Acquirer.

16. Bezüglich der *Schnittstelle zwischen Karte und Terminal* hat auf internationaler Ebene mit der Chip-Technologie EMV<sup>6</sup> eine Standardisierung eingesetzt. Die EMV-Spezifikation beschreibt den Aufbau und die Interaktion zwischen der EMV-Chip-Karte und dem Kartenterminal. Der EMV-Standard baut im Wesentlichen auf den Prinzipien der Interoperabilität und der Flexibilität auf. Interoperabilität bedeutet dabei, dass die gleiche system- und länderübergreifende Karten- und Terminalnutzung, die es bei der Magnetstreifentechnik gibt, auch bei der Chipkartentechnik vorhanden ist. Flexibilität bedeutet, dass jedes Zahlungsverkehrssystem die Möglichkeit haben muss, individuelle Bedürfnisse jenseits der Interoperabilität realisieren zu können.

17. In der Schweiz werden die EMV-Spezifikationen durch die nationalen ep2-Spezifikationen ergänzt.<sup>7</sup> Die ep2-Spezifikationen standardisieren u.a. die Schnittstelle *zwischen Terminal und Acquirer*. ep2 legt zudem Standards für den Ablauf der Transaktion am Terminal sowie für die Hardware des Terminals fest. Ob ein Terminal den ep2-Spezifikationen entspricht, wird in einem Zertifizierungsverfahren überprüft. Dabei wird sowohl die Hard- als auch die Software des Terminals ep2-zertifiziert.

<sup>5</sup> Die Card Solutions ist ebenfalls als DCC-Provider aktiv (vgl. unten Rz. 19 ff.).

<sup>6</sup> Die Buchstaben EMV stehen für die drei Gesellschaften, die den Standard entwickelten: Europay International (heute MasterCard Europe), MasterCard und Visa. Für die Weiterentwicklung des Standards wurde eine eigene Gesellschaft gegründet, die EMVCo LLC ([www.emvco.com](http://www.emvco.com); 29.11.2010), welche heute American Express, JCB, Visa und MasterCard gehört.

<sup>7</sup> Die ep2-Spezifikationen wurden von der Kreditkartenindustrie und dem Handel gemeinsam entwickelt. Heute ist der Verein Technical Cooperation ep2 Association (TeCo ep2) für die Weiterentwicklung des Standards zuständig ([www.eftpos2000.ch](http://www.eftpos2000.ch); 29.11.2010). Mitglieder des Vereins sind Multipay, Card Solutions, Aduno, ConCardis, Diners, JCB, GE Money Bank, PostFinance, Swisscard AECS und der Verein Elektronischer Zahlungsverkehr (VEZ).

18. Eines der Ziele, welches mit ep2 verfolgt wird, ist die Sicherstellung eines freien, kompetitiven Terminalmarktes. Durch den ep2-Standard wird grundsätzlich sichergestellt, dass jeder ep2-zertifizierte Terminal bei jedem in der Schweiz tätigen Acquirer funktionsfähig ist. Die DCC-Funktion wurde hingegen im Rahmen von ep2 nicht standardisiert.

### A.1.5 DCC-Angebot von Multipay

#### A.1.5.1 Ursprüngliches System

19. Multipay bietet ihren angeschlossenen Händlern seit März 2005 die DCC-Funktion an. Die Währungsumrechnung wird dabei durch Card Solutions vorgenommen, m.a.W. übernimmt Card Solutions die Funktion des DCC-Providers. Allerdings steht Card Solutions in keiner direkten Vertragsbeziehung mit den Händlern.

20. Card Solutions hat zur Erbringung der DCC-Dienstleistungen gemäss eigenen Angaben eine eigene DCC-Software entwickelt und diese bei den internationalen Card Schemes (MasterCard, VISA) zertifizieren lassen.

21. Diese Lösung wurde derart ausgestaltet, dass die DCC-Funktion durch Multipay nur bei Zahlkartenterminals von Card Solutions unterstützt wurde. Sofern ein Händler, der einen Acquiring-Vertrag mit Multipay abgeschlossen hatte, die DCC-Funktion in Anspruch nehmen wollte, war er daher gezwungen, ein Terminal von Card Solutions zu verwenden.

22. Zum besseren Verständnis werden nachfolgend das DCC-System von Multipay/Card Solutions dem System bei anderen Acquirern ("übliches" DCC-System) grafisch gegenüber gestellt:

Abbildung 2: "Übliches" DCC-System

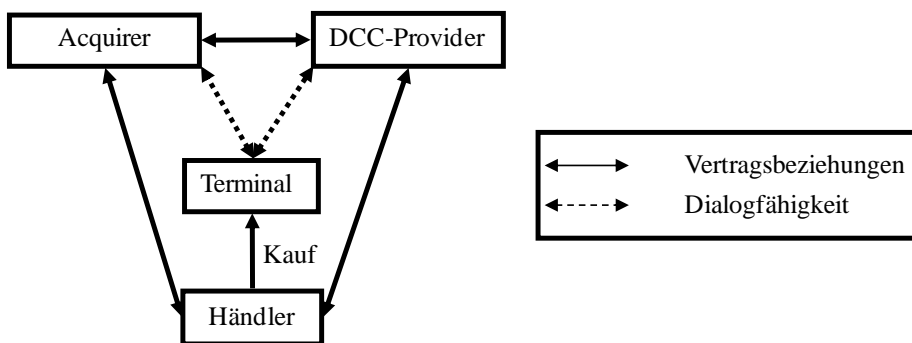
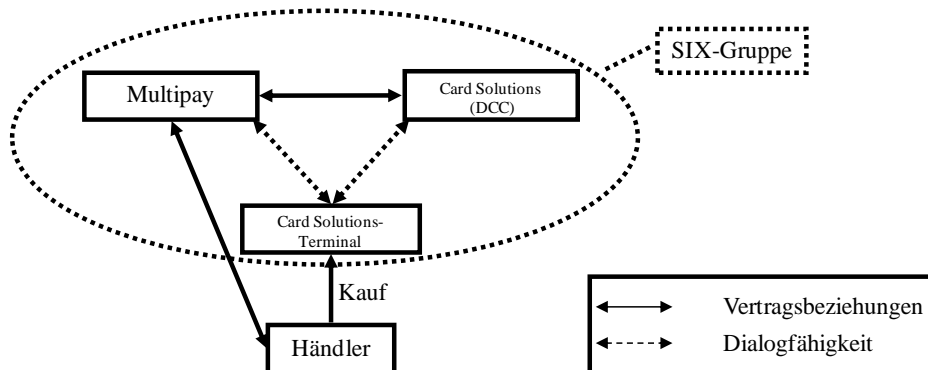


Abbildung 3: DCC-System von Multipay/Card Solutions



23. Die Parteien haben in ihrer Stellungnahme vom 16. September 2010 zur Sachverhaltsdarstellung im Antrag des Sekretariates ausgeführt, bei den DCC-Dienstleistungen handle es sich um Dienstleistungen, die Bestandteil der eigentlichen Acquiring-Dienstleistung seien. Es handle sich um eine "Teilfunktion des Gesamtacquiring-Systems". Daher seien die Ausführungen in Rz. 13 falsch, denn ein Händler benötige nur dann einen Vertrag mit einem Anbieter von Umrechnungsdienstleistungen, wenn der eigene Acquirer nicht fähig sei, diese Umrechnungen selbst zu tätigen.

Die Verwendung eines Drittanbieters für diese Dienste sei eine veraltete Hilfskonstruktion. Es handle sich bei der Möglichkeit der Währungsumrechnung am Terminal denn auch nicht um ein eigentliches Produkt, sondern um eine Hilfsfunktion im Rahmen des Acquiring-Processing.

24. Die Sachverhaltsdarstellung der Parteien mag zwar für das DCC-Angebot von Multipay zutreffen, es bildet aber nicht die heutige Marktrealität ab. Die anderen in der Schweiz tätigen Acquirer Aduno, B&S und ConCar-

dis bieten DCC in Kooperation mit einem unabhängigen DCC-Provider an. Auch auf internationaler Ebene sind diverse DCC-Provider tätig und in der Stellungnahme der Parteien wird an anderer Stelle festgehalten, dass die DCC-Funktion es der Card Solutions ermöglicht hat, "in Konkurrenz mit anderen DCC-Anbieter (wie z.B. First Currency) zu treten". In früheren Eingaben sind die Parteien denn auch selber von einem eigenständigen Markt für Umrechnungsdienstleistungen ausgegangen, welcher weltweit abzugrenzen sei (vgl. Näheres bei der Darstellung des Marktes für Umrechnungsdienstleistungen, Rz. 280 ff.).

25. Die Parteien legen weiter dar, welches die Motivation der Card Solutions für die Entwicklung von DCC gewesen sei. Sie legen dar, die Card Solutions sei ein kleiner Wettbewerber auf dem weltweiten Markt für Processing-Dienstleistungen. DCC sei entwickelt worden, um als Acquiring-Processor diese Funktion Multipay und anderen Acquireern als Kunden anbieten zu können. Das Interesse der Card Solutions an der DCC-Funktion liege daher an der wiederholten Erbringung von Processing-Leistungen an verschiedene Acquirer und weniger im einmaligen Verkauf eines Terminals. Diese ökonomische Grundprämisse sei zwingend bei der Beurteilung des Sachverhalts zu berücksichtigen.

26. Die Parteien versuchen mit dieser Sachverhaltsdarstellung zu suggerieren, dass die Card Solutions bei der DCC-Funktion gegensätzliche Interessen auf dem Markt für Acquiring-Processing und auf dem Terminalmarkt abzuwägen hätte. Dies ist nicht zutreffend. Ein Interesse von Card Solutions die DCC-Funktion den verschiedenen Acquireern anzubieten hat keinen Einfluss auf ihr ebenfalls bestehendes Interesse, möglichst viele Terminals zu verkaufen. Die Parteien vermischen bei ihrer Darstellung zwei unterschiedliche Märkte bzw. Marktgeenseiten. Nachfrager von Processing-Dienstleistungen sind die Acquirer, Nachfrager von Terminals hingegen die Händler.

27. Schliesslich führen die Parteien aus, es sei prinzipiell falsch die Thematik der DCC-Funktion unter dem Titel "DCC bei Multipay" abzuhandeln, da es sich bei DCC um eine Entwicklung der Card Solutions handle. Die DCC-Funktion bzw. das Processing werde denn auch durch Card Solutions erbracht. Diese Leistungen seien mit dem Acquiring-Processor verbunden und dieser werde vom Acquirer – und nicht vom Händler – gewählt. Auch hier verkennen die Parteien, dass für den vorliegenden Fall die Händlersicht massgebend ist. Den Händlern wird die DCC-Funktion von Multipay und nicht von Card Solutions angeboten.

#### **A.1.5.2 Entwicklungen seit Eröffnung des Verfahrens**

28. Am 22. und 25. Januar 2007 hat *Jeronimo* eine Geheimhaltungsvereinbarung mit Card Solutions unterzeichnet und in der Folge wurden Jeronimo die Schnittstellen und Terminalspezifikationen zugestellt, welche zur Herstellung der Interoperabilität zwischen der eigenen DCC-Terminalsoftware und der DCC-Software der Card Solutions erforderlich waren. Diese Informationen erlaubten es Jeronimo die DCC-Funktion auf ihren Terminals zu implementieren. Nach diversen Tests, einer Pilotphase und einer Phase der kontrollierten Verbrei-

tung erhielt Jeronimo am 8. April 2009 von Multipay die Freigabe für die DCC-Funktion.

29. Jeronimo ist nicht der einzige Terminalhersteller, welcher Interesse an den Schnittstellenspezifikationen bekundet hat. Am 3. und 10. April 2007 unterzeichnete Ingenico (Schweiz) AG (nachfolgend *Ingenico*) ebenfalls eine Geheimhaltungsvereinbarung und erhielt die Schnittstellen- und Terminalspezifikationen von Card Solutions. Ingenico führte die notwendigen Anpassungen ihrer Terminals durch und erhielt am 15. April 2009 die Freigabe für die DCC-Funktion. Seit dem April 2009 kann ein Händler, welcher einen Acquiringvertrag mit Multipay abgeschlossen hat und die DCC-Funktion in Anspruch nehmen möchte, folglich zwischen den Terminals von Card Solutions, Jeronimo und Ingenico wählen.

30. Mit der Thales e-transactions GmbH (nachfolgend *Thales*) und der Commtrain Card Solutions AG (nachfolgend *Commtrain*) haben zudem im November 2007 noch zwei weitere Terminalhersteller Geheimhaltungsvereinbarungen unterzeichnet und die gleichen Schnittstellen- und Terminalinformationen erhalten, wie sie auch Jeronimo und Ingenico zugestellt wurden.

31. Schliesslich hat die SBB die Card Solutions am 24. Juni bzw. 22. Juli 2008 beauftragt, die DCC-Funktion auf den Card Solutions-Terminals der SBB aufzuschalten, wobei jedoch nicht Card Solutions, sondern die Fexco Dynamic Currency Conversion Limited, Irland, die DCC-Dienstleistungen für die SBB erbringt. In diesem Zusammenhang passte die Card Solutions ihre Terminalsoftware an die Fexco Spezifikationen an. Dies bedeutet, dass die Terminals der Card Solutions mit mindestens einem externen DCC-Provider dialogfähig sind.

#### **A.1.6 Verhalten von Multipay gegenüber Jeronimo und weiteren Interessenten**

32. *Jeronimo* hat anlässlich einer Besprechung mit Multipay vom 10. Juni 2005 in Nyon erstmals das Anliegen formuliert, so schnell wie möglich die DCC-Funktionalität auf den eigenen Terminals für Händler, die bei Multipay angeschlossen sind, anbieten zu können. Mit Schreiben vom 5. Juli 2005 forderte Jeronimo Multipay auf, der anlässlich des Treffens gemachten Ankündigung, die DCC-Funktion ab Mitte 2005 auch für andere Terminalhersteller zugänglich zu machen, nachzukommen und Jeronimo die entsprechenden Spezifikationen zukommen zu lassen. Das Schreiben blieb unbeantwortet. Am 18. November 2005 fand ein weiteres Treffen zwischen den Parteien statt. Gemäss einem E-Mail von Jeronimo an Multipay vom 30. Januar 2006 hatte Multipay an besagtem Treffen in Aussicht gestellt, am 9. Januar 2006 über die Möglichkeit der Autorisierung der DCC-Funktionalität bei anderen Terminals als denjenigen von Card Solutions zu befinden. In einem E-Mail vom 16. Januar 2006 teilte Multipay Jeronimo mit, die Geschäftsleitung habe beschlossen, dass firmenintern entwickelte Dienstleistungen grundsätzlich nicht freigegeben würden. Es ist unklar, ob dieses Mail bei Jeronimo eingegangen ist, denn in ihrer E-Mail vom 30. Januar 2006 erkundigte sich Jeronimo nach dem Inhalt der Entscheidung der Geschäftsleitung von Multipay. Das E-Mail vom 30. Januar 2006 blieb unbeantwortet. Mit Schreiben vom 20. Februar 2006 beklagte sich Jeronimo über die Verweigerung des Zugangs zur DCC-Funktion sowie über

die wiederholten Gesprächsverweigerungen und drohte Rechtsschritte an. Mit Schreiben vom 17. März 2006 forderte die Van de Velden Holding B.V. als Mehrheitsaktionärin der Jeronimo Multipay auf, die Protokolle offenzulegen, welche es Jeronimo erlauben, die DCC-Funktion auf ihren Terminals anzubieten. Sie forderte Multipay auf, bis am 25. März 2006 mitzuteilen, ob diese bereit sei, vor dem 8. April 2006 über diese Angelegenheit Verhandlungen aufzunehmen. Am 20. März 2006 antwortete Multipay, dass sie keine Veranlassung sehe, ihre Position bezüglich DCC zu ändern.

33. Mit Schreiben vom 22. Juli 2005 gelangte die *Ingenico* an die Multipay und fragte an, ob ihr nicht die technischen Informationen offengelegt werden könnten, die für die Entwicklung der eigenen Zahlkartenterminals notwendig seien. Eine schriftliche Antwort ist nicht erfolgt. Card Solutions gibt an, sie habe Ingenico mündlich mitgeteilt, die DCC-Funktion befinde sich noch in einer Pilotphase, weshalb das Produkt DCC noch nicht zur Verfügung gestellt werden könne.

34. Mit E-Mail vom 19. September 2005 fragte der Terminalhersteller PaySys AG (nachfolgend *PaySys*) an, welche Möglichkeiten Multipay für eine Partnerschaft bezüglich DCC sehe. Gemäss Card Solutions wurde auch PaySys mitgeteilt, das Projekt DCC befinde sich noch in einer Pilotphase, so dass die Funktion nicht weitergegeben werden könne.

35. Erst nachdem aufgrund der Anzeige von Jeronimo durch das Sekretariat eine Vorabklärung eröffnet wurde, erklärten sich Multipay/Card Solutions anlässlich einer Sitzung mit Jeronimo vom 8. Dezember 2006 bereit, die notwendigen Schnittstelleninformationen offen zu legen (vgl. sogleich die ausführliche Darstellung des Verfahrens).

## A.2 Verfahren

36. Mit der Anzeige vom 20. Juli 2006<sup>8</sup> stellte Jeronimo folgende Rechtsbegehren:

1. *Es sei festzustellen, dass Telekurs Multipay AG im schweizerischen Markt für das Acquiring von Mastercard und VISA Kreditkarten sowie Maestro Debitkarten über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.*
2. *Es sei festzustellen, dass das Vorenthalten von Informationen, Spezifikationen und Support, die für das Betreiben einer dynamischen Währungsumrechnung (sog. Dynamic Currency Conversion; DCC) in Zahlkartenterminals erforderlich sind, sowie die Verweigerung der Zustimmung zum Gebrauch und Betreiben der DCC-Funktionalität durch die Telekurs Multipay AG gegenüber der CCV-Jeronimo (Suisse, Schweiz, Svizzera, Switzerland) AG eine unzulässige Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.*
3. *Telekurs Multipay AG sei zu verpflichten, der CCV-Jeronimo (Schweiz, Suisse, Svizzera, Switzerland) AG die für den Gebrauch und das Betreiben einer DCC in Zahlkartenterminals erforderlichen Informationen und Spezifikationen offen zu legen und die erforderliche Unterstützung und Zu-*

*stimmung zum Gebrauch und Betreiben der DCC-Funktionalität zu geben".*

37. Zudem beantragte die Anzeigerin den Erlass vorsorglicher Massnahmen.

38. Am 24. Juli 2006 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung in Sachen "Telekurs/Terminals mit DCC" und liess der Multipay die Anzeige der Jeronimo zur Stellungnahme zukommen.<sup>9</sup>

39. Mit Eingabe vom 25. August 2006 beantragte Multipay die Abweisung der Anträge der Anzeigerin und die Einstellung der Vorabklärung.<sup>10</sup> Zur Begründung wurde namentlich ausgeführt, DCC sei eine Verarbeitungsdienstleistung der Card Solutions – einer Schwestergesellschaft der Multipay. Die Anzeigerin verlange deshalb eigentlich eine Zwangslizenz an der durch die Card Solutions entwickelten Software. Multipay sei es daher weder möglich noch erlaubt, die durch die Anzeigerin verlangten Informationen und Spezifikationen offen zu legen oder die erforderliche Unterstützung zu geben.

40. Aufgrund der stark divergierenden Darstellungen des Sachverhaltes zwischen der Anzeige und der Stellungnahme der Multipay entschloss sich das Sekretariat, die Stellungnahme der Multipay der Anzeigerin am 1. September 2006 zur Replik zuzustellen. Gleichzeitig unterbreitete das Sekretariat der Anzeigerin diverse Fragen zur DCC-Funktion.<sup>11</sup>

41. Mit Eingabe vom 25. September 2006 beantragte Jeronimo die vollumfängliche Abweisung der Anträge der Multipay.<sup>12</sup> Jeronimo legte dabei dar, dass sie nicht eine durch die Card Solutions entwickelte Software benötige, sondern einzig die Schnittstelleninformationen und diesbezügliche Unterstützung durch Multipay, um die eigene DCC-Softwarelösung mit dem Verarbeitungssystem von Multipay (als Acquirer und DCC-Provider) dialogfähig zu machen. Sofern dafür Informationen von Seiten der Card Solutions zur Verfügung gestellt werden müssten, sei das Verfahren auf Card Solutions oder gegebenenfalls auf die ganze SIX-Gruppe auszudehnen.

42. Mit Schreiben vom 3. Oktober 2006 leitete das Sekretariat die Replik der Anzeigerin an die Multipay weiter und räumte dieser Gelegenheit zur Duplik ein.<sup>13</sup> Zudem entschloss sich das Sekretariat, aufgrund der komplexen technischen Natur des Sachverhaltes beide Parteien zu treffen, um Fragen an Fachexperten stellen zu können. Mit Schreiben vom 26. Oktober 2006 kündigte Multipay an, auf eine schriftliche Stellungnahme zu verzichten und zu den Vorbringen der Jeronimo anlässlich der vorgesehenen Besprechung Stellung zu nehmen.

<sup>8</sup> Act. no 1.

<sup>9</sup> Act. no 4.

<sup>10</sup> Act. no 12.

<sup>11</sup> Act. no 13.

<sup>12</sup> Act. no 16.

<sup>13</sup> Act. no 18.

43. Am 31. Oktober 2006 fand das Treffen zwischen Vertretern des Sekretariates und Vertretern der Anzeigerin statt. Jeronimo hielt dabei an ihren Anträgen fest und reichte mit Schreiben vom 1. November 2006 einige zusätzliche Unterlagen ein.<sup>14</sup>

44. Am 7. November 2006 fand schliesslich das Treffen zwischen Vertretern des Sekretariates und Vertretern von Multipay und Card Solutions statt.

45. Mit Schreiben vom 13. bzw. 24. November 2006 sendete das Sekretariat Multipay bzw. Jeronimo die jeweiligen Gesprächsprotokolle zur Information und Rektifizierung zu.<sup>15</sup> Gegenüber Multipay wurden zudem diverse Ergänzungsfragen gestellt. Mit Schreiben und E-Mail vom 13. November 2006 wurden auch Fragen an Aduno SA, Concardis (Schweiz) AG sowie B&S Card GmbH Service gestellt (nachfolgend *Aduno*, *Concardis* und *B&S*).<sup>16</sup> Weitere Anfragen an die Parteien sowie an die erwähnten anderen Marktteilnehmer erfolgten per E-Mail und Telefon. Die Antworten gingen mit Schreiben vom 20., 23., 24. und 29. November sowie 1. Dezember 2006 beim Sekretariat ein.<sup>17</sup>

46. Mit E-Mail vom 29. November 2006 informierte Multipay das Sekretariat darüber, dass am 8. Dezember 2006 eine Sitzung zwischen den Parteien zur Besprechung von Lösungsmöglichkeiten vorgesehen sei.<sup>18</sup> Aufgrund dieser Entwicklung entschloss sich das Sekretariat, den unmittelbar bevorstehenden Antrag an die Kommission zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen auszusetzen, da bei einer Einigung der Parteien derartige Massnahmen hinfällig würden.

47. Am Treffen vom 8. Dezember 2006 erklärten sich Multipay/Card Solutions bereit, Jeronimo die notwendigen Schnittstelleninformationen, Terminalspezifikationen sowie weitere ergänzende Informationen offen zu legen. Multipay/Card Solutions machten dies jedoch von der Unterzeichnung einer Geheimhaltungsvereinbarung abhängig.<sup>19</sup>

48. In der Folge entwickelten sich zwischen Jeronimo und Multipay/Card Solutions ein Schriftenwechsel und Diskussionen bezüglich einzelner Punkte der Geheimhaltungsvereinbarung, der Bedingungen für die technische sowie der Ausgestaltung der kommerziellen Zusammenarbeit.<sup>20</sup> Die Unterzeichnung der Geheimhaltungsvereinbarung erfolgte durch Jeronimo am 22. Januar 2007 und durch Card Solutions am 25. Januar 2007.<sup>21</sup>

49. Mit Schlussbericht vom 10. Januar 2007 stellte das Sekretariat fest, dass Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung.

50. Am 17. Januar 2007 wurde durch das Sekretariat im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission die vorliegende Untersuchung eröffnet.<sup>22</sup> Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG bekannt. Die Publikation im SHAB erfolgte am 22. Januar 2007, diejenige im Bundesblatt am 30. Januar 2007 (BBl 2007 867).

51. Bis am 7. Februar 2007 gaben alle im Rahmen der Vorabklärung Beteiligten – d.h. die Anzeigerin, Multipay/Card Solutions und befragte Dritte – ihr Einver-

ständnis zur Übernahme der Akten der Vorabklärung in die Untersuchung.<sup>23</sup>

52. Am 16. März 2007 verschickte das Sekretariat Auskunftsbefehren an Multipay/Card Solutions und Jeronimo, an diverse Acquirer (Aduno, Concardis, B&S) sowie an die Schweizerische Nationalbank (SNB).<sup>24</sup> Die Auskunftsbefehren an diverse Terminalhersteller (C Retail Information Technology Schweiz GmbH, Commtrain, Ingenico, ARS Software GmbH und PaySys) folgten am 2. April 2007.<sup>25</sup>

53. Mit Schreiben vom 13. April 2007 verweigerte die SNB die Herausgabe der einverlangten Marktdaten unter Berufung auf die Geheimhaltungsverpflichtung, die sich aus dem notenbankrechtlichen Statistikgeheimnis (Art. 16 Abs. 1 NBG<sup>26</sup>) ergebe.<sup>27</sup> Am 30. Mai 2007 bat das Sekretariat den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) um eine Beratung im Sinne von Art. 31 Abs. 1 Bst. a DSG<sup>28</sup> zur Frage, ob die SNB die Marktdaten tatsächlich nicht herausgeben darf.<sup>29</sup> Der EDÖB hielt in seiner Antwort vom 3. Juli 2007 fest, dass die SNB die Daten nicht herausgeben muss.<sup>30</sup>

54. Am 30. Mai 2007 ging beim Sekretariat die Antwort der Multipay/Card Solutions auf das am 16. März 2007 gestellte Auskunftsbefehren ein.<sup>31</sup> Die Antworten der anderen befragten Unternehmen gingen bis am 6. Juni 2007 beim Sekretariat ein.<sup>32</sup>

55. Am 11. Juni 2007 fand eine Sitzung in einem Fusionsverfahren statt, an dem unter anderem die damalige Telekurs beteiligt war (41-0481: Zusammenschlussvorhaben SWX/SIS/Telekurs). Anlässlich dieser Sitzung thematisierte der zuständige Vizedirektor auch den vorliegenden Fall. Dies erweckte bei den Parteien offenbar den Anschein, es werde ein Konnex zwischen den beiden Verfahren hergestellt. Mit Schreiben vom 15. Juni 2007 trat der betroffene Vizedirektor in den Ausstand und die Dossierverantwortung ging auf den Direktor des Sekretariates über.<sup>33</sup>

<sup>14</sup> Act. no 25.

<sup>15</sup> Act. no 26 und 35.

<sup>16</sup> Act. no 27–29.

<sup>17</sup> Act. no 31, 33, 34, 36, 39–41.

<sup>18</sup> Act. no 39.

<sup>19</sup> Vgl. act. no 47.

<sup>20</sup> Vgl. act. no 49–53.

<sup>21</sup> Act. no 103 Beilage 19i.

<sup>22</sup> Act. no 54 und 55.

<sup>23</sup> Act. no 63–65.

<sup>24</sup> Act. no 66, 68–72.

<sup>25</sup> Act. no 75–80.

<sup>26</sup> Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über die Schweizerische Nationalbank (Nationalbankgesetz, NBG; SR 951.11).

<sup>27</sup> Act. no 82.

<sup>28</sup> Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG; SR 255.1).

<sup>29</sup> Act. no 102.

<sup>30</sup> Act. no 122. Die differenzierte Stellungnahme des EDÖB wurde im Volltext in RPW 2007/3, S. 502 ff. publiziert.

<sup>31</sup> Act. no 103–105, 107.

<sup>32</sup> Act. no 106, 108–110.

<sup>33</sup> Act. no 114–119; vgl. auch act. no 121.

56. In der Folge machte Multipay/Card Solutions mit Schreiben vom 19. Juni 2007 geltend, als verfahrensrechtliche Konsequenz dieses Ausstandes seien alle Verfahrenshandlungen des vorliegenden Verfahrens zu wiederholen, an denen der betroffene Vizedirektor mitgewirkt habe.<sup>34</sup> Das Sekretariat lehnte dies zunächst in der Form eines einfachen Verwaltungsschreibens vom 12. Juli 2007 ab.<sup>35</sup> Am 21. August 2007 verlangten Multipay/Card Solutions, dass über die Frage der Wiederholung der Verfahrenshandlungen in der Form einer anfechtbaren Zwischenverfügung zu entscheiden sei.<sup>36</sup>

57. Mit Zwischenverfügung vom 5. November 2007 lehnte das Sekretariat die Wiederholung der vorgenommenen Verfahrenshandlungen ab mit der Begründung, dass ein Ausstandsgrund frühestens ab Kenntnis des Zusammenschlussvorhabens am 14. Mai 2007 habe eintreten können, dass aber alle Untersuchungshandlungen vor diesem Zeitpunkt stattgefunden hätten.<sup>37</sup> Mit Schreiben vom 6. Dezember 2007 erhob Multipay/Card Solutions Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht gegen die Zwischenverfügung des Sekretariates. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte, dass Verfahrenshandlungen, welche vor dem 14. Mai 2007 stattgefunden haben, nicht wiederholt werden müssen.<sup>38</sup> Hiergegen erhob die Multipay/Card Solutions am 6. Oktober 2008 Beschwerde an das Bundesgericht. Die Beschwerde wurde am 24. März 2009 vom Bundesgericht abgewiesen, welches ebenfalls festhielt, dass Verfahrenshandlungen, welche vor dem 14. Mai 2007 erfolgt sind, an keinem ausstandsrechtlichen Mangel leiden und daher nicht zu wiederholen sind.<sup>39</sup>

58. Mit Schreiben vom 21. April 2009 an Multipay/Card Solutions, Jeronimo, Ingenico, Aduno, ConCardis und B&S nahm das Sekretariat seine Untersuchungshandlungen wieder auf und verlangte Auskünfte, namentlich zur Aktualisierung des Sachverhaltes.<sup>40</sup> Die Antworten der befragten Unternehmen gingen bis am 15. Mai 2009 beim Sekretariat ein, mit Ausnahme der Antwort der Ingenico, welche erst nach Mahnung am 4. August 2009 einging.<sup>41</sup> In der Folge wurden diverse Einzelfragen per E-Mail geklärt,<sup>42</sup> namentlich im Bereich des Central Acquiring. Erwähnenswert ist die Eingabe von Global Refund vom 13. November 2009 mit welcher Fragen des Sekretariates betreffend First Currency Choice beantwortet wurden.<sup>43</sup> Mit Mail vom 13. Januar 2010 hat das Sekretariat von Multipay/Card Solutions wiederum Aktualisierungen und Ergänzungen sowie die Übernahme einiger Aktenstücke aus dem Untersuchungsverfahren 22-0389 Kreditkarten-Interchange Fees II verlangt.<sup>44</sup> Mit Eingabe vom 9. Februar 2010 reichten Multipay/Card Solutions die verlangten Informationen ein und stimmten der Aktenübernahme zu.<sup>45</sup> Schliesslich erfolgten am 8. Februar 2010 Auskunftsbeglehen an Diners Club und Swisscard,<sup>46</sup> die am 15. und 26. Februar 2010 beantwortet wurden.<sup>47</sup>

59. Am 6. November 2009 äusserten Multipay/Card Solutions das Anliegen, mit dem Sekretariat über Möglichkeiten für eine einvernehmliche Regelung zu diskutieren.<sup>48</sup> Eine erste Besprechung fand am 1. Dezember 2009 statt.<sup>49</sup> Aufgrund dieses Treffens reichten Multipay/Card Solutions am 4. März 2010 einen ersten schriftlichen Entwurf für eine einvernehmliche Regelung ein.<sup>50</sup> Das Sekretariat nahm mit Schreiben vom 23. März

2010 Stellung zum Entwurf und führte aus, welche Anpassungen vorzunehmen seien.<sup>51</sup> Am 12. Mai 2010 wurde der zweite Entwurf eingereicht,<sup>52</sup> zu dessen Besprechung am 18. Mai 2010 das zweite Treffen mit dem Sekretariat stattfand.<sup>53</sup> Mit Schreiben vom 9. Juni 2010 unterbreitete das Sekretariat den Parteien einen überarbeiteten Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung.<sup>54</sup>

60. Am 8. Juni 2010 wurde die Untersuchung durch das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums auf die SIX Group AG als Muttergesellschaft von Multipay und Card Solutions erweitert.<sup>55</sup>

61. Mit Schreiben vom 24. Juni 2010 nahmen SIX Group/Multipay/Card Solutions Stellung zum Vorschlag des Sekretariates für eine EVR.<sup>56</sup> Da aus der Stellungnahme hervorging, dass bezüglich einiger wesentlicher Elemente der EVR immer noch kein Konsens gefunden werden konnte, hat das Sekretariat mit Schreiben vom 30. Juni 2010 die Verhandlungen zur Vereinbarung einer einvernehmlichen Regelung abgebrochen.<sup>57</sup>

62. Am 30. Juni 2010 stellte das Sekretariat den Antragsentwurf sowie ein aktualisiertes Aktenverzeichnis den Parteien zur Stellungnahme im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG zu.<sup>58</sup>

63. Am 5. Juli 2010 erfolgte die Akteneinsicht der Parteien in die geschäftsgeheimnisbereinigten Verfahrensakten.<sup>59</sup>

64. Mit Schreiben vom 28. Juli 2010<sup>60</sup> und 18. August 2010<sup>61</sup> ersuchten die Parteien um Fristerstreckungen, welche ihnen mit Schreiben vom 29. Juli 2010<sup>62</sup> und 19. August 2010<sup>63</sup> gewährt wurden.

<sup>34</sup> Act. no 120.

<sup>35</sup> Act. no 123.

<sup>36</sup> Act. no 125.

<sup>37</sup> RPW 2007/4, S. 649 ff.

<sup>38</sup> BVGer [B-8282/2007] vom 1. September 2008, publiziert in RPW 2008/3, 508 ff.

<sup>39</sup> BGer [2C\_732/2008] vom 24. März 2009.

<sup>40</sup> Act. no 140–145.

<sup>41</sup> Act. no 148–151.

<sup>42</sup> Act. no 155–163, 166, 167, 169–173, 176–179, 189, 192–198.

<sup>43</sup> Act. no 158 und 162.

<sup>44</sup> Act. no 168.

<sup>45</sup> Act. no 180–183.

<sup>46</sup> Act. no 174 und 175.

<sup>47</sup> Act. no 186 und 191.

<sup>48</sup> Vgl. act. no 160.

<sup>49</sup> Vgl. act. no 165.

<sup>50</sup> Act. no 194.

<sup>51</sup> Act. no 199.

<sup>52</sup> Act. no 205.

<sup>53</sup> Vgl. act. no 204.

<sup>54</sup> Act. no 208.

<sup>55</sup> Act. no 207.

<sup>56</sup> Act. no 217a.

<sup>57</sup> Act. no 221.

<sup>58</sup> Act. no 221.

<sup>59</sup> Vgl. Act. no 232 und 238.

<sup>60</sup> Act. no 234.

<sup>61</sup> Act. no 240.

<sup>62</sup> Act. no 235.

<sup>63</sup> Act. no 241.

65. Mit Eingabe vom 16. September 2010<sup>64</sup> nahmen die Parteien fristgerecht Stellung zum Antrag des Sekretariates vom 30. Juni 2010. Ergänzungen erfolgten aufgrund von Nachfragen des Sekretariates<sup>65</sup> mit Schreiben vom 27. September 2010<sup>66</sup> und vom 4. Oktober 2010<sup>67</sup>.

66. Im Schreiben vom 4. Oktober 2010<sup>68</sup> beantragten die Parteien die Zustellung des abgeänderten Antrags des Sekretariates zur Stellungnahme, da sie von wesentlichen Änderungen des Inhaltes ausgehen würden. Für den Fall der Verweigerung der Stellungnahme beantragten sie den Erlass einer anfechtungsfähigen Verfügung.

67. Ebenfalls am 4. Oktober 2010 orientierte das Sekretariat die Parteien per E-Mail<sup>69</sup> darüber, dass eine Anhörung vor der Weko für den 1. November 2010 vorgesehen sei. Neben den Parteien wurde am gleichen Tag auch Herrn Jean-Marc Fillistorf, CEO von Jeronimo zum Zeitpunkt der Anzeige, per Einschreiben<sup>70</sup> mitgeteilt, dass eine Anhörung seiner Person durch die Weko für den 1. November 2010 geplant sei. Mit Schreiben vom 19. Oktober 2010<sup>71</sup> an Herrn Fillistorf bestätigte das Sekretariat den Termin für das Hearing und erläuterte den vorgesehenen Ablauf.

68. Mit Schreiben vom 20. Oktober 2010<sup>72</sup> informierte das Sekretariat die Parteien über den detaillierten Ablauf der Anhörung, namentlich auch über die vorgesehene Anhörung von Herrn Fillistorf. Zudem wurde den Parteien mitgeteilt, dass das Sekretariat die Stellungnahme der Parteien geprüft habe und zum Ergebnis gelangt sei, dass sie keine Elemente enthalte, welche zu einer grundlegend anderen Beurteilung des Sachverhaltes führen würden, so dass das Sekretariat einen zweiten Antrag ausarbeiten müsste. Das Sekretariat werde der Weko den Antrag vom 30. Juni 2007 unverändert zukommen lassen. Der Weko werde zudem die Stellungnahme der Parteien vom 16. September 2010 sowie die beiden Ergänzungsschreiben vom 27. September und 4. Oktober 2010 zugestellt. Es obliege dann der Weko, die von den Parteien vorgebrachten Argumente sowie die Ausführungen anlässlich der Anhörung gebührend zu würdigen.

69. Die Parteien reagierten mit Schreiben vom 26. Oktober 2010<sup>73</sup> und verlangten um Mitteilung, ob das Sekretariat der Weko in irgendeiner Form einen Bericht oder eine eigene Stellungnahme zu den Kernaussagen der Parteien zugestellt habe. Für den Fall, dass ein solches Dokument erstellt worden sei, ersuchten die Parteien um umgehende Zustellung desselben Zwecks Wahrung des rechtlichen Gehörs. Zudem erkundigten sich die Parteien, in welcher Form die Anhörung von Herrn Fillistorf erfolgen werde, und führten aus, ihrer Auffassung nach sei eine Anhörung gemäss Art. 30 Abs. 2 KG ausgeschlossen, weil Herr Fillistorf nicht Verfahrenspartei sei. Sofern Herr Fillistorf als Zeuge gemäss Art. 42 Abs. 1 KG einvernommen werde, ersuchten die Parteien um Zustellung der Zeugenvorladung bzw. der Akten, aus welchen die Thematik der Einvernahme ersichtlich sei. Zudem müsse eine Zeugeneinvernahme durch das Sekretariat erfolgen, weshalb die Parteien davon ausgehen würden, dass die Befragung von Herrn Fillistorf durch Mitarbeiter des Sekretariates erfolgen werde.

70. Das Sekretariat antwortete mit Schreiben vom 27. Oktober 2010,<sup>74</sup> dass der Weko neben dem Antrag

und den Eingaben der Parteien auch ein Begleitschreiben sowie der sogenannte "Fil Rouge" zugestellt worden sei. Es handle sich bei diesen beiden Dokumenten um interne Dokumente. Der "Fil Rouge" stelle nicht einen Bericht oder eine Stellungnahme des Sekretariates zu den Argumenten der Parteien dar, sondern werde den Kommissionsmitgliedern durch das Sekretariat in Absprache mit dem Präsidium zum Zweck der Strukturierung der Diskussion im Plenum sowie der Vorbereitung der Anhörung zugestellt. Eine Zustellung dieses Dokuments sei zur Wahrung des rechtlichen Gehörs nicht erforderlich. Weiter legte das Sekretariat dar, dass die Weko im Rahmen der Anhörungen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG nicht nur die Verfahrensparteien, sondern auch Dritte und Sachverständige anhören könne.

71. Am Vormittag des 28. Oktober 2010 nahm der Rechtsvertreter der Parteien telefonisch Kontakt mit dem Direktor des Sekretariates auf und verlangte Einsicht in den "Fil Rouge" und in das Begleitschreiben. Diese Einsicht sei vor dem Hearing zu gewähren. Der Direktor bestätigte dem Rechtsvertreter der Parteien, dass keine Einsicht in diese beiden internen Dokumente gegeben werde. Der Rechtsvertreter kündigte an, dass er noch gleichentags eine anfechtbare Verfügung verlangen werde und, falls die Einsicht nicht rasch gewährt werde, ein Gesuch um superprovisorische Massnahmen ans Bundesverwaltungsgericht richten werde.<sup>75</sup> Am Nachmittag stellten die Parteien per Telefax<sup>76</sup> das schriftliche Gesuch um Einsicht in das Begleitschreiben und den "Fil Rouge", soweit darin Feststellungen zum Sachverhalt oder zur Würdigung des Sachverhaltes enthalten seien. Die beiden Dokumente seien in das Aktenverzeichnis aufzunehmen. Im Falle einer Verweigerung der Einsichtnahme und Aufnahme ins Aktenverzeichnis sei unverzüglich eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. Zur Begründung wurde ausgeführt, es sei davon auszugehen, dass insbesondere im "Fil Rouge" Ausführungen zur Stellungnahme der Parteien zum Antrag des Sekretariates sowie eine rechtliche Würdigung der neuen tatsächlichen Situation enthalten sei. Aus dem Grundsatz der Fairness des Verfahrens ergebe sich der Anspruch der Parteien, umfassende Kenntnis vom Tatsachenmaterial und dessen rechtlicher Würdigung zu haben, und zwar vor der Anhörung durch die Weko.

<sup>64</sup> Act. no 242.

<sup>65</sup> Act. no 243, 246 und 248.

<sup>66</sup> Act. no 246.

<sup>67</sup> Act. no 250.

<sup>68</sup> Act. no 250.

<sup>69</sup> Act. no 251.

<sup>70</sup> Act. no 253.

<sup>71</sup> Act. no 254.

<sup>72</sup> Act. no 255.

<sup>73</sup> Act. no 256.

<sup>74</sup> Act. no 258.

<sup>75</sup> Act. no 259.

<sup>76</sup> Act. no 260.



72. Am Morgen des 29. Oktober 2010 sendete das Sekretariat seine Antwort per Telefax.<sup>77</sup> Es lehnte die Einsichtnahme in den "Fil Rouge" und das Begleitschreiben ebenso ab wie die Aufnahme dieser Dokumente in das Aktenverzeichnis. Das Sekretariat lehnte es weiter ab, diesen Entscheid in der Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen. Zur Begründung legte das Sekretariat dar, dass es sich beim "Fil Rouge" und dem Begleitschreiben nicht um Akten handle, denen für die Behandlung des Falles Beweischarakter zukomme, sondern um Dokumente, welche ausschliesslich der verwaltungsinternen Meinungsbildung dienen. Auch aus Art. 30 Abs. 2 KG lasse sich nicht ein Anspruch ableiten, jedes verwaltungsinterne Dokument einsehen zu können. Das rechtliche Gehör sei nicht verletzt worden, da die Parteien im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariates Gelegenheit erhalten hätten, ihre Sicht des Sachverhaltes und der kartellrechtlichen Würdigung darzulegen. Weiter sei das "neue Tatsachenmaterial" durch die Parteien selbst eingebracht worden und damit diesen bekannt. Schliesslich legte das Sekretariat dar, dass gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts eine Verweigerung der Akteneinsicht wie jede andere Beschränkung des rechtlichen Gehörs auch noch bei der Anfechtung des Endentscheides voll wirksam gerügt werden könne, weshalb eine entsprechende Zwischenverfügung mangels nicht wiedergutzumachendem Nachteil nicht selbständig anfechtbar sei.

73. Am Nachmittag des 29. Oktober 2010 informierte der Rechtsvertreter der Parteien das Sekretariat darüber, dass er vorläufig auf ein Gesuch um superprovisorische Massnahmen beim Bundesverwaltungsgericht verzichten werde und die von ihm vertretenen Unternehmen am Hearing vom 1. November 2010 teilnehmen würden.<sup>78</sup>

74. Am 1. November 2010 fand das Hearing der Parteien statt. Anwesend waren Vertreter von Multipay, Card Solutions, der SIX Group sowie ihre Rechtsvertreter. Die Parteien erhielten zunächst Gelegenheit, eine mündliche Stellungnahme zum Untersuchungsverfahren abzugeben, zu deren Beginn sie nochmals um Einsicht in den Fil Rouge und das Begleitschreiben ersuchten und darauf hinwiesen, diese Einsicht sei für eine wirksame Verteidigung notwendig. Der Präsident erläuterte den Parteien, dass es sich beim Fil Rouge um ein internes Dokument handle, welches der Vorbereitung der Diskussion in der Weko diene, es gebe keinen zweiten versteckten Antrag des Sekretariates. Daraufhin führten die Parteien ihre materiellen Argumente aus.<sup>79</sup> Danach stellten der Präsident sowie die weiteren Mitglieder der Weko Fragen an die Parteien.<sup>80</sup> Im Anschluss an das Hearing der Parteien folgte die Anhörung von Herrn Jean-Marc Fillistorf, CEO von Jeronimo zum Zeitpunkt der Anzeige. Herr Fillistorf wurde durch den Präsidenten und die weiteren Kommissionsmitglieder in Anwesenheit der Vertreter der Parteien befragt, welche anschliessend auch Gelegenheit hatten, Ergänzungsfragen zu stellen.<sup>81</sup> Nach dem Hearing von Herrn Fillistorf folgte das Schlusswort der Parteien.

75. Mit Schreiben vom 4. November 2011 wurden die Protokolle der beiden Anhörungen an die Parteien verschickt.<sup>83</sup> Am 5. November 2011 folgte der Versand des Protokolls der Anhörung von Herrn Fillistorf an denselbi-

gen.<sup>84</sup> Den Parteien und Herrn Fillistorf wurde Gelegenheit gegeben, bis am 11. November 2011 Korrekturen und Bemerkungen zu den Protokollen anzubringen.

76. Mit Eingabe vom 11. November 2010 reichten die Parteien fristgerecht einige wenige Korrekturen zu den Protokollen ein. Gleichzeitig brachten die Parteien diverse Bemerkungen und Ergänzungen vor und stellten mehrere Anträge (vgl. zum Inhalt unten Rz. 91).<sup>85</sup> Herr Fillistorf verzichtete auf eine Eingabe zum Protokoll seiner Anhörung. Am 15. November 2010 erfolgte der Versand der rektifizierten Protokolle an die Parteien und an Herrn Fillistorf.<sup>86</sup> Am 17. November 2010 retournierten die Parteien ein unterschriebenes Exemplar des Hearing-Protokolls ihrer Anhörung,<sup>87</sup> mit Schreiben vom 20. November 2010 ging das unterschriebene Exemplar von Herrn Fillistorf bezüglich seiner Anhörung ein.<sup>88</sup> Mit Schreiben vom 24. November 2010 reichten die Parteien einen Nachtrag zu ihrer Eingabe vom 11. November 2010 ein.<sup>89</sup> Mit Schreiben vom 24. November 2010 wurde den Parteien die in der Eingabe vom 11. November 2010 verlangten Auszüge aus den Akten zugestellt, welche aufgrund ihrer Offenlegung anlässlich des Hearings ihre Eigenschaft als Geschäftsgeheimnis verloren hatten. Mit Schreiben vom 26. November 2010 wurde von den Parteien Einsicht in allfällige weitere diesbezügliche Akten verlangt. Es finden sich jedoch keine weiteren solchen Dokumente in den Akten.

### A.3 Vorbringen der Anzeigerin und der Parteien

77. Jeronimo führte in ihrer Anzeige vom 20. Juli 2006 (nachfolgend: Anzeige Jeronimo<sup>90</sup>) aus, Multipay verweigere ihr trotz wiederholter Anfrage den Zugang zur DCC-Funktionalität bzw. zu den erforderlichen Protokollen für die Kommunikation der Jeronimo-Terminals mit dem Verarbeitungssystem der Multipay. Dies stelle einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Multipay im Bereich des Acquirings – namentlich im Bereich des Acquirings von Maestro-Debitkarten – dar. Multipay diskriminiere die Kartenterminals von Jeronimo gegenüber den Kartenterminals ihrer Schwestergesellschaft Card Solutions. Ziel dieses Vorgehens sei die Förderung des Absatzes von Terminals von Card Solutions zulasten der Konkurrenten auf dem Terminalmarkt. Jeronimo führt weiter aus, die DCC-Fähigkeit eines Terminals sei heute eine für den Kaufentscheid des Händlers ausschlaggebende Funktion. Jeronimo bringt

<sup>77</sup> Act. no 261.

<sup>78</sup> Act. no 262.

<sup>79</sup> Vgl. act. no 263 und 271.

<sup>80</sup> Vgl. act. no 271.

<sup>81</sup> Vgl. act. no 273.

<sup>82</sup> Vgl. act. no 271.

<sup>83</sup> Act. no 266.

<sup>84</sup> Act. no 267.

<sup>85</sup> Act. no 268.

<sup>86</sup> Act. no 269 und 270.

<sup>87</sup> Act. no 271.

<sup>88</sup> Act. no 273.

<sup>89</sup> Act. no 275.

<sup>90</sup> Act. no 1.

dabei mehrere Beispiele von bisherigen Jeronimo-Kunden vor, welche sich aufgrund der mangelnden DCC-Fähigkeit der Jeronimo-Terminals *bei einer Wahl von Multipay als Acquirer* für die Terminals von Card Solutions entschieden haben. Darüber hinaus wird Multipay/Card Solutions vorgeworfen, das Terminalgeschäft der Card Solutions werde durch Multipay quersubventioniert.

78. Am 8. August 2008 ergänzte Jeronimo die Anzeige durch den Hinweis, die Standardisierung von DCC im Rahmen von ep2 sei durch Multipay verhindert worden.<sup>91</sup>

79. In ihrer Stellungnahme vom 25. August 2006 entgegnete Multipay (nachfolgend: Stellungnahme Multipay),<sup>92</sup> die angebotene DCC-Dienstleistung sei eine Softwareentwicklung der Card Solutions. Jeronimo fordere eine Zwangslizenz an dieser urheberrechtlich geschützten Software. Die strengen Anforderungen für deren Erteilung seien nicht gegeben. Namentlich sei Card Solutions auf dem Markt für Umrechnungsdienstleistungen nicht marktbeherrschend und Jeronimo könne die DCC-Funktion bereits in Zusammenarbeit mit Aduno (Acquirer) und FCC (DCC-Provider) anbieten. Auch die Voraussetzungen für einen Kontrahierungszwang zulasten von Multipay seien nicht gegeben. Multipay sei nicht marktbeherrschend in Bezug auf Umrechnungsdienstleistungen am Terminal. Zudem sei die Weigerung der Offenlegung der DCC-Spezifikationen gegenüber Jeronimo nicht erheblich, da der Markt für DCC-Dienstleistungen nur von sehr beschränkter Grösse sei. Nur bei einer geringen Anzahl von Händlern sei die DCC-Funktion aufgeschaltet, da diese erst ab einem gewissen Umsatz mit ausländischen Karteninhabern interessant sei. Schliesslich sei der Vorwurf, Multipay habe eine Standardisierung von DCC im Rahmen von ep2 verhindert, haltlos; die Standardisierung von DCC sei im Steering Committee von ep2 gar nie traktandiert gewesen. Im Übrigen sei eine Standardisierung von DCC nicht sinnvoll. Dafür sei die Funktion zu wenig wichtig und eine Standardisierung würde auch zur Ausschaltung des Innovationswettbewerbs im Bereich DCC führen.

80. Jeronimo hielt in ihrer Replik vom 25. September 2006 (nachfolgend: Replik Jeronimo) demgegenüber fest,<sup>93</sup> dass sie keineswegs eine Zwangslizenz an der von der Card Solutions entwickelten Software verlange, sondern einzig die Offenlegung der Schnittstelleninformationen und eine diesbezügliche Unterstützung von Multipay, um ihre eigene Softwarelösung mit dem Abrechnungssystem von Multipay dialogfähig zu machen. Jeronimo wies darauf hin, dass für den Betrieb von DCC entscheidend sei, dass der Acquirer diese Funktion unterstützt. Jeronimo wirft Multipay eine unzulässige Koppelung ihrer Acquiring-Dienstleistung mit der Dienstleistung von Card Solutions als DCC-Provider und dem Kauf eines Card Solutions-Terminals vor. Jeronimo präziserte weiter, die für die DCC-Funktion notwendigen Informationen seien sehr limitiert. Die EMV/ep2-zertifizierten Terminals von Jeronimo seien mit den Systemen von Multipay problemlos dialogfähig. Der Zusatzaufwand für DCC könne kaum erheblich sein.

81. In ihrem Schreiben vom 26. Oktober 2006 hielt Multipay fest, die in der Replik vom 25. September 2006 geforderte Offenlegung der Schnittstellen weiche erheblich von den ursprünglichen Forderungen der Jeronimo ab.<sup>94</sup> Multipay werde diese Forderungen prüfen und anlässlich des Besprechungstermins mit dem Sekretariat vom 7. November 2006 darauf eingehen.

82. Anlässlich der Besprechung des Sekretariates mit Jeronimo vom 31. Oktober 2006 wiederholte diese die Auffassung, dass durch die Offenlegung der Schnittstellen die Jeronimo-Terminals hinsichtlich DCC mit dem System von Multipay dialogfähig gemacht werden könnten. Dabei würde sich der Aufwand in Grenzen halten.

83. Bei der Besprechung vom 7. November 2006 zwischen dem Sekretariat und Multipay/Card Solutions hielten Letztere fest, die Portierung der Terminal-Software der Card Solutions (inklusive DCC-Funktion) auf die Terminals der Jeronimo sei aus technischer Sicht der einfachste Weg. Allerdings würde sich die Frage stellen, wer die Kosten dafür übernehmen würde. Multipay habe jedenfalls kein Interesse daran, diese Kosten zu übernehmen. Die Offenlegung der Schnittstellen und die Integration einer durch Jeronimo entwickelten Lösung in das System von Multipay und Card Solutions wurde als zwar technisch möglich, aber unpraktikabel bezeichnet.

84. Nach Eröffnung der Untersuchung führte Multipay/Card Solutions anlässlich der Beantwortung des Auskunftsbegehrens des Sekretariates am 30. Mai 2007 aus,<sup>95</sup> zum Zeitpunkt, in welchem Jeronimo im Juli 2005 erstmals um die Freigabe von DCC angefragt habe, sei Card Solutions noch weit davon entfernt gewesen, über eine sichere und von den Card-Schemes abgesegnete Lösung zu verfügen. Das gesamte Projekt habe sich bis im Mai 2006 in einer Pilotphase befunden, in welcher zahlreiche Änderungen und Anpassungen der Software vorgenommen worden seien. Im Dezember 2005 sei Card Solutions die Zertifizierung für DCC von Visa entzogen worden. Erst am 1. März 2006 sei die Rezertifizierung erfolgt und erst am 1. Mai 2006 habe Card Solutions ein Compliance Level von [90–100] % mit den Vorschriften von Visa erreicht. Bereits zwei Monate später habe Jeronimo ihre Anzeige beim Sekretariat eingereicht. Weiter macht Multipay/Card Solutions geltend, auch bei der Verpflichtung zur Offenlegung von Schnittstelleninformationen handle es sich um eine Zwangslizenz, die nur unter restriktiven Bedingungen – welche nicht erfüllt seien – möglich sei. Schliesslich wird ausgeführt, es müsse selbst für ein marktbeherrschendes Unternehmen zulässig sein, den Nutzen aus innovativer Tätigkeit zunächst für sich selbst zu verwerten und Trittbrettfahrer von der Nutzung des Innovationsvorteils auszuschliessen.

<sup>91</sup> Act. no 9.

<sup>92</sup> Act. no 12.

<sup>93</sup> Act. no 16.

<sup>94</sup> Act. no 23.

<sup>95</sup> Act. no 103.

85. Anlässlich der Wiederaufnahme der Untersuchungshandlungen hielt Jeronimo mit Schreiben vom 6. Mai 2009 fest,<sup>96</sup> das in der Anzeige gestellte Rechtsbegehren habe sich hinsichtlich Ziff. 3 (vgl. oben Rz. 36) erledigt, da Multipay/Card Solutions Ende Januar 2007 die Schnittstellen-Informationen offen gelegt haben. Mit dem Einlenken von Multipay/Card Solutions habe Jeronimo die Abwanderung weiterer Kunden verhindern können. Die Verweigerung der Offenlegung sei unverändert als unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens zu qualifizieren.

86. Multipay/Card Solutions verwiesen in ihrem Schreiben vom 26. Mai 2009<sup>97</sup> erneut darauf, dass die DCC-Lösung erst ab Mai 2006 voll funktionsfähig gewesen sei, dass keine Marktbeherrschung vorliege und dass es selbst marktbeherrschenden Unternehmen erlaubt sein müsse, den "Pionierertrag" für Innovationen zu realisieren. Eine sofortige Pflicht zur Zwangslizenzierung führe zu einer erheblichen Verminderung der Innovationsanreize. Die Wettbewerbsbehörden müssten mindestens klarstellen, in welchen Fällen Weiterentwicklungen von Applikationen und Produkten an die Wettbewerber weitergereicht werden müssen.

87. Die Parteien beantragen die Einstellung der Untersuchung ohne Kostenfolgen. Zur Begründung dieses Antrages wird im Wesentlichen ausgeführt:<sup>98</sup>

- Der Antrag beinhalte keine sinnvoll nachvollziehbare wirtschaftliche Schädigungstheorie ("theory of harm"). Insbesondere enthalte der Antrag keine rationale Erklärung, ob und wie Multipay aus der vorgeworfenen Verhaltensweise einen ökonomischen Vorteil hätte ableiten können.
- Die Schnittstelleninformationen bzw. die von Card Solutions entwickelte Funktion seien für die anderen Terminalhersteller nicht unerlässlich gewesen. Dies zeige auch das Zuwarten mit der Duplizierung der Funktion nach Lizenzierung der Schnittstelleninformationen durch Jeronimo.
- Die behauptete Nicht-Offenlegung der Schnittstelleninformationen sei nur vorübergehend bis zum Abschluss der zwingenden Test- und Zertifizierungsphase erfolgt. Das Sekretariat habe im Rahmen der Verhandlungen zu einer einvernehmlichen Regelung bestätigt, dass vor Abschluss dieser Phase grundsätzlich keine Offenlegung notwendig sei.
- Die vorübergehende Nicht-Offenlegung während der Test- und Zertifizierungsphase habe zu keiner Wettbewerbsbehinderung oder -beseitigung geführt. Die Terminalverkäufe im direkten Zusammenhang mit der DCC-Funktion hätten weniger als [0–5] % des Marktpotentials, bzw. [0–10] % der von Card Solutions verkauften Terminals betroffen. Dies habe zu keiner Marktverschliessung für Konkurrenten von Card Solutions geführt.

88. In der Stellungnahme wird weiter dargelegt, dass eine Verfügung im Sinne des Antrages dazu führen würde, dass die Innovationsanreize der Parteien beeinträchtigt und der Wettbewerb gemindert würde. Schliesslich sei das beantragte Bussgeld falsch berechnet worden und stehe in keinem Verhältnis zum erzielten Gewinn.

Auf diese sowie auf die weiteren Vorbringen der Parteien wird im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

89. Anlässlich des Hearings vor der Weko vom 1. November 2010 wiederholten die Parteien ihre in der Stellungnahme festgehaltenen Positionen. Sie machten geltend, die Stellungnahme habe das Zahlenmaterial und die entscheidenden Sachverhaltselemente im Antrag des Sekretariates widerlegt. Es sei der Nachweis erbracht worden, dass bei 95 % der verkauften Terminals DCC keine Rolle gespielt habe. Weiter sei nachgewiesen worden, dass falsche Umsatzzahlen für die Bussgeldberechnung verwendet worden seien. In ihrer Präsentation erachteten die Parteien als zentral, dass (1) die Nicht-Offenlegung einzig während der Test- und Zertifizierungsphase erfolgt sei, (2) keine Wettbewerbsbehinderung/-beseitigung vorgelegen habe, da [95–100] % des Marktpotentials bzw. [90–100] % der verkauften Terminals nicht betroffen gewesen seien, (3) die Voraussetzungen für eine Zwangslizenzierung nicht erfüllt seien, (4) keine nachvollziehbare wirtschaftliche Schädigungstheorie bezüglich Multipay bestehe, (5) die Bussgeldberechnung falsch sei, (6) die [50–100]-fache Gewinnabschöpfung unzulässig und gesetzeswidrig sei und (7) die SIX Group die falsche Verfügungsadressatin sei. Während der Anhörung betonten die Vertreter der Parteien, man habe sich in einer Pilotphase befunden. Es sei eine relativ lange und grosse Pilotphase durchgeführt worden, wobei man sich auf [500–600] Händler beschränkt habe.<sup>99</sup>

90. Herr Fillistorf legte anlässlich seiner Anhörung dar, dass Jeronimo wegen DCC mehrere Grosskunden verloren habe und legte auch gegenüber den Parteien offen, dass es sich dabei um [Name Firma], [Name Firma], [Name Firma] und [Name Firma] gehandelt habe. Daneben habe Jeronimo zahlreiche kleine Händler verloren, da DCC für die Händler nur Vorteile biete. Multipay habe in den Verkaufsgesprächen DCC als Differenzierungsmerkmal verwendet, selbst in Branchen, für welche DCC nicht von grossem Interesse sei, wie etwa Bäckereien, Metzgereien oder Apotheken.<sup>100</sup>

91. Die Parteien haben in ihrer Eingabe vom 11. November 2010<sup>101</sup> im Wesentlichen folgende Bemerkungen und Ergänzungen zu den Protokollen angebracht:

- Aktuell verfügten von über [80'000–90'000] Vertragspartnern im Acquiring lediglich [4'000–5'000] über einen DCC-Vertrag. Lediglich [0–10] % aller Multipay-Kunden hätten daher einen Bedarf für Terminals mit DCC-Funktion.

<sup>96</sup> Act. no 149.

<sup>97</sup> Act. no 151.

<sup>98</sup> Vgl. die Zusammenfassung auf S. 4 der Stellungnahme (act. no 242).

<sup>99</sup> Vgl. act. no 271.

<sup>100</sup> Vgl. act. no 273.

- Nur eine minimale Anzahl Händler in den von Herrn Fillistorf genannten Branchen (Bäckereien, Metzgereien und Apotheken) verfügten über einen DCC-Vertrag mit Multipay. Es sei daher nicht möglich, dass Jeronimo in diesen Bereichen eine Vielzahl von Geschäften hätte verlieren können.
- Die Aussage von Herrn Fillistorf, dass 80 % der Terminals, die von Jeronimo an Multipay-Händler verkauft würden, die DCC-Funktion beinhaltet hätten, sei entweder falsch oder missverständlich. Die Parteien beantragen, es sei durch das Sekretariat abzuklären, welche Verkäufe von Jeronimo in den Jahren nach der DCC-Zertifizierung des Terminals von Jeronimo effektiv im Zusammenhang mit einem Multipay-Händler und DCC erfolgt seien.
- Bezüglich der von Herrn Fillistorf genannten Grosskunden von Jeronimo sei abzuklären, aus welchen Gründen die genannten Unternehmen keine Jeronimo-Terminals gekauft haben, wie viele Terminals dies betroffen hat und bei wievielen Verkaufsgesprächen DCC effektiv von Relevanz gewesen sei. In diesem Zusammenhang seien die entsprechenden Kunden und Kundengruppen entweder insgesamt oder stichprobenweise nach deren Überlegungen und Entscheidungsgrundlagen im Zusammenhang mit dem Kauf von Terminals zu befragen. Zudem sei Jeronimo aufzufordern, sämtliche Dokumentationen im Zusammenhang mit Verkaufsgesprächen in den Jahren 2005 und 2006 dem Sekretariat zuzustellen und den Parteien sei Einsicht in diese Akten zu gewähren. Dieser Antrag wurde im Schreiben vom 26. November 2010 wiederholt.<sup>102</sup>
- Es sei zu eruieren, wie viele Terminals der CCV Konzern in den Jahren 2005 und 2006 weltweit verkauft habe, da zur Einschätzung der Behinderungswirkung gegenüber Jeronimo die gesamte Gruppe in die Beurteilung einbezogen werden müsse.
- Bezüglich der Frage, ob Serviceleistungen (Wartung, Projekte, Services) dem relevanten Markt für den Verkauf für ep2-Terminals zuzurechnen seien, bestünden mangels Erhebung des Sachverhaltes unterschiedliche Meinungen. Der Sachverhalt sei diesbezüglich zu ergänzen, indem die Marktteilnehmer im Bereich der Wartung von Terminals befragt würden.

92. Im Nachtrag vom 22. November 2010 informierten die Parteien darüber, dass per 17. November 2010 insgesamt [20'000–25'000] Terminals in der Lage seien, die DCC-Funktion bei Multipay aktiv zu nutzen (DCC-Vertragsoption und Aufschaltung). Dies entspreche ca. [10–20] % der Gesamtanzahl aller Terminals bei Multipay, welche mit [130'000–140'000] angegeben wurde. Davon seien [100'000–110'000] ep2-Terminals. Weiter wird im Nachtrag ausgeführt, dass lediglich [0–500] Jeronimo-Terminals bei Multipay-Händlern über eine aufgeschaltete DCC-Funktion verfügten. Dies entspreche etwa [0–10] % der Jeronimo-Terminals bei Multipay-Händlern.

93. Auf diese sowie weitere Vorbringen und Argumente der Parteien wird im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

94. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

95. 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). Das KG geht daher von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit keine Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes. Ein Konzern liegt vor, wenn mehrere rechtlich selbständige organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind. Im vorliegenden Fall sind die Multipay und die Card Solutions hundertprozentige Tochtergesellschaften der SIX Group AG, welche dem Geschäftsfeld "Zahlungsverkehr" zugeordnet sind. Der CEO der Multipay hat zudem gleichzeitig Einsitz in der Gruppenleitung der SIX Group AG. Die Zugehörigkeit der SIX Multipay AG und SIX Card Solutions AG zur SIX Group ergibt sich bereits aus der Firmenbezeichnung, geht weiter aus dem Internetauftritt aller Gesellschaften hervor<sup>103</sup> und erschliesst sich auch aus dem Geschäftsbericht 2009 der SIX Group.<sup>104</sup> Daraus kann ohne Weiteres geschlossen werden, dass die SIX Group AG die Beteiligungen an Multipay und Card Solutions nicht ausschliesslich als Investition hält, sondern dass sie über die Ausübung von Aktionärsrechten hinaus Einfluss auf die Tochtergesellschaften nimmt. Da die Verfügungen der Wettbewerbskommission Rechtsverhältnisse mit Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG regeln, ist die SIX Group AG Verfügungsadressatin im materiellen Sinn. Die beiden Tochtergesellschaften Multipay und Card

<sup>101</sup> Vgl. act. no 268.

<sup>102</sup> Act. no 276.

<sup>103</sup> Vgl. [www.six-group.com/business\\_fields/payment\\_transactions\\_de.html](http://www.six-group.com/business_fields/payment_transactions_de.html); [www.telekurs-multipay.com/DE/tkmpch\\_index/tkmpch\\_home/tkmpch\\_aboutus/tkmpch\\_aboutus\\_group.htm](http://www.telekurs-multipay.com/DE/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_aboutus/tkmpch_aboutus_group.htm); [www.six-cardsolutions.com/DE/ueber-uns/Organisation/Seiten/SIX-Group.aspx](http://www.six-cardsolutions.com/DE/ueber-uns/Organisation/Seiten/SIX-Group.aspx) (alle am 29. 11.2010).

<sup>104</sup> Vgl. [www.six-group.com/download/publications/annual\\_reports/2009/six\\_group\\_annual\\_report\\_2009\\_de.pdf](http://www.six-group.com/download/publications/annual_reports/2009/six_group_annual_report_2009_de.pdf) (29.11.2010).

Solutions sind demgegenüber diejenigen juristischen Personen, deren Marktstellung und Verhalten untersucht werden. Sie sind daher in ihren Interessen unmittelbar berührt und gelten als Verfügungsadressatinnen im formellen Sinn.<sup>105</sup>

96. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme vor, nicht die SIX Group AG, sondern die Multipay und die Card Solutions müssten Verfügungsadressatinnen sein. Zur Begründung machen sie geltend:

- Bei Multipay und Card Solutions handle es sich um unabhängige Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit, welche jederzeit auch Gegenstand von Anordnungen und Verfügungen der Behörden sein könnten. Dies müsse auch für kartellrechtliche Sanktionssachverhalte gelten.
- Zur Zeit der beanstandeten Verhaltensweise in den Jahren 2005 und 2006 habe die SIX Group noch gar nicht bestanden.
- Die SIX Group sei während des gesamten Verfahrens nicht Partei gewesen. Die Untersuchung sei erst am 8. Juni 2010 auf die SIX Group erweitert worden.
- Sämtliche Untersuchungsschritte und Verfahrenshandlungen vor dem 8. Juni 2010 seien ohne direkte Beteiligung der SIX Group erfolgt. Es sei ein eigentlicher Parteiwechsel erfolgt, welcher nur zulässig sei, wenn Rechte oder Pflichten frei übertragbar wären.
- Der im Antrag aufgeführte, nicht rechtskräftige Entscheid in Sachen Publigroupe/Weko basiere auf einem anderen Sachverhalt und könne im vorliegenden Fall nicht angewendet werden. In diesem Fall seien die gesamte Untersuchung und sämtliche Verfahrenshandlungen mit der Konzernmuttergesellschaft (Publigroupe SA) durchgeführt worden. Diese habe im Verlauf des über zehn Jahre andauernden Verfahrens vollumfänglich am Verfahren teilnehmen und ihre verfahrensmässigen Rechte ausüben können. Die erst kurz vor Abschluss des vorgenannten Verfahrens Publigroupe/Weko beigezogenen weiteren Parteien (Publicitas AG, etc.) seien mehrheitlich Tochtergesellschaften der am Verfahren beteiligten primären Partei Publigroupe SA gewesen. Das BVGer habe deren Einbezug nur deshalb als zulässig erachtet, weil den nachträglich hinzutretenden Parteien keine Verfahrenskosten und keine Bussgelder auferlegt worden seien. Im vorliegenden Fall sei der Sachverhalt gerade umgekehrt, da nachträglich – nach Durchführung sämtlicher Untersuchungshandlungen – eine bisher am Verfahren nicht beteiligte Partei neu als sog. Verfügungsadressatin im materiellen Sinne und als angebliche Täterin bezeichnet werden solle.
- Zudem seien keine Sachverhaltsermittlungen bezüglich der Frage der wirtschaftlichen Selbständigkeit und der eigenständigen Verhaltensweise von Card Solutions und Multipay erfolgt. Es wäre zumindest notwendig gewesen, zu untersuchen ob und wie die SIX Group jeweils in das Tagesgeschäft der indirekt gehaltenen Beteiligungs-

gesellschaften überhaupt eingreifen könne und dies auch tatsächlich tue.

- Das Sekretariat sei schon frühzeitig darauf hingewiesen worden, dass es sich entgegen der Sachverhaltsdarstellung im Antrag bei Multipay und Card Solutions nicht um Tochtergesellschaften der SIX Group AG handle.

97. Die Ausweitung der Untersuchung auf die SIX Group am 8. Juni 2010 ist eine direkte Folge des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. April 2010 in Sachen Publigroupe. Auf diesen Umstand wird übrigens im Erweiterungsschreiben vom 8. Juni 2010 ausdrücklich hingewiesen.<sup>106</sup> Entgegen der Auffassung der Parteien, sind die in diesem Entscheid vorgenommenen Erwägungen zur Frage, wer bei Konzernverhältnissen in kartellrechtlichen Verfahren als Verfügungsadressat zu gelten hat, grundsätzlicher Natur und nicht von der konkreten Fallkonstellation abhängig. Die Kernaussage des Bundesverwaltungsgerichts findet sich in Erwägung 4.5. des genannten Entscheides: "*Verfügungen der Wettbewerbskommission regeln Rechtsverhältnisse mit Unternehmen nach Art. 2 KG. Verfügungsadressaten im materiellen Sinne sind diejenigen natürlichen und juristischen Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung regeln soll. Unternehmen und Verfügungsadressat im materiellen Sinne ist im vorliegenden Verfahren Publigroupe [= die Konzernmutter]*".<sup>107</sup> Zuvor hat das Bundesverwaltungsgericht in der Erwägung 4.1. dargelegt, dass bei Konzernen die rechtlich selbständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit keine Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes darstellen.<sup>108</sup> Daraus folgt, dass diese Konzerngesellschaften nicht materielle Verfügungsadressatinnen sein können. Da die Anordnungen ihre Interessen unmittelbar berührt, erhalten sie gemäss Erwägung 4.5. des Publigroupe-Entscheides die Verfügung immerhin als Adressatinnen im formellen Sinn zugestellt.<sup>109</sup>

<sup>105</sup> Vgl. zum Ganzen ausführlich BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (B2977/2007), E. 4 m.w.H.; vgl. auch Verfügung der Weko vom 19. Oktober 2009 i.S. Swisscom ADSL II, Rz. 27 (erhältlich unter [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch), Rubrik Aktuell/Letzte Entscheide; 29.11.2010); RPW 2005/3, S. 508, E. 3.2; PATRIK DUCREY, in: Roland von Büren/Eugen Marbach/Patrik Ducrey, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 2008, Rz. 1246.

<sup>106</sup> Vgl. act. no 207.

<sup>107</sup> BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (B2977/2007), E. 4.5.

<sup>108</sup> BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (B2977/2007), E. 4.1.

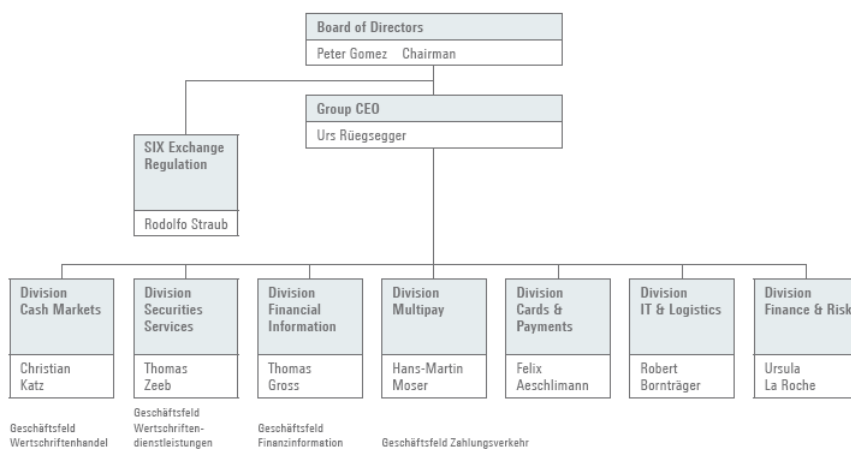
<sup>109</sup> BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (B2977/2007), E. 4.5.

98. Die Rüge der Parteien, das Sekretariat habe keine Sachverhaltsermittlungen bezüglich der Frage der wirtschaftlichen Selbständigkeit von Multipay und Card Solutions durchgeführt habe, stösst ins Leere, ebenso wie der im Schreiben vom 24. Juni 2010 angebrachte Hinweis, nicht die SIX Group AG sondern die Telekurs Holding AG sei die Muttergesellschaft von Multipay und Card Solutions.<sup>110</sup> Diese Frage war Gegenstand des Fusionskontrollverfahrens in Sachen SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Financial Services Group/Telekurs Holding AG, welches mit Verfügung vom

9. Oktober 2007 durch die Weko unter Auflagen zugelassen wurde.<sup>111</sup> Seit dieser Fusion gilt die Telekurs Holding AG sowie ihre Tochtergesellschaften nicht mehr als unabhängiges Unternehmen sondern als Teil der SIX Group. Wie bereits oben in Rz. 95 ausgeführt, geht die Einbindung von Multipay und Card Solutions in die SIX Group bereits eindeutig aus deren Geschäftsbericht und Internetauftritt hervor. Zur Verdeutlichung wird nachfolgend die durch die SIX Group publizierte Organisationsstruktur wiedergegeben:

**Abbildung 4: Organisation der SIX Group**

### Organisation (per 31. 12. 2009)



99. Ergänzend kann auf die Handelsregistereinträge von SIX Multipay und SIX Card Solutions hingewiesen werden. Bei beiden Gesellschaften wird unter "Zweck" u.a. festgehalten: *"Die Gesellschaft ist eine Tochtergesellschaft der SIX Group AG (Konzernmutter) und übt ihre Geschäftstätigkeit im Konzerninteresse aus."*<sup>112</sup>

100. Bezüglich des Vorbringens der Parteien, die SIX Group habe zum Zeitpunkt der untersuchten Verhaltensweise noch nicht existiert, kann auf Rz. 571 verwiesen werden.

101. Schliesslich ist entgegen der Auffassung der Parteien nicht von einem Parteiwechsel auszugehen. Gemäss der Lehre liegt kein Parteiwechsel vor, wenn die Identität der Partei gewahrt bleibt.<sup>113</sup> Ausgehend vom kartellrechtlichen Unternehmensbegriff wurde im vorliegenden Fall die Identität der Partei gewahrt. Die SIX Group war mittels der ihr wirtschaftlich zurechenbaren Tochtergesellschaften Multipay und Card Solutions von Beginn weg am Verfahren beteiligt. Selbst wenn entgegen diesen Ausführungen von einem Parteiwechsel auszugehen wäre, so wäre dieser zulässig. Zulässig ist ein Parteiwechsel, wenn das materielle Recht einen Subjektwechsel nicht ausschliesst.<sup>114</sup> Die Ausdehnung auf die SIX Group ist durch das materielle Recht – d.h. durch das Kartellgesetz – nicht nur "nicht ausgeschlossen" sondern unter Berücksichtigung der neuen Recht-

sprechung des Bundesverwaltungsgerichts sogar angezeigt. Schliesslich handelt es sich bei der Ausdehnung der Untersuchung auf die SIX Group um eine Verfahrensfrage, welche keinen Einfluss auf die materielle Beurteilung der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der untersuchten Verhaltensweise hat. Die in diesem Zusammenhang relevante Beteiligung am Verfahren konnte durch Multipay und Card Solutions wahrgenommen werden, d.h. durch diejenigen Tochtergesellschaften der SIX Group, deren Verhaltensweise Gegenstand der Untersuchung bilden. Die eingereichte Stellungnahme zeigt

<sup>110</sup> Vgl. auch BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (B2977/2007), E. 4.4.

<sup>111</sup> Vgl. RPW 2007/4, S. 557 ff.

<sup>112</sup> Internet-Auszüge des Handelsregister des Kantons Zürich betreffend SIX Multipay AG und SIX Card Solutions AG. Eine entsprechende Passage findet sich im Übrigen auch im Handelsregistereintrag bezüglich der von den Parteien erwähnten Telekurs Holding AG.

<sup>113</sup> Vgl. VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Zürich 2009, Art. 6 N 48 unter Hinweis auf BVGer, Urteil vom 4. Oktober 2010 (A-563/2007), E.1.2. betreffend unklare Vertretungsverhältnisse zwischen Konzernmutter und Konzerntochter.

<sup>114</sup> Vgl. MARANTELLI-SONANINI/HUBER (FN 113), Art. 6 N 50.

zudem auf, dass die Änderung des materiellen Verfügungsadressaten keinen Einfluss auf die materielle Argumentation der Parteien gezeitigt hat. Es werden dieselben Rechtspositionen vertreten, welche bereits durch

Multipay und Card Solutions während des Verfahrens vorgebracht wurden. Die Mutter- und die Tochtergesellschaften haben im Untersuchungsverfahren gleichgerichtete Interessen, was sich weiter daran zeigt, dass sie durch denselben Rechtsanwalt vertreten werden. Zudem erfolgte die Ausdehnung noch vor dem Versand des Antrags des Sekretariates an die Parteien gemäss Art. 30 Abs. 2 KG, so dass die SIX Group namentlich das zentrale Recht zur Stellungnahme zum Antrag wahrnehmen konnte.

102. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die Ausweitung der Untersuchung bzw. der Antrag bezüglich der SIX Group nicht wie durch die Parteien vorgebracht rechtswidrig sondern zulässig und aufgrund der erwähnten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts angezeigt ist.

103. Die Prüfung der Marktbeherrschung des Unternehmens erfolgt unter Art. 7 KG (Rz. 135 ff.). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar.<sup>115</sup> Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt.

## B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

### B.2.1 Vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG

105. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG nicht zulassen.<sup>116</sup> Dies wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

### B.2.2 Vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 2 KG

106. Vorliegend ist jedoch zu prüfen, ob der Sachverhalt unter den Vorbehalt von Art. 3 Abs. 2 KG fällt, machen doch Multipay/Card Solutions geltend, die Schnittstelleninformationen, welche für die Gewährleistung der Interoperabilität zwischen Terminals und der von Card Solutions entwickelten DCC-Software erforderlich sind, seien urheberrechtlich geschützt oder zumindest nicht grundsätzlich vom Schutzzumfang des Urheberrechtsgesetzes ausgenommen.<sup>117</sup>

### B.2.3 Geltungszeitliche Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG

107. Die Bedeutung von Art. 3 Abs. 2 KG war bereits anlässlich seiner Schaffung unklar. So hielt die Botschaft zum KG 1995 fest: "Die aus theoretischer Sicht klar erscheinende Abgrenzung zwischen der legitimen Ausübung der Rechte aus dem geistigen Eigentum und der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung lässt sich in der Praxis nicht in dieser Schärfe nachvollziehen. Auf den ersten Blick plausible begriffliche Abgrenzungsmöglichkeiten sollen nicht dazu verleiten, die dem Einzelfall zugrundeliegenden Umstände bei der rechtlichen Würdigung zu vernachlässigen"<sup>118</sup>. Hintergrund der Regelung war die Annahme, dass Kartellrecht und Immaterialgüterrechte in einem Konflikt zueinander stehen.<sup>119</sup>

108. Die Botschaft zum KG 1995 führte weiter aus, dass die in Art. 3 Abs. 2 KG gewählte Formulierung die einschränkende Interpretation des Vorbehaltes deutlich zum Ausdruck bringt, da dieser nur Wettbewerbswirkungen betrifft, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben.<sup>120</sup> In der Folge setzte sich sowohl in der Lehre als auch in der Praxis eine restriktive Auslegung von Art. 3 Abs. 2 KG durch.<sup>121</sup>

109. Bereits früh wurde in der Lehre Art. 3 Abs. 2 KG als nicht mehr zeitgemässes "Fossil" kritisiert.<sup>122</sup> In der Zwischenzeit hat sich auf breiter Basis die Auffassung durchgesetzt, dass gar kein Zielkonflikt zwischen Immaterialgüterrecht und Kartellrecht besteht, sondern vielmehr von einer Zielparallelität auszugehen ist. Das Verhältnis wird als "komplementär" oder "symbiotisch" bezeichnet.<sup>123</sup> Es ist nicht das Ziel des Immaterialgüter-

<sup>115</sup> Vgl. RPW 2008/3, S. 390, Rz. 45; RPW 2004/3, S. 782, Rz. 18; RPW 2001/2, S. 268, Rz. 79; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995, 468 ff. (im folgenden BOTSCHAFT 95), S. 547 f.; JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 2 N 14.

<sup>116</sup> Vgl. betreffend den Acquiring-Markt RPW 2006/1, S. 82, Rz. 131.

<sup>117</sup> Vgl. act. no 103, S. 45.

<sup>118</sup> BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 541 f.

<sup>119</sup> Vgl. ausführlich zur historischen Entwicklung ANDREAS HEINEMANN, Demarkation von Immaterialgüter- und Kartellrecht? – Eine kritische Analyse, in: Schweizerisches Kartellrecht – an Wendepunkten?, Roger Zäch (Hrsg.), Zürich 2009, S. 44 ff. sowie RETO M. HILTY, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basel 2010, Art. 3 Abs. 2 N 1 ff.

<sup>120</sup> BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 541 f.

<sup>121</sup> Vgl. RPW 2008/3, S. 392 f., Rz. 75 ff.; RPW 2006/3, S. 435, Rz. 26 ff.; RPW 2005/1, S. 90 ff.; HEINEMANN (FN 119), 48 f.; HILTY (FN 119), Art. 3 Abs. 2 N 18 ff.; GEORG RAUBER, Verhältnis des neuen Rechts zum Immaterialgüterrecht, in: Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Zürich 2004, S. 196 f.; ROLF H. WEBER, Kartellrecht Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2 (SIWR V/2), Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), David Basel 2000, S. 50 f.

<sup>122</sup> Vgl. RETO M. HILTY, Vom Janusgesicht des Immaterialgüterrechts – Versuch einer europatauglichen Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG, in: Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, FS Roger Zäch, Peter Forstmoser/Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Dieter Zobel (Hrsg.), Zürich 1999, S. 340.

<sup>123</sup> Vgl. HEINEMANN (FN 119), 59; HILTY (FN 119), Art. 3 Abs. 2 N 15; RAUBER (FN 121), S. 187 f.; ROMINA CARCAGNI/MICHAEL TREIS/ANGELA DURRER/PETRA HANSELMANN, in: Stämpflis Handkommentar Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), Bern 2007, Art. 3 N 14; FRANZ X. STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, Diss., Zürich 2004, S. 14 f.; DONATELLA FIALA, Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht, Diss., Bern 2006, S. 13 ff. und 131 f.

rechts, funktionierenden Wettbewerb einzuschränken, sondern im Gegenteil: Die immaterialgüterrechtlichen Schutzrechte sollen besondere Leistungen belohnen und so den Innovationswettbewerb fördern.<sup>124</sup>

110. Die heute h.L. erachtet Art. 3 Abs. 2 KG als überholt und plädiert dafür, die immaterialgüterrechtlichen Aspekte im Rahmen der materiellen Prüfung nach den Art. 5 und 7 KG gebührend zu berücksichtigen.<sup>125</sup> Im Rahmen der Evaluation des Kartellgesetzes im Jahr 2008 wurde eine Studie zu Art. 3 Abs. 2 KG erstellt.<sup>126</sup> Diese weist ebenfalls darauf hin, dass eine uneingeschränkte Anwendung des Kartellgesetzes auf sämtliche Sachverhalte mit immaterialgüterrechtlichen Komponenten angezeigt erscheint. Dabei wird darauf hingewiesen, dass es keinen Grund gibt, geistiges Eigentum anders zu behandeln als sachliches Eigentum, dessen Ausübung ebenfalls kartellrechtlich überprüft werden kann.<sup>127</sup>

111. Elemente führen dazu, dass Art. 3 Abs. 2 KG in einer geltungszeitlichen Interpretation<sup>128</sup> nicht als Anwendungsvorbehalt zu betrachten ist, sondern als Norm, welche die notwendige Koordination von Immaterialgüter- und Kartellrecht verdeutlicht, um eine einseitige Berücksichtigung des Kartellrechts zu verhindern. Die Bestimmung hat keinen normativen Charakter, sondern soll sicherstellen, dass die Zielsetzungen des Immaterialgüterrechts im Rahmen der materiellen Prüfung nicht vergessen werden.<sup>129</sup>

112. Die geltungszeitliche Interpretation hat zur Folge, dass der vorliegende Sachverhalt materiell auf seine kartellrechtliche Zulässigkeit überprüft werden kann, ohne dass über den geltend gemachten Urheberrechtsschutz endgültig entschieden werden müsste. Die immaterialgüterrechtlichen Aspekte sind im Rahmen der materiellen Prüfung angemessen zu berücksichtigen.

## B.2.4 Kein Vorbehalt bei traditioneller Interpretation

113. Selbst wenn entgegen den obigen Ausführungen Art. 3 Abs. 2 KG als Anwendungsvorbehalt betrachtet würde, könnte der vorliegende Sachverhalt aus folgenden Gründen kartellrechtlich überprüft werden:

### B.2.4.1 Urheberrechtsschutz von Schnittstelleninformationen

114. Im Schlussbericht der Vorabklärung<sup>130</sup> hat das Sekretariat ausgeführt, dass die Terminalhersteller nicht eine Zwangslizenz an der von Card Solutions entwickelten DCC-fähigen Terminalsoftware und schon gar nicht an der DCC-Software selbst verlangt haben, sondern es einzig um die Offenlegung der Schnittstelleninformationen geht, welche den anderen Terminalherstellern die Anpassung der eigenen Terminalsoftware erlaubt, um die Interoperabilität mit DCC-Software von Card Solutions sicherzustellen.

115. Dabei hat das Sekretariat die Auffassung vertreten, dass es sich bei Schnittstelleninformationen nicht um Computerprogramme im Sinne von Art. 2 Abs. 3 URG<sup>131</sup> handle und sie daher vom Schutzzumfang des entsprechenden allenfalls urheberrechtlich geschützten Computerprogramms ausgenommen seien. Dies ergebe sich aus Art. 21 Abs. 1 URG, welcher selbst die ansonsten unzulässige Entschlüsselung des Programmcodes zur

Gewinnung von Schnittstelleninformationen erlaubt.<sup>132</sup> Art. 21 URG stelle damit eine im Immaterialgüterrecht selbst enthaltene Schrankenbestimmung dar, welche verhindern solle, "dass der Inhaber der Urheberrechte an einem Computerprogramm über die Beherrschung der Schnittstellen den Markt für interoperable Drittsoftware einschränken kann".<sup>133</sup>

116. Diese Argumentation wurde durch Multipay/Card Solutions bestritten. Sie führen unter Hinweis auf die urheberrechtliche Literatur aus, dass Schnittstellen Programmteile darstellen würden, die ihrerseits selbständig als Werk geschützt sein könnten und daher nicht vom Schutzzumfang des URG ausgenommen seien.<sup>134</sup> Zudem haben Multipay/Card Solutions vorgebracht, dass die in Art. 21 URG und Art. 17 Abs. 3 URV<sup>135</sup> geregelte Dekompilierung von Schnittstellen zwar eine Schranke des Urheberrechts darstelle, aber nur unter sehr eng umschriebenen Voraussetzungen zulässig sei.

### B.2.4.1.1 Urheberrechtsschutz von Schnittstellen

117. Zunächst ist festzuhalten, dass in der urheberrechtlichen Literatur umstritten ist, ob Schnittstellen und Schnittstellencodes urheberrechtlich geschützt sind. Diverse Autoren vertreten die Auffassung, dass den in den Algorithmen des Computerprogramms enthaltenen Schnittstellen und Schnittstellencodes kein urheberrechtlicher Schutz zukommt, weil sie nicht die "erforderlichen Voraussetzungen an Individualität und Originalität erfüllen und in ihrer Zweckbestimmung zu weit die Form vorgeben".<sup>136</sup>

<sup>124</sup> Vgl. RAUBER (FN 121), S. 187; CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMANN (FN 123), Art. 3 N 14.

<sup>125</sup> Vgl. HILTY (FN 119), Art. 3 Abs. 2 N 22 f.; CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMANN (FN 123), Art. 3 N 15 f.; HEINEMANN (FN 119), S. 55 ff.; STRINIMANN, S. 41 ff.

<sup>126</sup> EVALUATIONSGRUPPE KARTELLGESETZ, Studien zu Einzelbestimmungen (Art. 3 Abs. 2 KG: Einfuhrbeschränkungen, geistiges Eigentum; Art. 5 Abs. 4 KG: vertikale Vereinbarungen), Projektbericht P2 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008.

<sup>127</sup> Vgl. EVALUATIONSGRUPPE KARTELLGESETZ (FN 126), Rz. 13 ff. (15) und 39 ff. Vgl. auch HEINEMANN (FN 119), S. 57 sowie grundlegend DOJ/FTC, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, 6. April 1995 ([www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.htm); 29.11.2010), mit welchen im US-amerikanischen Antitrust-Recht Immaterialgüterrechte im wesentlichen den Rechten aus Sacheigentum gleichgestellt wurden, so dass m.a.W. keine Sonderbehandlung des geistigen Eigentums vorgesehen ist.

<sup>128</sup> Vgl. zur objektiv-geltungszeitlichen und zur objektiv-teleologischen Auslegungsmethode ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, S. 101 ff. und 110 ff. KRAMER hält fest, dass ein Gesetz im Streitfall grundsätzlich so zu interpretieren ist, dass es seine Funktion der Bewältigung gegenwärtiger Konfliktlagen am adäquatesten gerecht wird. Dies impliziert eine Interpretation nach dem aktuellen Wertungshorizont (S. 101 f.).

<sup>129</sup> Vgl. CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMANN (FN 123), Art. 3 N 16; STRINIMANN (FN 123), 47 ff. spricht von einer teleologischen Reduktion auf Gewährleistung charakteristischer Aspekte der Immaterialgüterrechte (konkret des Urheberrechts).

<sup>130</sup> Act. no 54, Rz. 43 ff.

<sup>131</sup> Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231.1).

<sup>132</sup> Vgl. die entsprechende Argumentation im Fall Microsoft durch die EU-Kommission [C-3/37.792], Rz. 568–572 und Rz. 743–747.

<sup>133</sup> RAUBER (FN 121), S. 189.

<sup>134</sup> Vgl. act. no 103, S. 45 unter Hinweis auf MÜLLER/OERTLI, URG-Kommentar, Bern 2006, Art. 21 N 22.

<sup>135</sup> Verordnung vom 26. April 1993 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsverordnung, URV; SR 231.11).

<sup>136</sup> Vgl. STRINIMANN (FN 123), S. 137 f. mit umfassenden Hinweisen auf die urheberrechtliche Lehre und Rechtsprechung in FN 480, vgl. auch S. 257.



118. Aus den eng umschriebenen Voraussetzungen in der von Multipay/Card Solutions angerufenen Schrankenbestimmung zur Dekompilierung lässt sich zudem nicht schliessen, Schnittstellen seien urheberrechtlich geschützt, da der Akt der Dekompilierung eine Vervielfältigung, Änderung und Bearbeitung des über die Schnittstellen hinausgehenden und urheberrechtlich geschützten Programmcodes notwendig macht.<sup>137</sup> Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme erneut vor, eine gesetzliche Regelung der Dekompilierung wäre überflüssig, wenn es sich bei den Schnittstellen um gemeinfreie Teile handeln würde, welche von jedermann ohne Autorisierung beliebig verwendet werden dürften. Sie übersehen dabei, dass sich die Notwendigkeit der gesetzlichen Regelung der Dekompilierung nicht aus dem Schutz der Schnittstellen ergibt sondern aus dem Schutz des Programmcodes, in den bei der Dekompilierung eingegriffen werden muss.

119. Es lässt sich daher daraus ableiten, dass bereits die Schnittstellen selbst urheberrechtlich nicht geschützt sind und deshalb kein Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 2 KG vorliegt.

#### B.2.4.1.2 Urheberrechtsschutz von Schnittstelleninformationen

120. Auch wenn die Schnittstellen selber urheberrechtlich geschützt wären, geht es im vorliegenden Fall um den Urheberrechtsschutz der Schnittstelleninformationen. Wurde doch von Jeronimo die Herausgabe dieser Informationen anbegehrt und nicht etwa die Schnittstellen selber gefordert (vgl. hierzu Rz. 317 ff.).

121. Schutzobjekt des Urheberrechts ist nicht die Idee, sondern nur die sinnlich greifbare Objektivierung des geistigen Inhalts eines Werks.<sup>138</sup> Durch das Urheberrecht schutzfähig als Teil eines Computerprogrammes kann demnach höchstens die konkrete Form der Schnittstellen, d.h. das Resultat der Implementierung der Schnittstelleninformationen als Teil des Computercodes (Quell- oder Objektcode), sein. Bei den insbesondere von Jeronimo geforderten Informationen handelt es sich im Gegensatz dazu jedoch um die den Schnittstellen zugrundeliegenden Ideen und Grundsätze<sup>139</sup> zur Schaffung der eigenen Schnittstellensequenzen in der eigenen Terminalsoftware.

122. Es ist daher davon auszugehen, dass die für den vorliegenden Fall relevanten Schnittstelleninformationen urheberrechtlich gar nicht schutzfähig sind. Aber selbst wenn entgegen den grundlegenden Prinzipien des URG die Schnittstelleninformationen urheberrechtlich schutzfähig wären, ginge der vorliegende Sachverhalt – wie nachfolgend erläutert wird – über den vom URG gewährten Inhalt des Urheberrechts hinaus.

#### B.2.4.1.3 Inhalt des Urheberrechts

123. Art. 21 Abs. 2 URG lässt die Dekompilierung von Computerprogrammen zu, um die Herstellung von Interoperabilität (Kompatibilität) von Programmen zu ermöglichen. In der urheberrechtlichen Literatur wird der Grund für diese Schrankenbestimmung des URG wie folgt umschrieben: "Der Hauptgrund für die Statuierung einer Dekompilierbefugnis des Programmbenutzers liegt darin, nicht von bestimmten Entwicklern und deren Programmen bzw. Hardwareteilen abhängig zu sein, nur

weil einem der Zugang zu den entscheidenden Schnittstelleninformationen anderer Produkte verwehrt würde. Da dies zu einer wettbewerbsfeindlichen, monopolistischen Stellung einzelner Anbieter führen würde, der freie Wettbewerb aber durch eine Vielfalt von untereinander kompatiblen Programmen gefördert werden soll, muss die Interoperabilität zwischen den verschiedenen Softwareprodukten zwingend gewährleistet sein. Ziel der Dekompilierung ist letztlich die Ermöglichung des Wettbewerbs im Bereich der Soft- und Hardwareanbieter. Jeder Konsument soll sich sein Computersystem baustellenmässig zusammensetzen können, ohne aufgrund mangelnder Interoperabilität gewisser Produkte in seiner Entscheidungsfreiheit eingeschränkt zu sein. Erlaubt ist deshalb insbesondere auch die Verwendung der durch eine Code-Entschlüsselung aufgedeckten Schnittstelleninformationen zur Entwicklung eines Konkurrenzproduktes, welches das analysierte Programm substituieren soll."<sup>140</sup> Ausgeschlossen aufgrund des urheberrechtlichen Vervielfältigungsverbots wäre – sofern davon ausgegangen würde, dass Schnittstellen schutzfähig sind – höchstens eine unveränderte Übernahme von Schnittstellensequenzen des entschlüsselten Objektcodes.<sup>141</sup>

124. Die Schrankenbestimmung des Art. 21 Abs. 2 URG ist ein exemplarisches Beispiel dafür, dass die Zielsetzungen von Immaterialgüter- und Kartellrecht nicht im Konflikt zueinander stehen, sondern letztlich dieselben Ziele verfolgen. Sie macht auch deutlich, dass keine Verletzung des Urheberrechts vorliegt, wenn Schnittstelleninformationen dazu verwendet werden, kompatible Programme herzustellen. Das Urheberrecht bezweckt Imitationsschutz und nicht Informationsschutz. Im vorliegenden Fall geht es nicht darum, dass andere Terminalhersteller (namentlich Jeronimo) die DCC-Lösung von Multipay/Card Solutions kopieren möchten, sondern es geht darum, durch eine eigenständige Implementierung der Schnittstelleninformationen im Programmcode die Interoperabilität der eigenen Terminalsoftware mit der bei Multipay eingesetzten DCC-Software von Card Solutions herzustellen. Das Urheberrecht gewährt nun nach dem Gesagten keinen Schutz vor der Herstellung von Interoperabilität. Multipay/Card Solutions verfügen demnach über keine urheberrechtlich geschützte Position, welche der Herstellung von Interoperabilität und einer kartellrechtlichen Pflicht zur Herausgabe der Schnittstelleninformationen entgegen steht.

<sup>137</sup> Vgl. OLIVER STAFFELBACH, Die Dekompilierung von Computerprogrammen gemäss Art. 21 URG, Diss., Bern 2003, S. 87 ff.; EMIL F. NEFF/MATTHIAS ARN, Urheberrecht im EDV-Bereich, Urheberrechtlicher Schutz der Software, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/2 (SIWR II/2), Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), S. 301.

<sup>138</sup> Vgl. STAFFELBACH (FN 107), S. 61 ff.

<sup>139</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (Abl. L 111/16): "Der gemäß dieser Richtlinie gewährte Schutz gilt für alle Ausdrucksformen von Computerprogrammen. Ideen und Grundsätze, die irgendeinem Element eines Computerprogramms zugrunde liegen, einschliesslich der den Schnittstellen zugrunde liegenden Ideen und Grundsätze, sind nicht im Sinne dieser Richtlinie urheberrechtlich geschützt." (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>140</sup> NEFF/ARN (FN 137), S. 305 (Hervorhebungen teilweise hinzugefügt).

<sup>141</sup> Vgl. NEFF/ARN (FN 137), S. 305.

125. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariates zur Frage des Inhalts des Urheberrechts vor, aus der Schrankenbestimmung von Art. 21 Abs. 2 URG lasse sich keine Pflicht zur Bekanntgabe von Schnittstelleninformationen ableiten. Vielmehr ergebe sich daraus ein Recht des Entwicklers des Zweitprogramms, sich die Informationen selbst zu beschaffen. Dies sei ein wesentlicher Unterschied, der im Antrag mit keinem Wort erwähnt werde.

126. In den obigen Ausführungen wird nicht behauptet, aus Art. 21 Abs. 2 URG ergebe sich eine Pflicht zur Bekanntgabe von Schnittstelleninformationen. Es wird vielmehr im Rahmen der Prüfung eines Vorbehaltes gemäss Art. 3 Abs. 2 KG dargelegt, dass der Inhalt des Urheberrechts einer kartellrechtlichen Pflicht zur Bekanntgabe von Schnittstelleninformationen nicht entgegen steht.

#### B.2.4.2 Wettbewerbswirkungen

127. Selbst wenn entgegen den vorgenommenen Darlegungen davon ausgegangen würde, dass im vorliegenden Fall durch die Herstellung der Interoperabilität urheberrechtlich geschützte Rechtspositionen tangiert wären, so ergeben sich die Wettbewerbswirkungen – d.h. die Behinderung der Terminalanbieter, die mit Card Solutions im Wettbewerb stehen (vgl. hierzu unten Rz. 296 ff.) – nicht ausschliesslich aus der allenfalls legitimen Ausübung des Urheberrechts, sondern vor allem aus der marktbeherrschenden Stellung der Multipay sowie der Zugehörigkeit von Multipay und Card Solutions zum gleichen Konzern.

128. Überdies wird die Wirkung der Verweigerung der Offenlegung der Schnittstelleninformationen durch die speziellen Merkmale von Computerprogrammen geprägt. Die hinter dem Computerprogramm stehenden Ideen und Informationen sind im Gegensatz zu den meisten Werken der Literatur und Kunst durch den Nutzer nicht direkt wahrnehmbar. Ihre Zweckbestimmung liegt nicht in der sinnlichen Wahrnehmung durch Menschen, sondern in der Benutzung in einer Maschine. Einem Computerprogramm in Form des Objektcodes kommt kein unmittelbar erkennbarer Informationsgehalt zu. Eine Rückübersetzung eines geschützten Objektcodes in den zumindest für den Fachmann verständlichen Quellcode ist aber nur durch eine aufwändige Dekompilierung möglich. Die faktischen Gegebenheiten bei Computerprogrammen führen daher dazu, dass sich der Zugang zu den in diesen enthaltenen (nicht urheberrechtlich geschützten) Ideen und Grundsätze deutlich schwieriger gestaltet als bei anderen Werkkategorien.<sup>142</sup>

129. Zum Schluss kann noch darauf hingewiesen werden, dass auch Multipay/Card Solutions selbst nicht davon ausgehen, dass eine kartellrechtliche Überprüfung des Sachverhaltes ausgeschlossen ist. In ihren bisherigen Stellungnahmen<sup>143</sup> wird nämlich argumentiert, dass die Voraussetzungen für eine Zwangslizenz im Falle von Marktbeherrschung nicht erfüllt seien. Dabei handelt es sich um eine materiellrechtliche Frage, welche nur zur Prüfung kommen kann, wenn das Kartellgesetz für anwendbar erachtet wird. Diese Position wird in der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariates nochmals ausdrücklich bestätigt.

130. Zusammenfassend kann deshalb festgehalten werden, dass auch nach traditioneller (restriktiver) Interpretation kein Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 2 KG gegeben ist.

#### B.2.5 Ergebnis

131. Es bestehen keine Vorbehalte gemäss Art. 3 Abs. 1 oder Abs. 2 KG, welche einer kartellrechtlichen Überprüfung des Sachverhaltes entgegenstehen. Bei der materiellen Prüfung sind die immaterialgüterrechtlichen Aspekte des Falles angemessen zu berücksichtigen.

#### B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

132. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).

##### B.3.1 Überprüfung von Vergangenheitssachverhalten

133. Im vorliegenden Fall wurde die mutmassliche Wettbewerbsbeschränkung mit Unterzeichnung der Geheimhaltungsvereinbarung zwischen Jeronimo und Card Solutions am 22. und 25. Januar 2007 und der damit verbundenen Offenlegung der Schnittstelleninformationen für die DCC-Funktion an Jeronimo aufgegeben. Dies bedeutet, dass in der vorliegenden Untersuchung über die kartellrechtliche Zulässigkeit eines abgeschlossenen Sachverhaltes zu befinden ist. Anlässlich der am 1. April 2004 in Kraft getretenen Revision des Kartellgesetzes wurde mit einer Änderung des Wortlauts von Art. 27 Abs. 1 KG klargestellt, dass eine Untersuchung auch dann eröffnet bzw. weitergeführt werden muss, wenn das betroffene Unternehmen das mutmasslich kartellrechtswidrige Verhalten vor oder während des Verfahrens aufgegeben hat. Dies gilt namentlich bei den direkt sanktionierbaren Tatbeständen, da die Aufgabe des Verhaltens nicht zum Ausschluss direkter Sanktionen führt.<sup>144</sup>

<sup>142</sup> Vgl. STAFFELBACH (FN 107), S. 63 f.; NEFF/ARN (FN 137), S. 299; STIRNIMANN (FN 123), S. 138, welcher ausführt, die Dekompilation von Schnittstelleninformationen lasse sich regelmässig nur unter prohibitivem Aufwand herstellen oder sei mit vielerlei Komplikationen verbunden. Vgl. auch die Ausführungen der EU-Kommission zum Reverse-engineering im Fall Microsoft (COMP/C-3/37.792), Rz. 683 ff., in welchen darauf hingewiesen wird, dass die Interoperabilität von Lösungen, welche mit Reverse-engineering erlangt werden, ein instabiles Geschäftsmodell darstellen, da die Interoperabilität durch ein einfaches (und legitimes) Upgrade wieder durchbrochen werden kann.

<sup>143</sup> Vgl. act. no 103, S. 46 f.; act. no 12.

<sup>144</sup> BGE 2A.59/2005 vom 22.8.2005, E. 3.2 und 3.3, publiziert in: RPW 2005/3, S. 580 ff. (581 f.); Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2001 2022 (im folgenden BOTSCHAFT 03), S. 2044 f. und 2047; vgl. auch BORER (FN 115), Art. 27 N 3; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 174 und 377 f.; PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden, in: Handbücher für die Anwaltspraxis, Band IX, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), 2005, Rz. 12.46 und 12.85; PATRIK DUCREY (FN 105), Rz. 1725.

134. Die marktbeherrschende Stellung muss mindestens während der Dauer des missbräuchlichen Verhaltens gegeben sein, d.h. bis Ende 2006 (der Missbrauch und seine zeitliche Dauer werden in den Rz. 296 ff. untersucht und festgestellt, so dass an dieser Stelle und auch im Folgenden der Begriff des "missbräuchlichen Verhaltens" verwendet wird, obwohl er erst später im Entscheid dargestellt wird). Nachfolgend wird aufgezeigt, dass diese Voraussetzung erfüllt ist, da bis heute eine marktbeherrschende Stellung vorliegt.

### B.3.2 Marktbeherrschende Stellung

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

136. Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist somit nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind ebenfalls die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen.<sup>145</sup> Zu unterscheiden ist somit die Marktbeherrschung im engeren Sinne ("klassische Marktbeherrschung") von der wirtschaftlichen Abhängigkeit einzelner Marktteilnehmer von anderen Marktteilnehmern.<sup>146</sup> Ob solche wirtschaftlichen Abhängigkeiten vorliegen, ist nur zu prüfen, wenn nicht bereits "klassische Marktbeherrschung" vorliegt.

#### B.3.2.1 Relevante Märkte

137. Um festzustellen, ob sich Multipay und/oder Card Solutions tatsächlich in wesentlichem Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten können, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

138. Es gilt in diesem Zusammenhang die Struktur des Falles zu berücksichtigen. Multipay wird vorgeworfen, ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Acquiring-Markt auszunutzen, um auf dem benachbarten Terminalmarkt die Konkurrenten ihrer Schwestergesellschaft zu benachteiligen.<sup>147</sup> Multipay macht ihrerseits geltend, massgeblich sei der Markt für Umrechnungsdienstleistungen.<sup>148</sup> Dementsprechend wird nachfolgend auf die Abgrenzung dieser drei Märkte eingegangen.

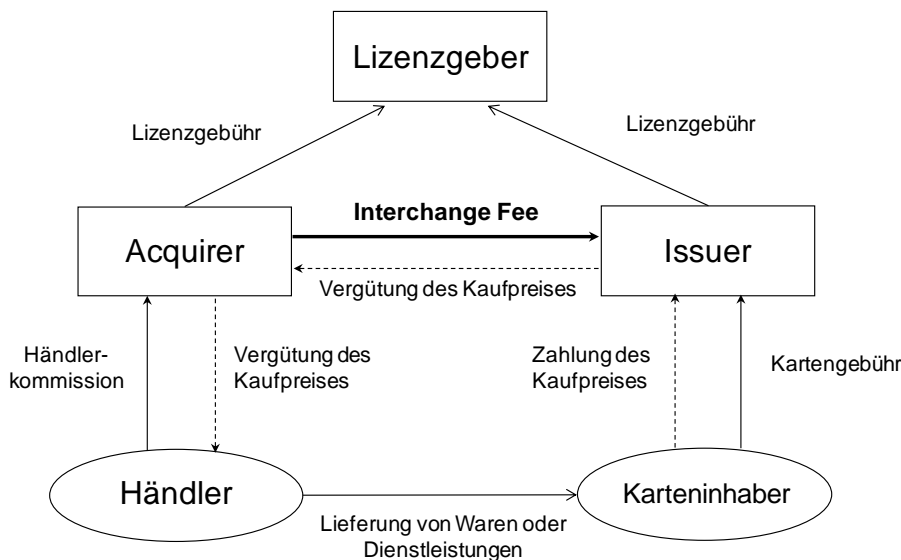
#### B.3.2.1.1 Acquiring Markt

##### B.3.2.1.1.1 Sachlich relevanter Markt

139. 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<sup>149</sup>, der hier analog anzuwenden ist).

140. Die Multipay ist unter anderem im Acquiring der Kreditkarten Visa und MasterCard sowie der Debitkarte Maestro tätig (vgl. oben Rz. 5). Acquirer sind Unternehmen, welche Händler und Dienstleistungsanbieter für die Akzeptanz der Karten anwerben und mit ihnen entsprechende Akzeptanzverträge abschliessen. Demgegenüber werden die Karten durch die sog. Issuer herausgegeben. Bei Visa, MasterCard sowie Maestro handelt es sich um 4-Parteien-Systeme.<sup>150</sup>

Abbildung 5: Typisches 4-Parteien-Zahlkartensystem<sup>151</sup>



<sup>145</sup> BOTSCHAFT 03 (FN 144), S. 2045.

<sup>146</sup> Vgl. RPW 2005/1, S. 146 ff., Rz. 92 ff.

<sup>147</sup> Vgl. die Marktabgrenzung in der Anzeige Jeronimo (act. no 1), Rz. 29–37.

<sup>148</sup> Vgl. die Marktabgrenzung in der Stellungnahme Multipay (act. no 128), Rz. 26–32, 45–49, 76.

<sup>149</sup> Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.49).

<sup>150</sup> Bei den 3-Parteien-Systemen wird Issuing und Acquiring durch dasselbe Unternehmen vorgenommen, vgl. RPW 2006/1, S. 70, Rz. 20 sowie unten Rz. 146.

141. Issuer und Acquirer erbringen unterschiedliche Dienstleistungen an verschiedene Marktgegenseiten (Karteninhaber bzw. Händler), weshalb es der ständigen Praxis der Wettbewerbsbehörden entspricht, unterschiedliche Märkte für Issuing und Acquiring abzugrenzen.<sup>152</sup> Auch in der Praxis der EU-Kommission wird zwischen Issuing und Acquiring unterschieden.<sup>153</sup>

142. Im vorliegenden Fall ist nur das Acquiring relevant, weshalb auf das Issuing nicht mehr eingegangen wird und nachfolgend nur die Acquiring-Märkte untersucht werden.

### B.3.2.1.1.1 Kreditkarten-Acquiring

#### a. Praxis der Wettbewerbsbehörden

143. Der Acquiring Markt wurde bereits in verschiedenen kartellrechtlichen Verfahren analysiert. Im Entscheid "Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft" wurde im Jahr 2003 die von Kreditkarten-Acquirer angebotene Dienstleistung als "Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr" definiert. Als Marktgegenseite wurden die Händler und Dienstleistungsanbieter (nachfolgend im Begriff "Händler" zusammengefasst) identifiziert, welche den Zugang zum Kreditkartenzahlungssystem nachfragen und ihrerseits in der Schweiz Waren oder Dienstleistungen anbieten. Dieser Entscheid enthält eine ausführliche Analyse, weshalb der Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr nicht durch den Zugang zu anderen Zahlungsverkehrssystemen (Bargeld, Post- und Bankgiroverkehr, Debitkarte, Prepaid-Karten, Check, Kundenkarten) substituiert werden kann. Die Weko gelangte zum Ergebnis, dass sich die Anschlüsse an verschiedene Zahlungsverkehrssysteme aus Sicht des Händlers ergänzen, da mit dem Anschluss an ein bestimmtes bargeldloses Zahlungssystem immer nur ein Kundensegment erreicht werden kann. Es entspreche der Absicht des Händlers, möglichst viele Segmente zu erreichen, damit der Kunde in der Wahl seines Zahlungsmittels frei ist.<sup>154</sup>

144. Im Rahmen der Beschwerde gegen den vorgeannten Entscheid hat sich im Jahr 2005 die damalige REKO/WEF detailliert und unter Konsultation zahlreicher Publikationen mit der Marktabgrenzung der Weko auseinandergesetzt. Die REKO/WEF hat den Grundsatz bestätigt, dass sich der Zugang zum Kreditkartensystem durch den Zugang zu anderen Zahlungsverkehrssystemen nicht vollständig substituieren lässt. Sie hat ergänzend darauf hingewiesen, dass Debit- und Wertkarten durch die Banken und die Post primär dazu lanciert wurden, die mit dem Bargeld verbundenen Aufwendungen zu reduzieren. Demgegenüber stehe bei den Anbietern von Kreditkarten die Erzielung von Gewinnen im Vordergrund. Die REKO/WEF ist sogar noch weiter gegangen und hat im Bereich der Kreditkarten eine engere Marktabgrenzung vorgenommen als die Weko. Sie hat den "Zugang zu den jeweiligen Netzwerken der verschiedenen Kreditkartentypen" als sachlich relevanten Markt abgegrenzt, da diese zwar für den Endkonsumenten im Wettbewerb stehen würden, auf Stufe der Händler jedoch von der Komplementarität der einzelnen Kreditkartenmarken auszugehen sei, solange nicht die Mehrheit der Kunden über alle Kreditkarten verfügen würden. Demnach seien jeweils eigene Märkte für das Acquiring von VISA, Mastercard, American Express (Amex) und Diners Club (Diners) zu unterscheiden.<sup>155</sup>

145. In der Untersuchung "Kreditkarten/Interchange Fee" setzte sich die Weko im Jahr 2005 erneut mit dem Acquiring Markt auseinander. Zur Abklärung der Substitutionsbeziehungen zwischen den verschiedenen Zahlungsmitteln wurde eine schriftliche Händlerbefragung durchgeführt. Die Befragung bestätigte die Auffassung, dass aus Sicht der Händler die anderen Zahlungsmittel (z.B. Debitkarte, Rechnung, Wertkarte, Check, Kundenkarte) keine genügend nahen Substitute zu Kreditkarten darstellen, um in den sachlich relevanten Markt einbezogen zu werden.<sup>156</sup>

146. Weiter wurde in diesem Entscheid zwischen den 4-Parteien-Systemen von Visa und MasterCard und den 3-Parteien-Systemen von American Express, Diners Club und JCB unterschieden. Die 3-Parteien-Systeme unterscheiden sich strukturell von den 4-Parteien-Systemen, indem das Issuing und das Acquiring durch dasselbe Unternehmen getätigt wird. In der Untersuchung wurde festgehalten, dass sich die 3-Parteien-Systeme wesentlich von den 4-Parteien-Systemen unterscheiden, da sie weit höhere Händlerkommissionen verlangen, eine geringere Verbreitung bei den Karteninhabern und eine geringere Akzeptanz bei den Händlern vorweisen. Deshalb wurden die 3-Parteien-Systeme als Nischenprodukte qualifiziert, welche keine Substitute zu den 4-Parteien-Systemen Visa und MasterCard darstellen.<sup>157</sup>

147. Bezüglich der Marktabgrenzung zwischen Visa und MasterCard hat die Weko die Frage offen gelassen, ob im Sinne der Rechtsprechung REKO/WEF zwei unterschiedliche Märkte für die beiden Kreditkartenmarken abzugrenzen sind. Die Weko begründete dies damit, dass sämtliche Issuer und Acquirer in der Schweiz gleichzeitig sowohl Visa als auch MasterCard anbieten würden (sog. "Dual Branding"). Zudem bestehe kein Systemwettbewerb zwischen den beiden Marken. Dabei wies die Weko auf den Umstand hin, dass die Händler in der Regel für Visa und MasterCard dieselbe Kommission bezahlen (sog. "Blended Rates").<sup>158</sup>

<sup>151</sup> Beim Debitkartensystem Maestro ist keine Interchange Fee vorhanden, vgl. RPW 2006/4, S. 601 ff.

<sup>152</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 85 ff., Rz. 162 ff.; RPW 2006/4, S. 609 ff., Rz. 68 ff. und S. 617 ff., Rz. 142; RPW 2009/2, S. 137 ff., Rz. 133 ff.

<sup>153</sup> Vgl. ausführlich der Entscheid der EU-Kommission vom 19. Dezember 2007 i.S. MasterCard (COMP/34.579), S. 77 ff. (insbes. Rz. 282); Entscheid der EU-Kommission vom 24. Juli 2002 i.S. Visa (COMP/29.373), Rz. 43 und 65 f.; Entscheid der EU-Kommission vom 3. Oktober 2007 i.S. Morgan Stanley/Visa International and Visa Europe (COMP/37.860), S. 14 ff., Rz. 39 ff. (Unternehmenszusammenschluss).

<sup>154</sup> Vgl. RPW 2003/1, S. 118 ff., Rz. 71 ff., insbes. S. 131 f., Rz. 143 ff.

<sup>155</sup> Vgl. RPW 2005/3, S. 560 ff. E. 7.4–7.7.

<sup>156</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 86 ff., Rz. 168 ff.

<sup>157</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 102 f., Rz. 302 ff.

<sup>158</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 90, Rz. 190 ff. und S. 103 f., Rz. 310 ff.

148. Die Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden ist konkreter als die Praxis der EU-Kommission, ohne dieser allerdings zu widersprechen. Der MasterCard-Entscheid der EU-Kommission aus dem Jahr 2007 hält fest, dass das Acquiring von Zahlkarten nicht durch Dienstleistungen im Bereich Bargeld, Check, Bankgiro oder Lastschriftverfahren substituiert werden kann. Die Frage ob zwischen Debit- und Kreditkartenacquiring zu unterscheiden ist und ob bezüglich MasterCard ein eigener Markt abzugrenzen ist, wird offen gelassen.<sup>159</sup>

#### b. Fortführung der Praxis im vorliegenden Fall

149. Es gibt im vorliegenden Fall keinen Anlass, von der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden abzuweichen. Die Gründe, welche zur Herausbildung der bishe-

rigen Praxis geführt haben, sind nach wie vor aktuell. Dies wird durch die nachfolgenden Ausführungen unterstrichen:

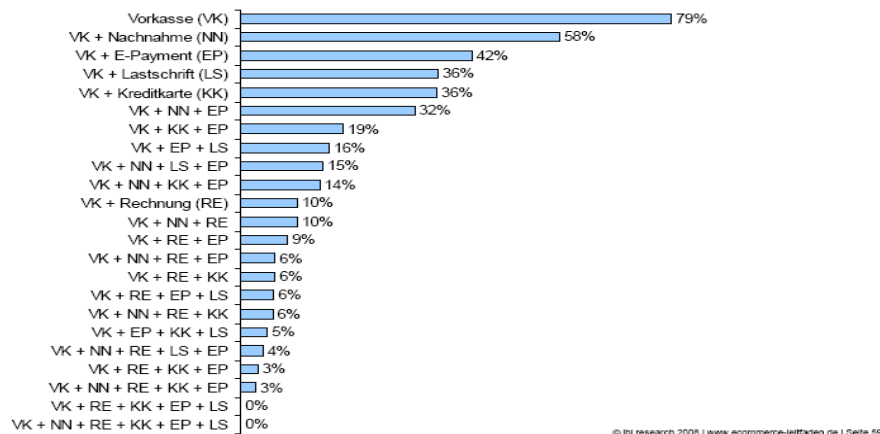
#### aa) Abgrenzung von anderen Zahlungsmitteln

150. Die aktuelle Studie "Erfolgsfaktor Payment – Der Einfluss der Zahlungsverfahren auf Ihren Umsatz"<sup>160</sup> bestätigt für den Bereich des Onlinehandels die Auffassung, dass die *unterschiedlichen Zahlungsmittel* keine Substitute darstellen, sondern komplementär sind. Nur durch die kombinierte Annahme mehrerer Zahlungsverfahren (Vorkasse, Rechnung, Kreditkarte, E-Payment) können die Onlinehändler die Kaufabbruchquote reduzieren, wie folgende Abbildung aus der Studie aufzeigt:

**Abbildung 6: Abbruchquoten im Onlinehandel in Abhängigkeit der Zahlungsverfahren**

## Mit zunehmender Anzahl an Zahlungsverfahren sinkt tendenziell die Kaufabbruchquote

**Abbruchquoten in Abhängigkeit vom Zahlungsverfahrensportfolio**



151. Debitkarten werden in der Studie nicht erwähnt, da sie in Deutschland – wie auch in der Schweiz – derzeit noch nicht für Online-Zahlungen eingesetzt werden können. Auf die Unterscheidung zwischen Debit- und Kreditkarte wird unten bei der Abgrenzung des Debitkarten-Acquiring vertieft eingegangen (vgl. unten Rz. 157 ff. insbesondere 163 ff.).

#### bb) Abgrenzung zwischen 3- und 4-Parteien-Systemen

152. Aufgrund der Rechtsprechung der REKO/WEF ist vom Grundsatz auszugehen, dass kein einheitlicher Markt für das Kreditkartenacquiring abzugrenzen ist, sondern dass die einzelnen Kreditkartennetzwerke für die Händler keine Substitute darstellen und damit separate sachlich relevante Märkte bilden.

<sup>159</sup> Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 19. Dezember 2007 i.S. MasterCard (COMP/34.579), S. 77 ff. (insbes. Rz. 307). Vgl. zur Marktabgrenzung in der EU auch der Entscheid der EU-Kommission vom 3. Oktober 2008 i.S. American Express/Fortis/Alpha Card (COMP/M.5241), Rz. 28 ff. (Unternehmenszusammenschluss): "In a similar vein in the previous case practice it has been indicated that the merchant acquiring market may further be subdivided according to the type of scheme organisation (international / domestic), customer type (consumer/commercial), type of card (debit/credit) or according to the brand (American Express Personal Green Card/Personal Gold Card/Personal Platinum Card/Corporate Card/visa/visa electron/pay/MasterCard/Maestro etc.)." Im konkreten Fall konnte die Frage nach einer engeren Marktabgrenzung offen gelassen werden.

<sup>160</sup> ibi research an der Universität Regensburg (Thomas Krabichler, Georg Wittmann, Dr. Ernst Stahl, Markus Breitschaft), 2008, Studienergebnisse auf der Homepage der Card Solutions ([www.six-card-solutions.com/EN/Downloadcenter/gut\\_zu\\_wissen\\_Erfolgsfaktor\\_Payment.pdf](http://www.six-card-solutions.com/EN/Downloadcenter/gut_zu_wissen_Erfolgsfaktor_Payment.pdf); 29.11.2010).

153. Dies lässt sich daraus ersehen, dass zahlreiche Händler trotz höherer Kommissionen und geringerer

Verbreitung die Karten der 3-Parteien-Systeme Amex und Diners akzeptieren:

**Tabelle 1: Marktanteile Kreditkartennetzwerke**

Kreditkartennetzwerk	Akzeptanzstellen	Karteninhaber	Marktanteil Karteninhaber
Visa <sup>161</sup>	über 100'000	1.7 Mio.	40 %
MasterCard	über 100'000	2.3 Mio.	54 %
Amex	über 70'000 <sup>162</sup>	200'000 <sup>163</sup>	5 %
Diners	über 65'000 <sup>164</sup>	40'000 <sup>165</sup>	1 %

154. Wären die unterschiedlichen Kartennetzwerke Substitute, so würden die Händler diese Karten durch die günstigeren Visa und MasterCard-Kreditkarten ersetzen. Die Zahlen zeigen zudem auf, dass die Marktsituation der 3-Parteien-Systeme seit der Untersuchung "Kreditkarten Interchange Fees" kaum verändert hat<sup>166</sup>, so dass sie nach wie vor als Nischenprodukte betrachtet werden können, welche aus Händlersicht keine Substitute zu Visa und MasterCard darstellen (vgl. oben Rz. 146).

**cc) Abgrenzung eines gemeinsamen Marktes für Visa und MasterCard**

155. Eine Abweichung vom Grundsatz, dass einzelne Kreditkartennetzwerke eigene sachlich relevante Märkte darstellen, bilden die beiden Kreditkartennetzwerke von Visa und MasterCard. Wie bereits im Entscheid "Kreditkarten/Interchange Fee" festgehalten wurde, kann aufgrund spezifischer Umstände von einem gemeinsamen Markt für das *Kreditkarten-Acquiring von Visa und Mastercard* ausgegangen werden. Nach wie vor bieten sämtliche in der Schweiz tätigen Acquirer gleichzeitig das Acquiring der Marken Visa und MasterCard an.<sup>167</sup> Bei der grossen Mehrheit der Händler kommen für Visa und MasterCard einheitliche Kommissionssätze (Blended Rates) zur Anwendung. Eine Preisdifferenzierung zwischen MasterCard und Visa erscheint derzeit weder von den Acquirern noch von den Händlern erwünscht. Dies ergibt sich aus folgenden Antworten der Acquirer:

- Aduno: "Wir verwenden für unsere Angebote im Segment der grossen Accounts (Key Accounts und sonstige grosse Merchants, welche eine individuelle Preisgestaltung erfordern) über eine fixierte Preisliste eine „Blended Rate“ an. Lediglich im Key Account haben wir für einige wenige Kunden zwischen Visa und MasterCard differenziert. Gemäss unserer Erfahrung ist eine systematische Preisdifferenzierung auch in diesem Segment von Seite des Merchants nicht erwünscht."<sup>168</sup>

- Multipay: "[Aussage zu Blended Rates]"<sup>169</sup>

156. Diese Aussagen der Acquirer deuten darauf hin, dass zumindest im Verhältnis zwischen Acquirer und Händler der Wettbewerb zwischen Visa und MasterCard keine Rolle spielt. Letztlich kann aber im vorliegenden Verfahren die Frage, ob für Visa und Mastercard nicht jeweils separate Märkte abzugrenzen wären, offen gelassen werden, da Multipay – wie nachfolgend dargestellt wird – auch bei einer solch engen Marktabgren-

zung über eine marktbeherrschende Stellung verfügt (vgl. unten B.3.2.1.2a).

**B.3.2.1.1.2 Debitkarten-Acquiring**

**a. Praxis der Wettbewerbsbehörden**

157. Aus der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden geht hervor, dass ein eingeständiger Markt für den Zugang zum Debitkartensystem (Debitkarten-Acquiring) abzugrenzen ist, welcher sich namentlich vom Kreditkartenaquiring unterscheidet:

158. Im Entscheid "Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft" aus dem Jahr 2003 wurden neben mehreren Unterschieden zwischen Kredit- und Debitkarten für den Kartenkunden (insbesondere die direkte Abbuchung der Debitkartenzahlung vom Konto) auch aus Sicht des Händlers diverse Elemente ausgemacht, welche Kredit- von Debitkarten unterscheiden. So wurde auf die unterschiedlichen Kosten der beiden Kartensysteme für den Händler hingewiesen sowie darauf, dass bei Debitkarten dem Händler eine fixe Gebühr pro Transaktion belastet wird (anstatt einer Kommission, die sich in Prozentpunkten des Transaktionsbetrags bemisst). Schliesslich wurde festgehalten, dass praktisch überall im Handel Kredit- und Debitkarten gleichzeitig akzeptiert werden und der Händler bei einem Verzicht auf die Akzeptanz von Debitkarten mit Einnahmeausfällen rechnen müsste, die er nicht mit dem Zugang zum Kreditkartenverkehr kompensieren kann.<sup>170</sup>

<sup>161</sup> Die Zahlen für Visa und MasterCard stammen von der Website der Multipay ([www.currency-iso.org/de/tkmpch\\_index/tkmpch\\_home/tkmpch\\_acceptance/c.htm](http://www.currency-iso.org/de/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_acceptance/c.htm); 29.11.2010).

<sup>162</sup> [www.swisscard.ch/d/produkte/geschaeftskunden/kreditkarten\\_akzeptanzpartner.php](http://www.swisscard.ch/d/produkte/geschaeftskunden/kreditkarten_akzeptanzpartner.php) (29.11.2010).

<sup>163</sup> [www.americanexpress.ch/d/merchants/index.php](http://www.americanexpress.ch/d/merchants/index.php) (29.11.2010).

<sup>164</sup> [www.dinersclub.ch/de/services-fuer-kunden/akzeptanzstellen.html](http://www.dinersclub.ch/de/services-fuer-kunden/akzeptanzstellen.html) (29.11.2010).

<sup>165</sup> Pressemitteilung der Multipay vom 13.08.2009: "SIX Multipay bietet neu die Akzeptanz und Verarbeitung von Diners Club und Discover an" ([www.presseportal.ch/de/pm/100005802/100588084/six\\_multipay](http://www.presseportal.ch/de/pm/100005802/100588084/six_multipay); 29.11.2010).

<sup>166</sup> Die öffentlich verfügbaren Zahlen wurden mit den beim Sekretariat vorhandenen vertraulichen Angaben überprüft, und es sind keine erheblichen Abweichungen festzustellen.

<sup>167</sup> Im Issuing sind Issuer auf den Markt getreten, welche derzeit nur eine der beiden Marken herausgeben. So gibt die GE Money Bank bisher nur MasterCard, die Jelmoli Bonus Card AG nur Visa-Kreditkarten heraus. Bei der PostFinance sind hingegen beide Marken erhältlich.

<sup>168</sup> Vgl. act. no 83, Antwort der Aduno auf Frage 4b.

<sup>169</sup> Vgl. act. no 103, Antwort der Multipay auf Frage 4b.

<sup>170</sup> RPW 2003/1, S. 126 ff., Rz. 117 ff.

159. Die REKO/WEF hat im Jahr 2005 bestätigt, dass aus Händlersicht der Zugang zu Debitkarten und der Zugang zu den einzelnen Kreditkartensystemen keine Substitute darstellen. Die REKO/WEF führte aus, dass die unterschiedlichen Eigenschaften von Kredit- und Debitkarten (Kreditfunktion, "Goodies") im Einzelfall für den Transaktionsentscheid des Kunden erheblich sein können und daher auch in der Kosten-Nutzen-Analyse des Händlers beachtlich seien. Die REKO/WEF geht von der Komplementarität der einzelnen Zahlungsmittel aus (vgl. auch oben Rz. 144), da der Händler mit der Annahme einzelner bargeldloser Zahlungsmittel immer nur denjenigen Kunden erreiche, welcher bereit und in der Lage ist, die ins Auge gefasste Transaktion mit dem entsprechenden unbaren Zahlungsmittel abzuschliessen, selbst wenn sie über mehrere Zahlungsmittel verfügen würden.<sup>171</sup>

160. Die im Rahmen der Untersuchung "Kreditkarten – Interchange Fee" durchgeführte Händlerbefragung stützt die Auffassung, dass die Händler Zahlungsmittel ohne oder mit tiefen Kommissionen bevorzugen. Nebst diesen direkten Kosten wurde von den Händlern auch die schnellere Verfügbarkeit von Barzahlungen und Zahlungen mittels Debitkarten als Vorteil gegenüber Kreditkarten und Rechnungsstellungen genannt. Rund ein Drittel der Händler gab an, Massnahmen zu ergreifen, um die Zahlung mit diesen präferierten Zahlungsmitteln zu fördern. Aufgrund der Händlerbefragung gelangte die Weko zu Schluss, dass Debit- und Kreditkarten aus Sicht der Händler keine Substitute darstellen.<sup>172</sup>

161. Die Wettbewerbsbehörden haben sich in neuerer Zeit in zwei Vorabklärungen mit den Debitkartensystemen auseinandergesetzt. Im Schlussbericht der Vorabklärung bezüglich "Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay" wird darauf hingewiesen, dass sich unterschiedliche Einsatzgebiete der verschiedenen Kartenarten herausgebildet haben: grössere Beträge würden vorzugsweise mit der Kreditkarte beglichen, während für Güter des täglichen Bedarfs die Debitkarte zur Anwendung komme (bei mittleren Beträgen bestehe Konkurrenz zwischen Kredit- und Debitkarten). Weiter wurde ausgeführt, dass im Jahr 2001 jede erwachsene Person in der Schweiz durchschnittlich über eine Debitkarte verfügte. Im Schlussbericht wird daher ein eigener Markt für das Debitkarten-Acquiring abgegrenzt, welcher in analoger Anwendung der Rechtsprechung der REKO/WEF zu den Kreditkarten zudem auf den Zugang zu den jeweiligen Debitkarten-Netzwerken reduziert wird. Im Schlussbericht wurde daher von separaten Märkten für den Zugang zu den Debitkartensystemen Maestro, Postfinance Card und M-Card ausgegangen.<sup>173</sup>

162. Die aktuellste Analyse des Debitkarten-Acquiring erfolgte in der Vorabklärung "Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY". Der Schlussbericht hält fest, dass auf Ebene des Händlers zwischen den internationalen Debitkartenprodukten Maestro und V PAY und den nationalen Debitkartenprodukten Postfinance Card und M-Card zu unterscheiden ist<sup>174</sup>: "Durch den Anschluss an eines der internationalen Debitkartensysteme ermöglicht der Händler auch ausländischen Kunden die bargeldlose Bezahlung".<sup>175</sup> Der Schlussbericht weist weiter auf die grosse Verbreitung

von Maestro bei den Kreditkarteninhabern hin, weshalb davon auszugehen sei, dass für den Händler die Akzeptanz von Maestro und die Akzeptanz der Postfinance Card bzw. der M-Card keine Substitute darstellten. Bezüglich der beiden internationalen Debitkartensystemen Maestro und V PAY geht der Schlussbericht von einer asymmetrischen Substituierbarkeit aus: Da V PAY noch gar nicht auf dem Markt ist, können die Händler zumindest während der Markteintrittsphase die Akzeptanz von V PAY verweigern und nur Maestro akzeptieren, d.h. Maestro ist nicht durch V PAY, aber V PAY durch Maestro substituierbar.<sup>176</sup>

#### **b. Fortführung der Praxis im vorliegenden Fall**

163. An der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden kann auch im vorliegenden Fall festgehalten werden:

164. Dies gilt zunächst für die Abgrenzung des Debitvom Kreditkartenacquiring. Es bestehen für den Händler nach wie vor wesentliche Unterschiede zwischen den beiden Produkten. So sind die Kosten für die Kreditkartenakzeptanz erheblich höher als für die Debitkartenakzeptanz. Bei den Kreditkarten betrug im Jahr 2008 die durchschnittliche Händlerkommission (Merchant Service Charge) rund [1.5–3.0] % während für die Verarbeitung von Maestro-Transaktionen durchschnittlich CHF [0.20–0.30] pro Transaktion verrechnet wird, was bei einem durchschnittlichen Betrag einer Debitkartentransaktion von CHF 84.- einer durchschnittlichen Kommission von [0,24–0,36] % entsprechen würde. Die unterschiedlichen Kosten von Kredit- und Debitkarten für den Händler sowie die unterschiedlichen Pricing-Modelle sprechen dafür, dass für den Händler der Zugang zu Debitkartensystemen und derjenige zu Kreditkartensystemen keine Substitute darstellen. Dies wird weiter dadurch belegt, dass die meisten Händler trotz Preisunterschieden beide Produkte akzeptieren. So verfügten im Jahr 2008 rund [60–70] % der Händler gleichzeitig über einen Kredit- und einen Debitkartenakzeptanzvertrag.

165. Neben diesem wesentlichen Unterschied, welcher direkt beim Händler anfällt, führt der unterschiedliche Einsatz von Debit- und Kreditkarten durch den Kunden dazu, dass diese auch auf Händlerstufe keine Substitute darstellen. So werden Kreditkarten nach wie vor weniger häufig, dafür für grössere Transaktionsbeträge eingesetzt als Debitkarten. Gemäss der Studie Cards 06 werden Debitkarten für die Zahlung kleinerer und mittlerer Beträge bis etwa CHF 1'000.- eingesetzt, während Kreditkarten für Beträge bis etwa CHF 10'000.- verwendet werden.<sup>177</sup> Die unterschiedliche Verwendung wird auch durch den durchschnittlichen Transaktionsbetrag von Debit- und Kreditkarten in nachfolgender Grafik belegt:

<sup>171</sup> Vgl. RPW 2005/3, S. 560 ff. E. 7.4–7.7.

<sup>172</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 88 ff., Rz. 181 ff.

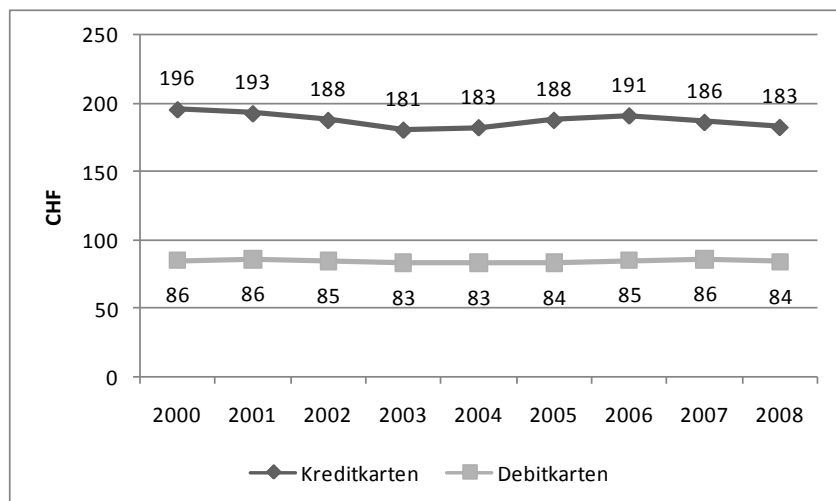
<sup>173</sup> Vgl. RPW 2006/4, S. 610 f., Rz. 73 ff. und S. 617 f., Rz. 142 ff.

<sup>174</sup> Die Unterscheidung zwischen nationalem und internationalem Debitkartensystem ist auch für den Karteninhaber aufgrund der Einsatzmöglichkeiten der Karte im In- und Ausland von Bedeutung, vgl. RPW 2009/2, S. 133, Rz. 99 ff.

<sup>175</sup> RPW 2009/2, S. 133, Rz. 103.

<sup>176</sup> RPW 2009/2, S. 134, Rz. 106.

<sup>177</sup> URS BERNEGGER/MICHEL MARÉCHAL/RUEDI MINSCH, Cards 06 – Entwicklungsperspektiven für den Schweizer Kartenmarkt, Dez. 2006 (Beilage 4 zu act. no 103).

**Abbildung 7: Durchschnittlicher Transaktionsbetrag von Kredit- und Debitkarten**

Quelle: SNB, Statistisches Monatsheft, C2 Zahlungsverkehr mit Karten und Checks

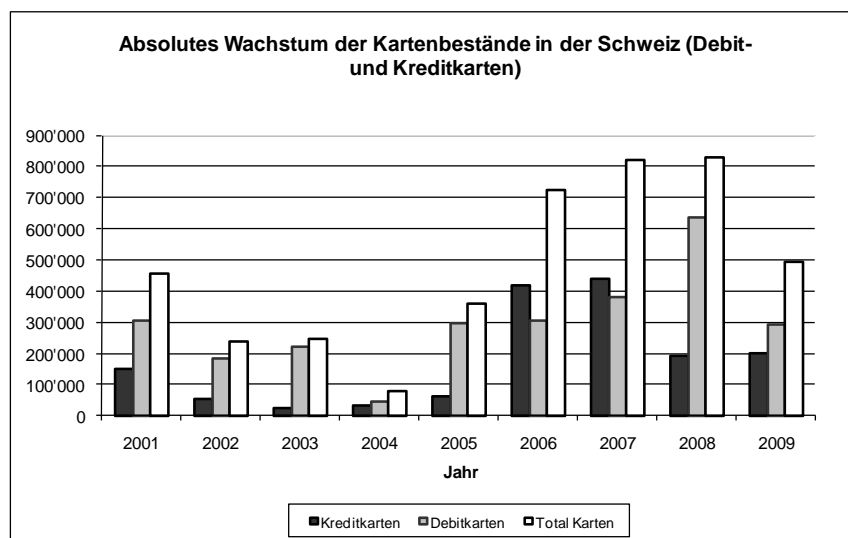
166. Aus den Statistiken der SNB geht weiter hervor, dass im Jahr 2008 rund dreimal mehr Transaktionen mit Debit- als mit Kreditkarten erfolgt sind (der genaue Faktor ist 2,7). Eine einzelne Kreditkarte wurde im Jahr 2008 rund 27 mal eingesetzt, die einzelne Debitkarte hingegen rund 43 mal.<sup>178</sup> Angesichts des häufigeren Gebrauchs der Debitkarten ist es für einen Händler nicht möglich, deren Annahme durch die Annahme von Kreditkarten zu substituieren. Kommt hinzu, dass die Verbreitung der Debitkarten (im Jahr 2008 waren rund 7,6 Mio. Karten im Umlauf) immer noch wesentlich grösser ist als diejenige der Kreditkarten (rund 4,5 Mio. Karten). In Weiterführung der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden ist das Debitkarten- jedenfalls vom Kreditkartenacquiring abzugrenzen.

167. Schliesslich kann darauf hingewiesen werden, dass die Studie Cards 06 festgehalten hat, dass es "keinen fundierten Anhaltspunkt [gibt], dass die Debit- und Kreditkarten Substitute sind". Dabei wurde in der Studie darauf hingewiesen, dass das absolute Wachstum der Kartenbestände der beiden Kartenkategorien statistisch signifikant positiv korreliert, dass jedoch eine negative Korrelation zu erwarten wäre, falls Debit- und Kreditkarten Substitute darstellen würden.<sup>179</sup> Die positive Korrelation des Wachstums der beiden Kartentypen dauert bis heute an:

<sup>178</sup> Anzahl Transaktionen/Anzahl Karten. Da die Anzahl Debitkarten grösser ist als die Anzahl Kreditkarten, ist der Faktor von Debit zu Kredit tiefer als 2,7.

<sup>179</sup> Cards 06 (FN 177), S. 39.



**Abbildung 8: Absolutes Wachstum der Debit- und Kreditkartenbestände**

Quelle: SNB, Statistisches Monatsheft, C2 Zahlungsverkehr mit Karten und Checks

168. Es stellt sich weiter die Frage, ob der Standpunkt der REKO/WEF, wonach die Netzwerke der einzelnen Kreditkarten eigene relevante Märkte bilden, analog für die Debitkarten gilt. In der Schweiz gibt es aktuell neben dem Maestro-System folgende Debitkartensysteme: die Postfinance Card der Postfinance und die M-Card der Migrosbank. Zudem ist die Einführung von V PAY von Visa Europe auf dem Schweizer Markt vorgesehen.<sup>180</sup>

169. Aufgrund der grossen Verbreitung von Maestro bei den Karteninhabern in der Schweiz (im Jahr 2008 waren ca. 5 Mio. emittierte Maestro-Karten im Umlauf, das entspricht knapp einer Maestro-Karte pro Erwachsener) kann der Händler die Akzeptanz von Maestro nicht durch die Akzeptanz der Postfinance Card bzw. der M-Card substituieren.

170. Die Postfinance Card und die M-Card sind als sogenannte proprietäre 3-Parteien Debitkartensysteme ausgestaltet, während Maestro und V PAY 4-Parteien Lizenzsysteme sind. 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>181</sup> Wie bereits im Schlussbericht V PAY ausgeführt wurde, hat dies für den Händler zur Folge, dass er durch den Anschluss an eines der internationalen Debitkartensysteme auch ausländischen Kunden die bargeldlose Bezahlung ermöglicht, was bei der Postfinance Card und der M-Card nicht der Fall ist. Eine Substituierung der Akzeptanz von Maestro oder V PAY durch die beiden nationalen Debitkartensysteme ist diesbezüglich ausgeschlossen.

171. Schliesslich 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 für den Händler sehr ähnliche Produkteigenschaften, was für deren Austauschbarkeit

spricht. Jedoch verfügte V PAY zum Zeitpunkt des Missbrauchs von Multipay (vgl. hierzu unten Rz. 296 ff.) bis heute in der Schweiz über keine Marktanteile und wird deshalb im Folgenden nicht zum relevanten Markt gezählt, sondern allenfalls als potenzielle Konkurrenz in der Analyse berücksichtigt.

172. Aufgrund der obigen Erwägungen wird das **Maestro-Acquiring** als sachlich relevanter Markt abgegrenzt.

173. Bis zum Jahr 2006 verfügte in der Schweiz ausschliesslich Multipay über eine Maestro-Lizenz. Seit der Vergabe der Maestro-Lizenz an alle in der Schweiz aktiven Acquirer können alle Kreditkarten-Acquirer auch Debitkarten abwickeln und tun dies auch. Es könnte daher vorgebracht werden, dass bei den Kreditkarten unter anderem aufgrund des Dual Branding von Visa und MasterCard von einem gemeinsamen Markt ausgegangen wird, so dass bei einem "Triple Branding" von Visa, MasterCard und Maestro ebenfalls ein einheitlicher Markt abzugrenzen sei. Dies ist deshalb nicht zutreffend, weil zwischen den beiden Kreditkarten und Maestro für die Händler – wie bereits erwähnt – ein erheblicher Kostenunterschied besteht und kein "Blending" zwischen den beiden Kreditkarten und Maestro stattfindet. Allerdings wird unten aufgezeigt werden, dass Multipay selbst bei einer solchen weiten Marktabgrenzung (Acquiring für Maestro, Visa und MasterCard) über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

<sup>180</sup> RPW 2009/2, S. 122 ff.

<sup>181</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).

### B.3.2.1.1.2 Räumlich relevanter Markt

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

175. Die Weko hat im Fall "Kreditkarten/Interchange Fee" festgehalten, dass es sich aufgrund der geringen Bedeutung des Crossborder-Acquirings rechtfertigt, von einem nationalen Markt für den Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr auszugehen.<sup>182</sup> Gleichzeitig wird in diesem Entscheid die Bedeutung der räumlichen Markt- abgrenzung für das Acquiring-Geschäft relativiert. Für schweizerische Händler ist unerheblich, wo ein Acquirer domiziliert ist. Vielmehr ist entscheidend, welche Acquirer mit ihrem Angebot in der Schweiz aktiv sind.<sup>183</sup>

176. Wie bereits zum Zeitpunkt des Entscheides "Kreditkarten-Interchange Fee" sind in der Schweiz die beiden nationalen Acquirer Aduno und Multipay, sowie die beiden deutschen Acquirer B&S und Concardis aktiv. Die Marktsituation hat sich kaum verändert, so dass nach wie vor ein nationaler Markt unter Einbezug von B&S und ConCardis abzugrenzen ist.

177. Diese Praxis stimmt auch mit derjenigen der EU-Kommission überein, welche in aktuellen Entscheiden nach wie vor von nationalen Acquiringmärkten ausgeht.<sup>184</sup>

178. Die Erwägungen für die räumliche Markt- abgrenzung beim Kreditkarten-Acquiring können analog für das Debitkarten-Acquiring übernommen werden. Zumal alle Acquirer, welche in der Schweiz tätig sind, sowohl Debit- als auch Kreditkarten-Acquiring betreiben.

### B.3.2.1.1.3 Marktstellung

179. Nach der Abgrenzung der relevanten Acquiring- märkte gilt es nun zu prüfen, ob die Multipay eine markt- beherrschende Stellung auf diesen Märkten einnimmt. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

180. Für die Beurteilung, ob ein Unternehmen markt- beherrschend ist, sind die Situation der Konkurrenten (aktueller Wettbewerb), die Marktzutrittsschranken (potenzieller Wettbewerb) sowie die Stellung der Marktgegenseite zu analysieren.<sup>185</sup> Diese Praxis entspricht auch der neuesten Mitteilung der EU-Kommission, gemäss welcher folgende Faktoren zu prüfen sind: (1) der Wett- bewerbsdruck aufgrund bereits bestehender Lieferungen von vorhandenen Wettbewerbern und deren Markt- stellung (Marktstellung des marktbeherrschenden Unter- nehmens und seiner Wettbewerber); (2) der Wett- bewerbsdruck aufgrund der drohenden Expansion bereits vorhandener Wettbewerber oder des drohenden Markteintritts potenzieller Wettbewerber (Expansion und Markteintritt); und (3) der Wettbewerbsdruck aufgrund der Verhandlungsstärke der Abnehmer (Nachfrage- macht).<sup>186</sup>

### B.3.2.1.1.3.1 Kreditkarten-Acquiring

181. Die Marktstellung der Multipay im Bereich des Kre- ditkarten-Acquirings wurde im Jahr 2004 im Rahmen der Prüfung von vorsorglichen Massnahmen gegen die Mul- tipay im Fall "Cornè Banca SA/Telekurs AG" analy- siert.<sup>187</sup> Die Wettbewerbskommission gelangte damals aufgrund der hohen Marktanteile von Multipay sowie des Mangels an ernsthafter potenzieller Konkurrenz zum Ergebnis, es sei glaubhaft, dass Multipay auf dem rele- vanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfüge.<sup>188</sup>

182. In der Untersuchung "Kreditkarten/Interchange Fee" wurde die Marktstellung von Multipay im Bereich des Kreditkarten-Acquiring ebenfalls geprüft. Da es sich in diesem Fall um eine Untersuchung wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG handelte, wurde nicht darüber befunden, ob Multipay über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Es wurde aber festgehalten, dass die hohen Marktanteile auf eine do- minante Stellung der Multipay im Kreditkarten-Acquiring hindeuten.<sup>189</sup>

#### a. Aktueller Wettbewerb

##### aa. Analyse der Marktstruktur

183. Ein aufschlussreicher Indikator für die Marktstruktur und die relative Bedeutung der auf dem Markt tätigen Unternehmen sind die Marktanteile. Allgemein gilt: Je höher der Marktanteil eines Unternehmens und je länger dieser Marktanteil gehalten wird, desto wahrscheinlicher liegt eine marktbeherrschende Stellung vor.<sup>190</sup>

<sup>182</sup> RPW 2006/1, S. 91, Rz. 194 ff.

<sup>183</sup> RPW 2006/1, S. 91, Rz. 200.

<sup>184</sup> Entscheid der EU-Kommission vom 3. Oktober 2007 i.S. Morgan Stanley/Visa International and Visa Europe (COMP/37.860), S. 18 ff., Rz. 59 ff. (Unternehmenszusammenschluss) unter Hinweis auf die nach wie vor geringe Bedeutung des Crossborder-Acquirings sowie auf nationale Unterschiede im Acquiringgeschäft (technischer Natur, z.B. bei der Autorisierung der Transaktion oder bei den Konditionen, z.B. müssen in einigen Ländern die Händler die Terminals kaufen [so wie in der Schweiz], während in anderen Ländern die Terminals im Eigentum des Acquirers stehen, was sich dann auf die Höhe der Kommissionen auswirkt). Vgl. weiter den Entscheid der EU-Kommission vom 19. Dezember 2007 i.S. MasterCard (COMP/34.579), S. 94 ff. (insb. Rz. 329).

<sup>185</sup> Vgl. RPW 2008/3, S. 395, Rz. 106; RPW 2006/4, S. 640, Rz. 91; RPW 2004/3, S. 882 f. Ziff. 4.4.

<sup>186</sup> Vgl. Mitteilung der EU-Kommission vom 9.2.2009: "Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen.", S. 6 ff.; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:DE:PDF> (nachfolgend: *Mitteilung zu Art. 82 EGV*; 29.11.2010). Dieselben Kriterien finden sich auch in den Recommended Practices des ICN aus dem Jahr zu "Dominance/Substantial Market Power Analysis pursuant to Unilateral Conduct Laws" ([www.internationalcompetitionnetwork.org/ulploads/library/doc317.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/ulploads/library/doc317.pdf); 29.11.2010).

<sup>187</sup> RPW 2004/4, S. 1002 ff.

<sup>188</sup> RPW 2004/4, S. 1009 ff., Rz. 36 ff. (insbes. Rz. 47).

<sup>189</sup> RPW 2006/1, S. 95, Rz. 243.

<sup>190</sup> Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 13 und 15; vgl. auch CHRISTOPH LÜSCHER, Kleines Glossar der Fehlvorstellungen über Marktbeherrschung, deren Missbrauch und Rechtfertigung, in: Jusletter vom 2. November 2009, Rz. 32.

184. Zwar ist der Marktanteil i.d.R. nur ein Indiz, welches bei der Frage der Marktbeherrschung zu berücksichtigen ist.<sup>191</sup> Sehr hohe Marktanteile führen jedoch in der internationalen Praxis oftmals zu einer Vermutung für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. In der europäischen Praxis wird bei einem Marktanteil von mehr als 50 % – sofern nicht ausserordentliche Umstände vorliegen – von einer marktbeherrschenden Stellung ausgegangen.<sup>192</sup> Auch gemäss der früheren REKOWEF bildet ein Marktanteil von 50 % die "kritische Schwelle".<sup>193</sup>

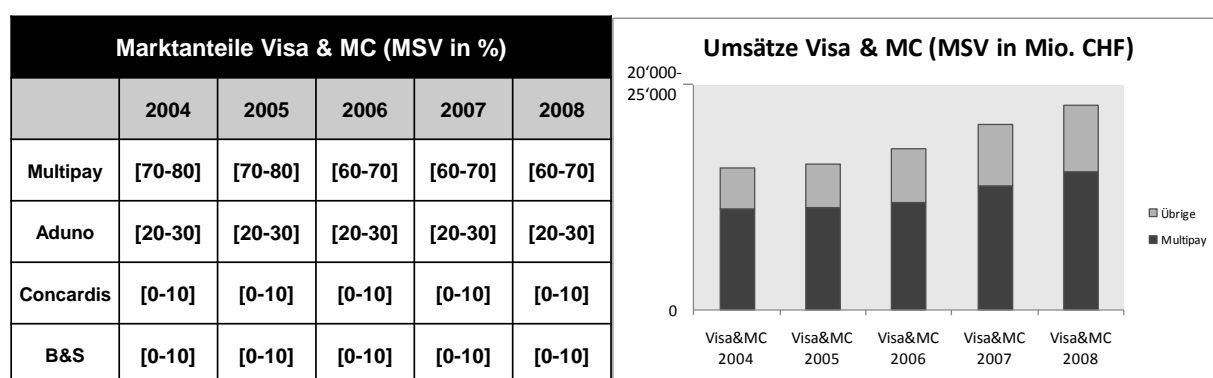
185. Aussagekräftig ist nicht nur die absolute Höhe der Marktanteile, sondern insbesondere auch, wie hoch die Marktanteile im Verhältnis zu den Marktanteilen der

Konkurrenten sind. Je grösser der Marktanteil eines Unternehmens im Verhältnis zu demjenigen seines nächstgrösseren Konkurrenten ist, desto wahrscheinlicher ist eine marktbeherrschende Stellung.<sup>194</sup>

186. Schliesslich ist von Bedeutung, wie sich die Marktanteile entwickelt haben. Werden hohe Marktanteile über eine längere Zeit gehalten (Dauerhaftigkeit, "persistence"), so spricht dies für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung.<sup>195</sup>

187. Die folgende Grafik zeigt die Marktanteile und deren Entwicklung auf dem relevanten Markt für das Kreditkarten-Acquiring von Visa und MasterCard gemessen an den Umsätzen (sog. Merchant Service Volume, MSV) seit 2004:

**Abbildung 9: Marktanteile und Umsätze der Acquirer für Visa und MasterCard (2004–2008)<sup>196</sup>**



Quelle: Sekretariat der Wettbewerbskommission

188. Die Grafiken verdeutlichen folgende Punkte:

- Der Marktanteil von Multipay im Jahr 2008 von [60–70] % (bzw. [60-70] % im Jahr 2006) ist absolut betrachtet sehr hoch und überschreitet deutlich die Grenze von 50 %, welche gemäss europäischer Praxis als Beweis für eine marktbeherrschende Stellung gilt (sofern nicht ausserordentliche Umstände vorliegen).
- Der Marktanteil von Multipay ist auch im Verhältnis zu seinen Mitbewerbern gross. Der grösste Konkurrent Aduno kommt im Jahr 2008 lediglich auf [20–30] % Marktanteil. Der Marktanteil der Multipay liegt damit rund [2-3] Mal höher als derjenige des nächsten Konkurrenten. Daneben sind nur noch zwei weitere Acquirer tätig, welche gemeinsam einen Marktanteil von nur rund [0–10] % auf sich vereinigen können.
- Der Marktanteil von Multipay ist über eine längere Zeitdauer, d.h. seit 4 Jahren bzw. dem Jahr 2004 stabil auf einem hohen Niveau von rund [60–70] % geblieben. Aus dem Verfahren "Cornèr Banca SA/Telekurs" lässt sich entnehmen, dass dieser hohe Marktanteil bereits im Jahr 2003 mit der Übernahme des Visa-Acquiringgeschäfts von der UBS Card Solutions entstanden ist. Der sich aus der Übernahme ergebende Marktanteil wurde von der Weko auf 60–80 % geschätzt.<sup>197</sup>

- Die Entwicklung der Umsätze für Visa und MasterCard zeigt auf, dass Multipay in den letzten vier Jahren ihre Umsätze kontinuierlich steigern konnte. Dies deutet darauf hin, dass die Umsätze, welche die Crossborder-Acquirer ConCardis und B&S aufbauen konnten, nicht zulasten des Umsatzes von Multipay erfolgt sind, sondern eher auf eine Expansion des Gesamtvolumens zurückzuführen sind.

189. Aufgrund der absoluten und relativen Marktanteile sowie der Marktanteilsentwicklung ist von einer marktbeherrschenden Stellung der Multipay auszugehen, sofern sich in der nachfolgenden Analyse nicht noch ausserordentliche Umstände ergeben, welche gegen diese Feststellung sprechen.

<sup>191</sup> Vgl. BGE 130 II 449 E. 5.7.2.

<sup>192</sup> Vgl. RPW 2006/2, S. 253 f., Rz. 57; DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, S. 11, Rz. 31 (<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>; 29.11.2010); EVELYNE CLERC, in: Droit de la Concurrence, Commentaire romand, Pierre Tercier/Christian Bovet (Hrsg.), Art. 4 al 2 LCart N 111 und 113; je mit Nachweisen.

<sup>193</sup> RPW 1999/4, S. 642 E. 5.1.2.; vgl. auch BORER (FN 115), Art. 4 N 20.

<sup>194</sup> Vgl. RPW 2006/2, S. 253 f., Rz. 57; RPW 2001/1, S. 101 f., Rz. 37.

<sup>195</sup> Vgl. RPW 2001/1, S. 101 f., Rz. 37; Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 13 und 15; LÜSCHER (FN 190), Rz. 32.

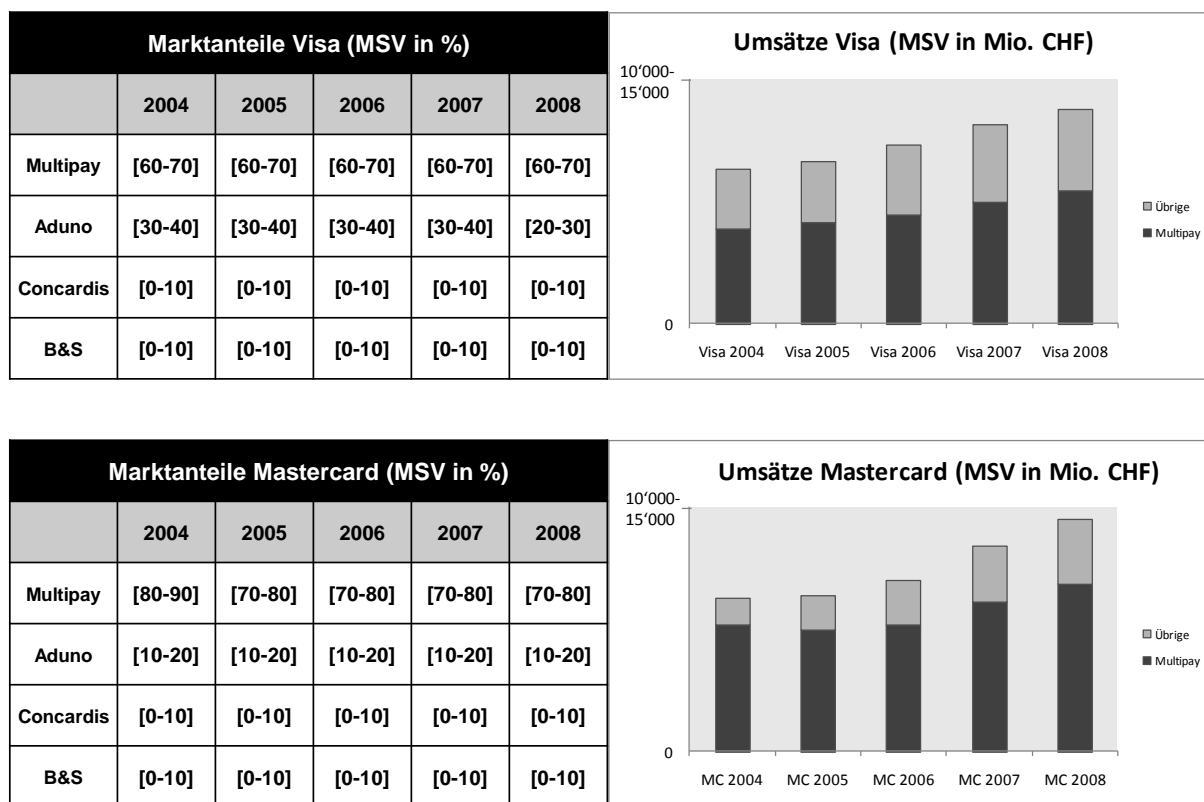
<sup>196</sup> Zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse werden die drei Acquirer Aduno, ConCardis und B&S in der Grafik aggregiert und als "Übrige" dargestellt.

<sup>197</sup> RPW 2004/4, S. 1010, Rz. 39 f.

190. Selbst wenn – entsprechend der Rechtsprechung der REKO/WEF (vgl. oben Rz. 144) –, für die einzelnen Kreditkartentypen Visa und MasterCard separate Märkte abgegrenzt würden, würde sich an der obigen Analyse

im Ergebnis nichts ändern. In den nachfolgenden Abbildungen werden die Marktanteile von Multipay im Kreditkarten-Acquiring getrennt für Visa und Mastercard von 2004 – 2008 ausgewiesen:

**Abbildung 10: Marktanteile und Umsätze der Acquirer getrennt für Visa und Mastercard (2004–2008)**



Quelle: Sekretariat der Wettbewerbskommission

191. Die Multipay verfügte im Jahr 2008 im VISA-Acquiring über einen Marktanteil von [60–70] % (bzw. [60–70] % im Jahr 2006), während der Marktanteil von Aduno [20–30] % (bzw. [30–40] % im Jahr 2006) betrug. Demgegenüber lag im MasterCard-Acquiring der Marktanteil von Multipay im Jahr 2008 mit [70–80] % (2006: [70–80] %) wesentlich höher als bei Visa, wobei der Marktanteil von Aduno bei Mastercard rund [10–20] % (2006: [10–20] %) ausmachte.

192. Wie obige Grafiken zeigen, hat sich an den Marktanteilen und deren Verteilung über die Zeit nicht viel geändert. Im Visa-Acquiring sind die Marktanteile von Multipay bei rund [60–70] % beinahe konstant geblieben. Gegenüber dem Visa-Acquiring verfügt Multipay im Mastercard-Acquiring über einen höheren Marktanteil, welcher jedoch seit 2004 von [80–90] % auf [70–80] % gesunken ist. Allgemein verweilen die Marktanteile von Multipay sowohl bei Visa als auch bei Mastercard bis heute auf sehr hohem Niveau.

193. Würden separate Märkte für das Mastercard- und das Visa-Acquiring abgegrenzt, so wäre in beiden Märkten aufgrund der hohen absoluten und relativen Marktanteile sowie der Marktanteilsentwicklung gemäss der gängigen Praxis (vgl. Rz. 184) von einer marktbeherrschenden Stellung der Multipay auszugehen. Es spielt daher für die Beurteilung der Marktstruktur keine Rolle,

ob getrennte Märkte oder ein gemeinsamer Markt abgegrenzt wird.

194. Die Parteien machen in ihrer Stellungnahme eine andere Entwicklung der Marktanteile geltend, indem sie den Anteil von Multipay am "Gesamtmarkt Kredit" gemäss dem Statistischen Monatsheft der Schweizerischen Nationalbank eruierten (2004: 60 %, 2005: 57 %, 2006/2007/2008: 55 %, 2009: 54 %). Die Zahlen der SNB beziehen sich auf alle Kreditkarten, d.h. auch auf Diners und American Express. Diese 3-Parteien-Systeme sind aber nicht demselben Markt zuzuordnen wie die 4-Parteien-Systeme Visa und MasterCard (vgl. oben Rz. 152 ff.). Die Zahlen der SNB sind daher im vorliegenden Fall weniger aussagekräftig als die durch das Sekretariat bei den Acquirern erhobenen Daten.

#### **bb. Analyse der Expansionshindernisse**

195. Wettbewerb ist ein dynamischer Prozess, so dass bei der Beurteilung des auf ein Unternehmen ausgeübten Wettbewerbsdrucks auch die einer Expansion der bestehenden Wettbewerber entgegenstehenden Elemente (Expansionshindernisse) eine Rolle spielen können.<sup>198</sup>

<sup>198</sup> Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 16.

196. Expansionshindernisse können verschiedenste Formen haben. Es kann sich um rechtliche Hindernisse handeln, aber auch um Vorteile, die besonders dem marktbeherrschenden Unternehmen zu Gute kommen (z.B. Grössen- und Verbundvorteile, bevorzugter Zugang zu Inputs und Rohstoffen, Kontrolle über wichtige Technologien oder ein etabliertes Vertriebs- und Absatznetz). Auch Kosten und andere Hemmnisse, die Abnehmer in Kauf nehmen müssen, wenn sie zu einem neuen Lieferanten wechseln (sog. "Switching Costs"), stellen Expansions- bzw. Markteintrittshindernisse dar. Das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens selbst kann ebenfalls ein Expansionshindernis darstellen, unter anderem dann, wenn das marktbeherrschende Unternehmen erhebliche Investitionen getätigt hat, mit denen die Wettbewerber mithalten müssten, oder wenn die vom marktbeherrschenden Unternehmen mit seinen Abnehmern geschlossenen langfristigen Verträge zu einer spürbaren Marktverschliessung führen. Anhaltend hohe Marktanteile können auf die Existenz von Expansionshindernissen hindeuten.<sup>199</sup>

197. Bei den aufgeführten Beispielen für Expansionshindernisse handelt es sich nicht um ein Prüfungsraster, welches systematisch angewendet werden muss. Nachfolgend wird daher nur auf diejenigen Elemente eingegangen, welche im vorliegenden Fall Expansionshindernisse darstellen und die starke Marktstellung gegenüber den Konkurrenten zusätzlich stützen können:

198. **Economies of scale (Grössenvorteile):** Grössenvorteile entstehen, wenn die Durchschnittskosten der Produktion mit steigender Stückzahl sinken. Dies ist generell bei Gütern der Fall, deren Produktion verglichen mit den variablen Kosten hohe Fixkosten verursacht.<sup>200</sup> Grössenvorteile sind einer der wichtigsten Gründe, die zu einer Marktkonzentration führen.<sup>201</sup> Das Acquiring-Geschäft gilt als ein Volumengeschäft, in dem Grössenvorteile eine wichtige Rolle spielen. Die Acquirer weisen relativ hohe Fixkosten aus (etwa für die Infrastruktur), aufgrund der elektronischen Verarbeitung der Transaktionen sind hingegen die Kosten pro Transaktion tief.<sup>202</sup> Als Folge der Bedeutung der Grössenvorteile im Acquiring ist sowohl in den USA<sup>203</sup> als auch in Europa<sup>204</sup> eine Konsolidierung zu beobachten. Werden die Marktanteile der Acquirer nicht wie in den obigen Grafiken aufgrund der Transaktionsvolumen in CHF sondern aufgrund der Anzahl Transaktionen mit Visa und MasterCard berechnet, so sind die Marktanteile der Multipay sogar noch höher, nämlich [70–80] % im Jahr 2008 bzw. [70–80] % im Jahr 2006.

199. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme vor, Multipay sowie die Card Solutions als Acquiring-Processor seien auf europäischer Ebene kleine Wettbewerber und könnten gerade nicht im gleichen Umfang wie die Konkurrenz von den behaupteten Einsparungen profitieren. Sie verweisen dabei auf einen internationalen Vergleich der grössten europäischen Acquirer in Europa. In diesem Vergleich belegt Multipay den Rang 22 (von 75). B&S folgt auf Rang 29, ConCardis auf Rang 36 und Aduno auf Rang 42. Die Nachrangigkeit von B&S und ConCardis sei zu relativieren, verfügten sie doch über wesentlich mehr Händler und POS-Terminals als Multipay.

200. Aus den oben dargelegten Gründen ist der Acquiringmarkt für Visa und Mastercard-Kreditkarten national abzugrenzen. Die Marktstellung von Multipay im europäischen Vergleich spielt daher vorliegend keine Rolle. Auf dem Schweizer Markt verfügt Multipay über klare Grössenvorteile gegenüber den anderen auf diesem Markt tätigen Konkurrenten Aduno, B&S und ConCardis.

201. **Economies of scope (Verbundvorteile):** Verbundvorteile liegen dann vor, wenn zwei oder mehr Produkte gemeinsam zu niedrigeren Kosten produziert werden können als getrennt voneinander.<sup>205</sup> Dies ist etwa dann der Fall, wenn für die einzelnen Produkte auf gemeinsame Ressourcen (z.B. Produktionsanlagen, Technologien, Vertriebskanäle u.ä.) zurückgegriffen werden kann. Im Acquiring können Verbundvorteile erzielt werden, wenn gleichzeitig mehrere Zahlkarten angeboten werden, denn der Aufwand bei der Händlernaquisition ist de facto derselbe, gleichgültig ob der Acquiringvertrag nur bezüglich einer oder gleich mehrerer Zahlkarten abgeschlossen wird.<sup>206</sup> Die Multipay bietet den Händlern in ihren Acquiringverträgen die Möglichkeit an, durch schlichtes Ankreuzen ein ganzes Bündel von Zahlkarten zu wählen (MasterCard- und Visa-Kreditkarten, Maestro, Visa Electron, V Pay und CASH).<sup>207</sup> Zudem profitiert SIX

<sup>199</sup> Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 17.

<sup>200</sup> Vgl. Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S. 14; Cards 06 (FN 177), S. 28 ff. Vgl. aus der ökonomischen Literatur JEAN TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, 1988, Thirteenth printing, 2002, S. 16-18; W.J. BAUMOL/J.C. PANZAR/R.D. WILLIG, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, HBJ, New York, 1982, S. 21 f.; ANDREU MAS-COLELL/MICHAEL D. WHINSTON/JERRY R. GREEN, *Microeconomic Theory*, Oxford, 1995, S. 570.

<sup>201</sup> Vgl. KIP VISCUSI/JOHN VERNON/JOSEPH HARRINGTON, *Economics of Regulation and Antitrust*, 3. Aufl., MIT Press, 2000, S. 150.

<sup>202</sup> Vgl. zum Ganzen ANN KJOS, *The Merchant-Acquiring Side of the Payment Card Industry: Structure, Operations, and Challenges*, Discussion Paper of the Payment Cards Center of the Federal Reserve Bank of Philadelphia, 2007 ([www.philadelphiafed.org/payment-cards-center/publications/discussion-papers/2007/D2007OctoberMerchantAcquiring.pdf](http://www.philadelphiafed.org/payment-cards-center/publications/discussion-papers/2007/D2007OctoberMerchantAcquiring.pdf), 29.11.2010), S. 8 ff., welche die Scale Economies als eine "Key Characteristic" des Acquiring-Geschäfts bezeichnet. In der Cards 06 (FN 177), S. 31, wird darauf hingewiesen, dass bei der Händlerakquisition Economies of Scale eine untergeordnete Rolle spielen, da mit jedem potenziellen Vertragspartner neu verhandelt werden müsse. Hingegen sind die Grössenvorteile beim Processing relevant (S. 31 f.). Die Multipay hat das Processing konzernintern an die Card Solutions ausgelagert. Dies ist jedoch für die vorliegende Beurteilung nicht von Bedeutung, da die Kosten des Processings der Card Solutions durch die Multipay an die Händler weitergegeben werden.

<sup>203</sup> Vgl. KJOS (FN 202), S. 11 ff.

<sup>204</sup> Eine ausführliche Liste der Konsolidierung im Acquiring in Europa findet sich in act. no 103, S. 17 ff.

<sup>205</sup> Vgl. Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S. 14; Cards 06 (FN 177), S. 30 f. Vgl. aus der ökonomischen Literatur JEAN TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, 1988, Thirteenth printing, 2002, S. 16 - 17 und 20; JOHN PANZAR/ROBERT WILLIG, *Economies of Scope*, *American Economic Review*, 1981, Vol. 71, No. 2, S. 268 ff.

<sup>206</sup> Vgl. Cards 06 (FN 177), 30 f.

<sup>207</sup> Vgl. act. no 103, Beilage 2. Seit April 2008 bietet Multipay auch noch die Akzeptanz von JCB und seit dem 1. Januar 2010 von Diners Club Card und Discover Card an, vgl. [www.telekurs-multi-pay.com/de/tkmpch\\_index/tkmpch\\_home/tkmpch\\_acceptance/c.htm](http://www.telekurs-multi-pay.com/de/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_acceptance/c.htm) (29.11.2010).

von weiteren Verbundvorteilen, da sie durch ihre vertikale Integration das Acquiring (Multipay) und den Terminal (Card Solutions) aus einer Hand anbieten kann.<sup>208</sup> Schliesslich wird auch die DCC-Funktion gleichzeitig angeboten.<sup>209</sup>

202. Multipay wirbt gegenüber den Händlern u.a. mit den Vorteilen, welche es für diese hat, alle Dienstleistungen aus einer Hand zu beziehen (z.B. die einfache Administration für den Händler, "dank kombinierter Vergütungsanzeige bzw. Gutschrift für alle eingelieferten Zahlungen und alle Produkte"<sup>210</sup>). Bereits im Kreditkartenentscheid wurde darauf hingewiesen, dass es die Händler für vorteilhaft erachten, einen einzigen Ansprechpartner zu haben.<sup>211</sup> Dies lässt sich auch daraus ersehen, dass in den Jahren 2006 bis 2008 rund [80–90] % der Business Partner von Multipay gleichzeitig über einen Acquiringvertrag für Kredit- und Debitkarten verfügten. Dieser Umstand ist auch deshalb von Bedeutung, weil Multipay bis zum Jahr 2005 im Debitkartenacquiring über eine Exklusivlizenz für ec-direct (heute Maestro) innehatte und auch heute noch über einen aussergewöhnlich hohen Marktanteil von rund [85–95] % verfügt (vgl. unten Rz. 232 ff.). Dies ist ein klarer (historisch bedingter) Vor-

teil gegenüber den anderen Acquirern, da Multipay aufgrund der möglichen Bündelung von Maestro mit Kreditkarten ein grosses bzw. transaktionsstarkes Kundennetz aufbauen konnte (etabliertes Absatznetz, vgl. hierzu ausführlich unten Rz.236 ff.). Die Bedeutung der Economies of scope im Acquiring und generell im Zahlkartengeschäft ist daran ersichtlich, dass auch die anderen Acquirer versuchen ein möglichst breites Angebot anzubieten. So hat die Aduno im Jahr 2007 die Commtrain Card Solutions AG, den Vertreter der Hypercom Terminals in der Schweiz, übernommen und bietet seither ebenfalls gleichzeitig Acquiringdienstleistungen und Terminals an.<sup>212</sup> Heute versuchen damit alle Acquirer Verbundvorteile zu nutzen. Diese Entwicklung befindet sich aber noch in einer Anfangsphase und der Abstand zu Multipay, welche bis zum Jahr 2005 exklusive Verbundvorteile nutzen konnte, ist immer noch sehr gross. Im Jahr 2008 haben bei der Aduno nur [10–20] % aller Business-Partner einen Acquiring-Vertrag für Kredit- und für Debitkarten abgeschlossen.

203. **Langfristige Verträge.** Aus der nachfolgenden Tabelle geht die Laufzeit der Acquiringverträge der Multipay für die Jahre 2004 bis 2009 hervor:

**Tabelle 2: Laufzeit der Acquiringverträge von Multipay (2004–2009)**

Laufzeit in Jahren	2004	2005	2006	2007	2008	2009
1	20–30 %	10–20 %	0–10 %	0–10 %	0–10 %	0–10 %
2	10–20 %	10–20 %	0–10 %	0–10 %	0–10 %	0–10 %
3	10–20 %	10–20 %	20–30 %	20–30 %	20–30 %	10–20 %
4	10–20 %	10–20 %	20–30 %	10–20 %	10–20 %	10–20 %
> 4	30–40 %	30–40 %	40–50 %	50–60 %	50–60 %	50–60 %

204. Der Tabelle lassen sich einige aufschlussreiche Informationen entnehmen. Bereits im Jahr 2004 verfügten mehr als die Hälfte der Händler über einen Vertrag mit einer Laufzeit von 4 oder mehr Jahren. Allerdings verfügten im Jahr 2005 immerhin noch [10–20] % der Händler über einen einjährigen Vertrag und [10–20] % über einen zweijährigen. Im Jahr 2006 kam es zu einer starken Umverteilung. Weniger als [0–10] % der Händler verfügte noch über einen einjährigen Vertrag. Bis heute sind kaum mehr Händler mit einem einjährigen Vertrag vorhanden. Demgegenüber ist die Anzahl Händler, welche über einen Vertrag von 4 oder mehr Jahren verfügen, im Jahr 2006 auf [60–70] % hochgeschwungen und heute verfügen [70–80] % der Händler über einen solchen langfristigen Vertrag mit Multipay. Das Ausmass des Wechsels vom Jahr 2005 auf das Jahr 2006 lässt auf eine bewusste Strategie der Multipay schliessen. Die Parteien haben darauf hingewiesen, dass die Verträge zwar über Laufzeiten von mehreren Jahren verfügen würden, aber keine Exklusivitätsbindung bestehe. Dies führe dazu, dass die Händler jederzeit (auch vor Ablauf der Laufzeit des Vertrages mit Multipay) einen neuen Acquiring-Vertrag mit einem konkurrierenden Acquirer abschliessen könnten. Die Standardverträge der Multipay würden keinen Zwang vorsehen, dass die Leistungen effektiv gebraucht würden und es finde lediglich eine

<sup>208</sup> So findet sich etwa das Vertragsmodul "Terminal-Miete" direkt auf dem Acquiringvertrag; vgl. act. no 103, Beilage 2. Vgl. auch die Website von Multipay, auf welcher für die Terminals der Card Solutions erworben und festgehalten wird: "Sie können Ihr Terminal kaufen oder mieten. Wenn Sie einen Akzeptanzvertrag für Kredit- oder Debitkarten abschliessen, überlassen wir Ihnen ein sicheres EMV/ep2-Terminal der neusten Generation zu einer attraktiven Monatsmiete" ([www.six-multipay.com/de/tkmpch\\_index/tkmpch\\_home/tkmpch\\_customerservice/tkmpch\\_customerservice\\_terminals.htm](http://www.six-multipay.com/de/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_customerservice/tkmpch_customerservice_terminals.htm); 29.11.2010).

<sup>209</sup> Vgl. act. no 103, Beilage 2.

<sup>210</sup> Vgl. [www.six-multipay.com/DE/tkmpch\\_index/tkmpch\\_home/tkmpch\\_acceptance/tkmpch\\_acceptance\\_advantages.htm](http://www.six-multipay.com/DE/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_acceptance/tkmpch_acceptance_advantages.htm) (29.11.2010).

<sup>211</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 96, Rz. 246.

<sup>212</sup> Vgl. Website der Aduno: <http://www.aduno.ch/de/produkteleistungen/default.aspx> (29.11.2010).

Zahlung von Diensten statt, die auch bezogen würden. Daher könne die Laufzeit der Verträge nicht wie im Antrag ausgeführt als "erhebliches Expansionshindernis" bezeichnet werden. Der Einwand der Parteien hat eine gewisse Berechtigung: wenn keine Exklusivitätsbindung besteht, so kann ein Händler grundsätzlich auch vor Ablauf der Laufzeit des Vertrages mit Multipay den Acquirer wechseln. Die Laufzeit der Verträge stellt daher wohl kein erhebliches Expansionshindernis dar. Es kann aber nicht so weit gegangen werden, der Laufzeit der Verträge jegliche Bedeutung abzusprechen. Die Bereitschaft einen neuen Vertrag mit einem anderen Acquirer zu schliessen, kann durchaus durch den Umstand beeinflusst werden, dass bereits ein gültiger Vertrag bezüglich derselben Dienstleistung besteht.

205. "**Abhängigkeitsverhältnisse**": Im Kreditkartenentscheid wurde festgehalten, dass die [ausländischen] Acquirer aufgrund unterschiedlicher Terminalprotokolle in der Schweiz und in Deutschland von der Routing-Funktion der Card Solutions abhängig sind.<sup>213</sup> Multipay hat darauf hingewiesen, dass mit der Einführung des ep2-Standards für keinen Acquirer eine technische Abhängigkeit von der Card Solutions bestehe und dass unabhängige Anbieter von Routingdienstleistungen auf dem Markt tätig seien. Zumindest faktisch war die disziplinierende Wirkung wichtiger Konkurrenten dennoch lange Zeit dadurch eingeschränkt, dass sie für das Acquiring teilweise Leistungen der Card Solutions, dem Schwesterunternehmen der Multipay, bezogen haben bzw. noch beziehen. So bestanden während langer Zeit und bestehen teilweise immer noch Routing- und Konvertierungs-Verträge zwischen [Name Acquirer<sup>214</sup>] und der Card Solutions.<sup>215</sup> [Name Acquirer] hat zudem auch für die DCC-Funktion im Jahr 2007 mehrere Vereinbarungen mit der Card Solutions abgeschlossen.<sup>216</sup> Erst im August 2009 hat [Name Acquirer] beschlossen, das Routing an den unabhängigen Anbieter Datatrans zu übertragen. [...]. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass die Card Solutions auf dem benachbarten Terminalmarkt (vgl. unten Rz. 251 ff.) über eine starke Stellung verfügt. Dies führt dazu, dass es für die anderen Acquirer auch in diesem Bereich von Bedeutung ist, dass die faktische Zusammenarbeit mit der SIX-Gruppe funktioniert (z.B. bei der Aufschaltung von Card-Solutions-Terminals).

206. Die Parteien führen in ihrer Stellungnahme aus, es handle sich hier lediglich um den Umstand, dass einzelne Acquirer nicht eigenständig die entsprechenden technischen Protokolle umsetzen wollten. Diese Acquirer hätten eine betriebswirtschaftliche "Make or Buy"-Entscheidung getroffen und seien zur Auffassung gelangt, dass die entsprechenden Dienstleistungen von Card Solutions kostengünstiger seien.

207. Die Argumente der Parteien vermögen den Umstand nicht zu entkräften, dass [Name Acquirer] und [Name Acquirer] zur Erbringung ihrer Acquiringdienstleistungen in der Schweiz tatsächlich Routing- und Konvertierungsverträge abgeschlossen haben. Dies deutet darauf hin, dass es für die beiden Acquirer [Name Acquirer] und [Name Acquirer] offenbar betriebswirtschaftlich keine Option war, einen autonomen Markteintritt ("Make"-Entscheid), d.h. einen Markteintritt ohne Inanspruchnahme der Dienstleistungen der Card

Solutions, zu tätigen. Die beobachteten Routing- und Konvertierungsverträgen können als Indiz für das Bestehen von strukturellen Markteintrittsbarrieren gewertet werden, welche – jedenfalls zum damaligen Zeitpunkt – nur über eine Kooperation mit Card Solutions in betriebswirtschaftlich sinnvoller Weise überwunden werden konnten ("Buy"-Entscheid).

208. [...].

### cc. Analyse der Unternehmensstruktur

209. Neben der Analyse der Marktstruktur und der Expansionshindernisse kann im Rahmen einer *Unternehmensstrukturanalyse* zusätzlich geprüft werden, ob Merkmale und Eigenschaften des untersuchten Unternehmens für eine marktbeherrschende Stellung sprechen (z.B. technologischer/kommerzieller Vorsprung, vertikale Integration, Finanzkraft, Kontrolle über eine nicht duplizierbare Infrastruktur, Markentreue, etc.).<sup>217</sup>

210. Im vorliegenden Fall ist sicher die *Integration* der Multipay in den SIX-Konzern zu beachten. Die SIX ist nicht nur – wie bereits im Zusammenhang mit den Verbundvorteilen beschrieben – durch die Multipay im Acquiring und durch die Card Solutions im Issuing-Processing sowie auf dem Terminalmarkt stark vertreten, sondern auch auf benachbarten Märkten aktiv, etwa die Card Solutions im Bereich E-Payment mit dem Produkt Saferpay<sup>218</sup>, oder die SIX Multi Solutions in den Bereichen Mobile Voucher, Mobile Buy und Mobile Coupon sowie Giftcards.<sup>219</sup> Die SIX-Group hat gezielt Unternehmen gekauft, welche ihre Dienstleistungen im Zahlkartengeschäft erweitern oder ergänzen und damit ihre Marktstellung festigen. So hat die Card Solutions im Jahr 2007 von Carus das Produkt cCredit gekauft und die schweizerische Vertriebsgesellschaft Carus Retail Information Technology übernommen. Das Software-Produkt cCredit ist in Europa führend im Bereich der kassenintegrierten Zahlungslösungen, es handelt sich dabei um eine software-basierte Transaktionsplattform für die sichere und effiziente Übertragung von Kartenzahltransaktionen.<sup>220</sup> Im Jahr 2007 wurde zudem die 3C-Gruppe von der Card Solutions übernommen. Die 3C-Gruppe ist ein Payment Service Provider, der insbesondere Zahlungslösungen mit Zahlkarten in den Bereichen Hotel/Gastronomie, Parking und eCommerce anbietet.

<sup>213</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 96, Rz. 247.

<sup>214</sup> Der Umfang der Dienstleistungen für [...] ist allerdings sehr gering, so dass bezüglich diesem Wettbewerber auch nicht von einer "faktischen Abhängigkeit" auszugehen ist.

<sup>215</sup> Vgl. act. no 103, Beilage 3a, 3f, 3i; act. no 100; act. no 108 und 109.

<sup>216</sup> Vgl. act. no 151, Beilagen 1–4.

<sup>217</sup> Vgl. MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basel 2010, Art. 4 Abs. 2 N 345 ff.; RPW 2008/1, S. 226, Rz. 40.

<sup>218</sup> Gemäss Card Solutions hat das Produkt Saferpay im deutschsprachigen Europa den Standard für E-Payment-Lösungen gesetzt, vgl. <http://saferpay.six-card-solutions.com/de/offers/e-payment/Pages/default.aspx> (29.11.2010).

<sup>219</sup> Vgl. [www.six-multi-solutions.com](http://www.six-multi-solutions.com) (29.11.2010).

<sup>220</sup> Vgl. Informationsschreiben der Card Solutions an das Sekretariat vom 16. Februar 2007; vgl. auch [www.six-card-solutions.com/DE/Downloadcenter/SCA/Medienmitteilung-2007-02-de.pdf](http://www.six-card-solutions.com/DE/Downloadcenter/SCA/Medienmitteilung-2007-02-de.pdf) (29.11.2010).

Das Angebot richtet sich insbesondere an international tätige Merchants.<sup>221</sup> Der SIX-Konzern deckt darüber hinaus die ganze Wertschöpfungskette der Finanzplatzinfrastruktur ab – vom Wertschriftenhandel über die Wertschriftendienstleistungen bis hin zu Finanzinformationen und zum Zahlungsverkehr.<sup>222</sup>

211. Die SIX Gruppe hat im Geschäftsjahr 2008 einen Betriebsertrag von CHF 1347,9 Mio. sowie einen Konzerngewinn von CHF 306,1 Mio. erwirtschaftet. Das Eigenkapital betrug rund CHF 1717,4 Mio.<sup>223</sup> Im schwierigeren ersten Halbjahr 2009 (Finanzkrise) erwirtschaftete die SIX Gruppe einen Geschäftsertrag von CHF 625,7 Mio., einen Gewinn von CHF 127,2 Mio. Das Eigenkapital betrug CHF 1'708 Mio.<sup>224</sup> Die SIX Gruppe verfügt damit über eine erhebliche *Finanzkraft*, welche bei den Wettbewerbern der Multipay nicht im gleichen Masse vorhanden ist (zum Vergleich: die Aduno-Gruppe erwirtschaftete im ersten Halbjahr 2009 ein Betriebsergebnis von CHF 40,5 Mio.<sup>225</sup>). Diese Finanzkraft kann der Multipay Verhaltensspielräume im Hinblick auf Wettbewerbsparameter wie Preis, Werbung und Kapazität eröffnen.<sup>226</sup>

212. Die Parteien machen in ihrer Stellungnahme geltend, zum Zeitpunkt des vorgeworfenen Verhaltens habe Multipay noch nicht zur SIX Gruppe gehört, weshalb die entsprechenden spekulativen Ausführungen irrelevant seien. Abgesehen davon könne nicht aus dem Umstand, dass die SIX Gruppe erfolgreich sei, abgeleitet werden, dass sich Multipay finanziell unabhängig verhalten könne.

213. Den Parteien ist entgegen zu halten, dass die vorliegende Verfügung nicht nur die Marktstellung zum Zeitpunkt des missbräuchlichen Verhaltens betrifft sondern auch die aktuelle Marktstellung. Die Ausführungen zur heutigen Faktenlage sind daher nicht irrelevant.

214. Für den Zeitpunkt der missbräuchlichen Verhaltensweise (vgl. unten Rz. 296 ff.) kann ergänzt werden, dass Multipay damals Teil der Telekurs Group war (so wie auch die Card Solutions und die Telekurs Multi Solutions). Bereits die Telekurs Group war ein grosser Finanzdienstleistungskonzern (weitere Tochtergesellschaften waren die Swiss Interbank Clearing AG [SIC], die Telekurs PayNet, die Telekurs Financial Informations und die Telekurs Services), welcher über erhebliche Finanzressourcen verfügte. Im Jahr 2006 erreichte die Telekurs Group ein Betriebsertrag von CHF 697,8 Mio., ein Gewinn von CHF 77,7 Mio. und das Eigenkapital betrug CHF 381 Mio.<sup>227</sup>

#### dd. Ergebnis zum aktuellen Wettbewerb

215. Zusammenfassend ergibt die Analyse der aktuellen Konkurrenz auf dem Markt für das Aquiring der Kreditkarten Visa und MasterCard, dass aufgrund der absoluten und relativen Marktanteile, der Marktanteilsentwicklung, der Expansionshindernisse, welche die disziplinierende Wirkung der Konkurrenten beschränken, sowie unter Berücksichtigung der Unternehmensstruktur der SIX Gruppe eine marktbeherrschende Stellung der Multipay sowohl für die Zeitperiode des missbräuchlichen Verhaltens bis Ende Januar 2007 als auch noch heute vorliegt. Es ist daher nachfolgend noch der potenzielle Wettbewerb sowie der Nachfragemacht der Marktgegenseite zu prüfen.

#### b. Potenzieller Wettbewerb

216. Da der aktuelle Wettbewerb keine ausreichende disziplinierende Wirkung auf Multipay zu entfalten vermag, ist nachfolgend der Einfluss des potenziellen Wettbewerbs zu prüfen.

217. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es im Fall von Wettbewerbsbeschränkungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können (d.h. innerhalb von 2 bis 3 Jahren) und genügend gross sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von geringer Bedeutung zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da diesen nur beschränkt ausgewichen werden kann.<sup>228</sup>

218. Bei der Beurteilung der potenziellen Konkurrenz spielen die Marktzutrittsschranken eine entscheidende Rolle.<sup>229</sup> Dabei spielen dieselben Faktoren als Markteintrittshindernisse eine Rolle, welche auch die Expansion der aktuellen Wettbewerber behindern (Expansionshindernisse).<sup>230</sup> Im Rahmen der Analyse der akuten Konkurrenz wurde in den Rz. 195 ff. vertieft auf Charakteristiken des untersuchten Marktes (Grössen- und Verbundvorteile) eingegangen und dargelegt, dass mehrere Faktoren vorliegen, welche erhebliche Expansionshindernisse und im vorliegenden Zusammenhang erhebliche Markteintrittshindernisse darstellen.

219. Die sich über die Zeit kaum verändernden hohen Marktanteile von Multipay sind ein Anzeichen dafür, dass Markteintritte vorliegend erschwert sind. So halten die seit 2004 neu in den Markt eingetretenen Crossborder-Acquirer, B&S und ConCardis, nach wie vor nur geringe Marktanteile (zusammen weniger als [5–15]%), was aufzeigt, dass Neueintritte (welche zwar grundsätzlich möglich sind) kaum eine disziplinierende Wirkung entfalten können.

<sup>221</sup> Vgl. Informationsschreiben der Card Solutions an das Sekretariat vom 19. September 2007; vgl. auch [www.six-card-solutions.com/Media/32MM06-3C%20International-d.pdf](http://www.six-card-solutions.com/Media/32MM06-3C%20International-d.pdf) (29.11.2010).

<sup>222</sup> Vgl. für eine ausführliche Darstellung aller Geschäftsfelder die vorläufige Prüfung des Zusammenschlusses SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG, in: RPW 2007/4, S. 557 ff.

<sup>223</sup> Vgl. [www.six-group.com/download/publications/annual\\_reports/2008/six\\_group\\_keyfigures\\_de.pdf](http://www.six-group.com/download/publications/annual_reports/2008/six_group_keyfigures_de.pdf) (29.11.2010).

<sup>224</sup> Vgl. [www.six-group.com/media\\_releases/online/media\\_release\\_200908250646\\_de.pdf](http://www.six-group.com/media_releases/online/media_release_200908250646_de.pdf) (29.11.2010).

<sup>225</sup> Vgl. [www.aduno-gruppe.ch/Grafiken/PDF/AGR\\_Semesterbericht\\_2009\\_d\\_Internet](http://www.aduno-gruppe.ch/Grafiken/PDF/AGR_Semesterbericht_2009_d_Internet) (29.11.2010).

<sup>226</sup> Vgl. RPW 2008/1, 226 Rz. 39 und 43; RPW 2006/2, S. 254, Rz. 57

<sup>227</sup> Vgl. [www.telekurs-financial.com/dl\\_tklich\\_customers\\_documentation\\_annual\\_report\\_d\\_06.pdf](http://www.telekurs-financial.com/dl_tklich_customers_documentation_annual_report_d_06.pdf) (29.11.2010).

<sup>228</sup> Vgl. Verfügung der Weko i.S. ADSL II (publiziert unter [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch), Rubrik Aktuell/Letzte Entscheide; 29.11.2010), Rz. 180; RPW 2008/1, S. 228, Rz. 57; RPW 2007/2, S. 262, Rz. 145; RPW 2007/2, S. 215, Rz. 169. Dieselben Voraussetzungen finden sich in der Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 16, in der festgehalten wird, der Markteintritt müsse wahrscheinlich, absehbar und ausreichend sein.

<sup>229</sup> Vgl. RPW 2008/4, S. 636 ff., Rz. 311 ff.; RPW 2008/1, S. 175 ff., Rz. 381 ff., in welchen die Unterscheidung zwischen strukturellen, administrativen und strategischen Marktzutrittsschranken vorgenommen wird.

<sup>230</sup> Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 16 f.



220. Multipay hat darauf hingewiesen, dass im Jahr 2009 der Acquirer Elavon in den Schweizer Markt eingetreten sei. Zudem zeichne sich der Acquiringmarkt nach wie vor dadurch aus, dass über Central Acquiring-Aktivitäten Grosskunden von nationalen Acquirern abgeworben würden.<sup>231</sup>

221. Elavon hat auf Anfrage der Wettbewerbsbehörden angegeben, ihre Tätigkeit in der Schweiz basiere auf zwei Grundlagen. Einerseits auf dem Erwerb des Diners Club Card Händler-Portfolio in Westeuropa von Citibank<sup>232</sup> und andererseits auf dem Acquiring einer internationalen Tankstellenkette. Elavon hat weiter ausgeführt, ihre Präsenz in der Schweiz sei als minimal einzustufen. Das Acquiring in der Schweiz stelle nur einen kleinen Bruchteil sowohl der Geschäftstätigkeit von Elavon als auch des Schweizer Acquiring-Marktes dar. Die Antwort macht deutlich, dass Elavon sich nicht bewusst und aktiv für einen Markteintritt in der Schweiz entschieden hat sondern der Markteintritt ein "Nebenprodukt" des Erwerbs des europäischen Diners Club Card Portfolios darstellt. Die bisherige Marktbearbeitung von Elavon beschränkt sich darauf, ihren neu erworbenen Diners Club-Händler eine Konsolidierung der Akzeptanzverträge anzubieten. Die Acquiringtätigkeit von Elavon in der Schweiz erscheint aufgrund seines beschränkten Umfangs kaum als disziplinierend für Multipay.

222. Das Acquiring für eine internationale Tankstellenkette durch Elavon ist ein typisches Beispiel für das sogenannte "Central Acquiring". Central Acquiring ist der Fachbegriff für die bargeldlose Zahlungsabwicklung über nationale Grenzen hinweg. Gemeint ist das Sammeln und Bündeln von Kreditkarten-Transaktionen innerhalb und ausserhalb von Europa und ihre zentrale Verarbeitung bei einem einzigen Acquirer. Vorteile sind vor allem eine zentrale Finanzverwaltung sowie günstigere Tarife dank Bündelung der Umsätze.<sup>233</sup> Interessant ist das Central Acquiring hauptsächlich für international tätige Unternehmen. In der Kreditkartenuntersuchung identifizierte die Weko im Jahr 2005 rund zehn ausländische Acquirer, welche in der Schweiz zum grössten Teil aufgrund von Akzeptanzverträgen mit multinationalen Unternehmen mit Sitz im Ausland vertreten waren. Die Weko stellte diesbezüglich fest, dass diese Unternehmen kein aktives Acquiring in der Schweiz betreiben und nur über kleine Marktanteile verfügen.<sup>234</sup> Zu einem vergleichbaren Ergebnis gelangte die EU-Kommission in ihrem "Interim Report on Payment Cards" aus dem Jahr 2006.<sup>235</sup> Im Report wird festgehalten, dass nur rund 6 % des gesamten Acquiringvolumens auf Crossborder-Acquiring entfiel.<sup>236</sup> Dabei entfielen rund 90 % des Crossborder-Volumens auf multinational tätige Händler.<sup>237</sup> Es sei unwahrscheinlich, dass das Crossborder-Acquiring genügend bedeutend sei, um erheblichen Wettbewerbsdruck auf die nationalen Acquirern auszuüben.<sup>238</sup> Die EU-Kommission identifizierte zahlreiche Barrieren, welche dem Crossborder-Acquiring entgegenstehen.<sup>239</sup>

223. Es ist unter anderem ein Ziel von SEPA (Single European Payments Area) diese Barrieren abzubauen, um einen kompetitiveren Acquiring-Markt zu schaffen und dem Händler mehr Möglichkeiten bei der Wahl seines Acquirers einzuräumen.<sup>240</sup> Dieser Prozess steht jedoch erst am Anfang. Die Voraussetzungen dafür sind

gemäss dem SEPA Cards Framework (SCF)<sup>241</sup>, bis Ende des Jahres 2010 zu schaffen.<sup>242</sup> Für die Zeitperiode des missbräuchlichen Verhaltens und bis heute ist SEPA nicht relevant, allfällige Entwicklungen in Richtung einer zunehmenden Bedeutung des Crossborder-Acquirings bzw. eines europäischen Acquiring-Marktes dürften noch mehrere Jahre in Anspruch nehmen.

224. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass bedeutende Markteintrittsschranken bestehen und auch von der potenziellen Konkurrenz keine genügende disziplinierende Wirkung auf Multipay ausgeübt wird. In der für den Missbrauch relevanten Zeitperiode fanden effektiv keine Markteintritte statt, und es waren auch keine abzusehen. Auch zum heutigen Zeitpunkt erscheint die potenzielle Konkurrenz nicht als genügend stark, um die marktbeherrschende Stellung der Multipay in Frage zu stellen.

### c. Nachfragemacht der Abnehmer

225. Wettbewerbsdruck kann nicht nur von vorhandenen oder potenziellen Wettbewerbern, sondern auch von den Abnehmern (vorliegend den Händlern) ausgehen. Selbst Unternehmen mit hohen Marktanteilen können sich nicht weitgehend unabhängig von Abnehmern verhalten, die über ausreichend Verhandlungsmacht verfügen.<sup>243</sup>

226. Diesbezüglich gilt in der Schweiz, dass die Mehrheit der Händler eine eher heterogene Gruppe mit vielen kleinen Marktteilnehmern sind (z.B. KMUs). Sie lassen sich nur schlecht organisieren und haben gerade wegen ihrer unterschiedlichen Interessen wenig Verhandlungsmacht.

<sup>231</sup> Stellungnahme der Multipay vom 8. Januar 2010 im Verfahren 22-0389: KK-DMIF II, in das vorliegende Verfahren als act. no 181 übernommen.

<sup>232</sup> Vgl. auch die Pressemitteilung von Elavon: [www.elavon.com/news/press-releases/20090928.aspx](http://www.elavon.com/news/press-releases/20090928.aspx) (29.11.2010).

<sup>233</sup> Definition aus einer Publikation von Multipay: [www.currency-iso.org/de/pt\\_tkmpch\\_accept03\\_2006](http://www.currency-iso.org/de/pt_tkmpch_accept03_2006) (29.11.2010), S. 8.

<sup>234</sup> RPW 2006/1, S. 91, Rz. 196. Das Sekretariat hat auch im Rahmen dieser Untersuchung neben Elavon weitere Crossborder-Acquirer kontaktiert. Sofern die Fragen des Sekretariats beantwortet wurden, bestätigten die Antworten (Barclays, Wirecard) den Befund aus dem Jahr 2005.

<sup>235</sup> Interim Report I – Payment Cards, Sector Inquiry under Article 17 Regulation 1/2003 on retail banking, 12. April 2006 ([http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial\\_services/inquiries/interim\\_report\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/inquiries/interim_report_1.pdf); 29.11.2010).

<sup>236</sup> Report Payment Cards (FN 235), S. 111 und 115.

<sup>237</sup> Report Payment Cards (FN 235), S. 114 und 119.

<sup>238</sup> Report Payment Cards (FN 235), S. 115.

<sup>239</sup> Report Payment Cards (FN 235), S. 115 ff.

<sup>240</sup> Vgl. [www.europeanpaymentscouncil.eu/content.cfm?page=sepa\\_vision\\_for\\_cards](http://www.europeanpaymentscouncil.eu/content.cfm?page=sepa_vision_for_cards) (29.11.2010).

<sup>241</sup> SEPA Cards Framework, Version 2.1. vom 18. Dezember 2009, [www.europeanpaymentscouncil.eu/documents/Cards%20SCF%20006%2009%20v%202%201.pdf](http://www.europeanpaymentscouncil.eu/documents/Cards%20SCF%20006%2009%20v%202%201.pdf) (29.11.2010).

<sup>242</sup> Bis dann sollen alle Zahlkarten "SCF-compliant" sein; vgl. SCF (FN 241), S. 5.

<sup>243</sup> Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 18.

227. Demgegenüber dürften Unternehmen, welche grosse Kreditkarten-Volumen (z.B. grosse Retailer) generieren, sowie international tätige Unternehmen über eine gewisse Verhandlungsmacht verfügen. Gemäss europäischer Praxis kann der Druck der Nachfragemacht allerdings nicht als hinreichend betrachtet werden, wenn nur ein bestimmtes oder begrenztes Kundensegment vor der Marktmacht des marktbeherrschenden Unternehmens geschützt ist.<sup>244</sup>

228. Die Parteien machen in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariates geltend, die Beurteilung der Nachfragemacht der Marktgegenseite sei tatsachenwidrig. Unternehmen wie Migros, Coop, Post, SBB seien starke Player im Markt und könnten erhebliche Nachfragemacht ausüben. So würden alleine die zehn grössten Kunden von Multipay im Bereich der domestischen Maestro-Transaktionen mehr als 65 % aller Transaktionen im Jahr 2009 auf sich vereinigen ([Unternehmen J]: [20-30] %; [Unternehmen K]: [20-30] %; [Unternehmen A]: [0-10] %; [Unternehmen B]: [0-10] %; [Unternehmen C]: [0-10] %; [Unternehmen D]: [0-10] %; [Unternehmen F]: [0-10] %; [Unternehmen G]: [0-10] %; [Unternehmen H]: [0-10] %; [Unternehmen I]: [0-10] %). Zudem seien der VEZ und die Erdölvereinigung aktive [...] Branchenvertreter.

229. Zunächst gilt es der Ordnung halber zu erwähnen, dass die Anzahl domestischer Maestro-Transaktionen grundsätzlich nicht den an dieser Stelle geprüften Markt für das Acquiring der Kreditkarten MasterCard und Visa betrifft. Es ist zu vermuten, dass der Anteil der Retailer im Bereich der Kreditkarten signifikant geringer ausfällt als bei der Debitkarte Maestro. Eine genaue Klärung der für den Kreditkartenmarkt relevanten Anteile ist aber nicht notwendig, da auch unter Berücksichtigung der Zahlen für Maestro das Vorbringen der Parteien zu keiner neuen Beurteilung der Nachfragemacht der Marktgegenseite führt.

230. Die durch die Parteien eingereichten Zahlen zeigen auf, dass [40-60] % der Maestro-Transaktionen auf [Unternehmen J und K] entfallen. Es ist davon auszugehen, dass diese beiden Player tatsächlich über eine gewisse Nachfragemacht gegenüber Multipay verfügen. Der drittgrösste Händler [Unternehmen B] verfügt jedoch nur noch über einen Anteil an Maestro-Transaktionen von [0-10] %. Hier erscheint es bereits fraglich, ob von bedeutender Nachfragemacht ausgegangen werden kann. Kommt hinzu, dass den beiden grossen Retailer und [Anzahl] Erdölgesellschaften in den "Top Ten" mehr als [70'000-80'000] Händlern (Stand 2008, vgl. unten Tabelle 3) gegenüberstehen, die über einen Acquiringvertrag mit Multipay verfügen. Diese Händler kommen aus allen Branchen und sind von unterschiedlicher Grösse, so dass nicht von einer homogenen Nachfrage gesprochen werden kann. Schliesslich ist von einer Disziplinierung durch die Nachfragemacht der Marktgegenseite – wie bereits erwähnt – nur dann auszugehen, wenn nicht nur einzelne Unternehmen für sich selber bessere Konditionen verhandeln können sondern diese in der Lage sind, eine Disziplinierung der Marktgegenseite für den Gesamtmarkt erreichen. Dies ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Dies zeigt sich nur schon daran, dass im Acquiring die Händlerkommissionen nach Branchen differenziert werden und die beiden von den Parteien her-

vorgehobenen Branchen "Petrol" und "Supermarket" über die günstigsten Konditionen verfügen.<sup>245</sup>

#### **d. Fazit**

231. Die Analyse des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs sowie der Nachfragemacht der Abnehmer ergibt, dass die Multipay auf dem Markt für das Acquiring der Kreditkarten von Visa und MasterCard sowohl für die Zeitperiode des missbräuchlichen Verhaltens bis Ende Januar 2007 als auch noch heute über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.

#### **B.3.2.1.1.3.2 Maestro-Acquiring**

232. Im Rahmen der Vorabklärung "Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG" wurde bereits angedeutet, dass Hinweise dafür bestehen, dass die Telekurs (heute Multipay) über eine marktbeherrschende Stellung auf dem nationalen Markt für den Zugang zum Debitkarten-Zahlungsverkehr von Maestro verfügt.<sup>246</sup> Das Sekretariat basierte diesen Schluss auf dem Marktanteil von 90-100 % und dem Umstand, dass dem Angebot von Aduno und B&S, welche erst im Sommer 2005 mit dem Maestro-Acquiring begonnen hatten, keine disziplinierende Wirkung zukam.

#### **a. Aktueller Wettbewerb**

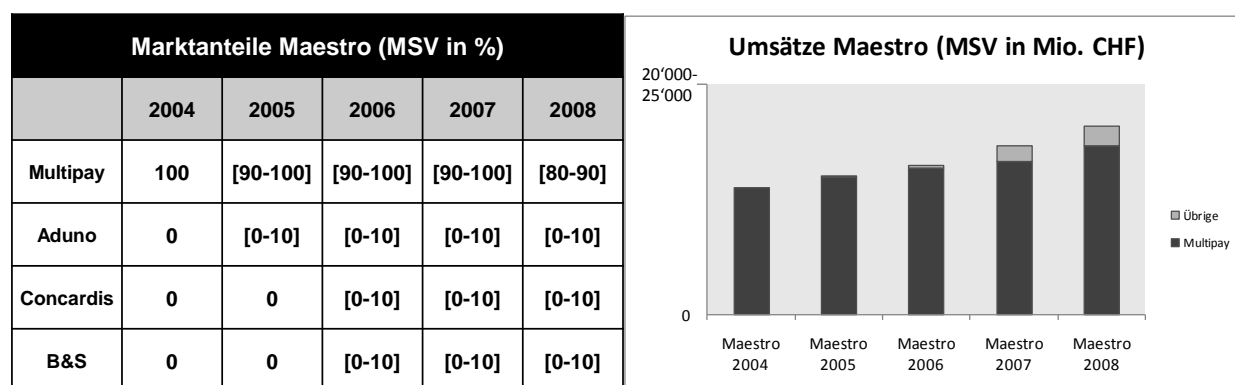
233. Bis heute verfügt die Multipay über ausserordentlich hohe Marktanteile im Bereich des Maestro-Acquirings, welche selbst die ebenfalls hohen Marktanteile im Bereich des Kreditkarten-Acquiring (vgl. oben Rz. 187 ff.) übertreffen. Die folgenden Grafiken zeigen die Umsatzentwicklung sowie die Entwicklung der Marktanteile gemessen am Umsatz (MSV) im Maestro-Acquiring von 2004 bis 2008:

<sup>244</sup> Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 18.

<sup>245</sup> Vgl. act. no 182.

<sup>246</sup> RPW 2006/4, S. 618 f., Rz. 156 ff.

Abbildung 11: Marktanteile und Umsätze der Acquirer bei Maestro (2004–2008)



Quelle: Sekretariat der Wettbewerbskommission

234. Bis zum Jahr 2005 verfügte die Multipay über eine Exklusivlizenz an der Marke "ec-direct" und war somit Monopolistin für das Acquiring der damaligen Debitkarte ec-direct. Mit dem Übergang des nationalen Systems ec-direct auf das internationale Maestro-System ist auch das Exklusivlizenzrecht der Multipay entfallen. Im Sommer 2005 begann die Aduno mit dem Maestro-Acquiring und im Jahr 2006 traten die beiden Crossborder-Acquirer B&S und ConCardis auf diesen Markt ein. Bezüglich der Marktstellung der Multipay gehen aus den Grafiken folgende Elemente hervor:

- Seit der Lizenzvergabe an weitere Acquirer hat sich der Marktanteil von Multipay zwar etwas vermindert, er verweilt jedoch bis 2008, mit rund [80–90] %, auf einem derart hohen Niveau, dass ausserordentliche Umstände vorliegen müssten, um eine marktbeherrschende Stellung dennoch zu verneinen.
- Der Abstand zum grössten Konkurrenten ist ebenfalls sehr gross. Die Aduno verfügte im Jahr 2006, d.h. im für die missbräuchliche Verhaltensweise massgebenden Zeitpunkt, lediglich über knapp [0–10] % Marktanteil. Seither ist der Marktanteil auf rund [0–10] % gestiegen. Der Abstand zwischen der Multipay und der Aduno beträgt damit immer noch rund [80–90] Prozentpunkte. Multipay verfügt damit über einen [9–10] Mal grösseren Marktanteil als Aduno.
- Die Umsatzgrafik zeigt, dass die Umsätze der Multipay auch nach dem Markteintritt von Aduno kontinuierlich gewachsen sind. Dies deutet darauf

hin, dass der Anstieg des Marktanteils von Aduno primär auf das im Markt erfolgte Umsatzwachstum zurückzuführen ist (und weniger auf ein Abwerben von Kunden und Umsatz bei der Multipay).

- Die Crossborder-Acquirer sind gemessen an ihren Marktanteilen bis heute beinahe inexistent. Die marginalen Marktanteile zeigen, dass es den neuen Marktteilnehmern seit der Lizenzvergabe im Jahr 2005 nicht nachhaltig gelungen ist, sich auf dem Schweizer Acquiring Markt für Maestro-Debitkarten zu etablieren.

235. Im Wesentlichen zeigt sich ein ähnliches Bild wie im Kreditkarten-Acquiring mit dem Unterschied, dass die Position der Multipay in diesem Markt noch stärker ist: Der Marktanteil ist nochmals höher, der Abstand zu den Konkurrenten noch grösser, die Stellung der Crossborder-Acquirer noch schwächer.

236. Bezüglich der Expansionshindernisse, welche einer Ausweitung des Geschäfts der Wettbewerber entgegenstehen, kann vollumfänglich auf die diesbezüglichen Ausführungen zum Kreditkartenmarkt verwiesen werden (Rz. 195 ff.). Die Grössenvorteile sind auch im Debitkartenacquiring relevant, ist doch die Anzahl der verarbeiteten Transaktionen nochmals höher als bei den Kreditkarten (im Jahr 2008 war die Anzahl Maestro-Transaktionen mehr als doppelt so hoch wie die Anzahl Transaktionen mit Visa- und Mastercard-Kreditkarten). Zudem ist erneut darauf hinzuweisen, dass Multipay als ehemalige Monopolistin für ec-direct ein grosses Händlernetz aufbauen konnte, welches sie bis heute halten bzw. sogar noch ausbauen konnte:

Tabelle 3: Anzahl Business Partner von Multipay aufgeschlüsselt nach Kartenakzeptanz

Akzeptanz	2006	2007	2008
Maestro und Visa/Mastercard	40'000–50'000	50'000–60'000	60'000–70'000
Nur Maestro	0–1000	0–1000	1000–2000
Total Händler mit Maestro	40'000–50'000	50'000–60'000	60'000–70'000
Nur Visa/Mastercard	5'000–10'000	5'000–10'000	5'000–10'000
<b>Gesamttotal</b>	<b>50'000–60'000</b>	<b>60'000–70'000</b>	<b>70'000–80'000</b>

237. Zum Vergleich die Angaben des Hauptkonkurrenten Aduno:

**Tabelle 4: Anzahl Business Partner von Aduno aufgeschlüsselt nach Kartenakzeptanz**

Akzeptanz	2006	2007	2008
Maestro + Visa/Mastercard	6000–7000	6000–7000	5000–6000
Nur Maestro	<100	<100	<100
<i>Total Händler mit Maestro</i>	<i>6000–7000</i>	<i>6000–7000</i>	<i>5000–6000</i>
Nur Visa/Mastercard	30'000–40'000	30'000–40'000	20'000–30'000
<b>Gesamttotal</b>	<b>40'000–50'000</b>	<b>40'000–50'000</b>	<b>30'000–40'000</b>

238. Der Vergleich der beiden Tabellen zeigt auf, dass – während Multipay die Anzahl Händler, welche Maestro akzeptieren, seit dem Jahr 2006 um rund [20–30]% ausbauen konnte – bei der Aduno die Anzahl Händler dieser Kategorie im Jahr mehr als [10–13] Mal geringer ist als bei Multipay und es seit dem Jahr 2006 sogar zu einem Rückgang der Anzahl Business Partner gekommen ist. Wird der gesamte Markt betrachtet, so sind rund [80–90] % der Händler, welche sowohl Maestro als auch Visa und Mastercard-Kreditkarten akzeptieren, und rund [90–100] % der Händler, welche nur Maestro entgegennehmen, bei der Multipay angeschlossen.

239. Die Marktstellung der Multipay gegenüber den aktuellen Konkurrenten erscheint als derart stark, dass eine klare Marktbeherrschung vorliegt. Es bleibt noch zu prüfen, ob diese Einschätzung aufgrund der potenziellen Konkurrenz und der Nachfragemacht der Abnehmer zu korrigieren ist.

#### **b. Potenzieller Wettbewerb**

240. Die sehr geringen Marktanteile, welche die beiden Crossborder-Acquirer B&S und Concardis seit dem Jahr 2006 aufbauen konnten, zeigen auf, dass nicht damit zu rechnen ist, dass ein Markteintriter innerhalb von 2 bis 3 Jahren einen genügend grossen Marktanteil aufbauen kann, um disziplinierend auf Multipay zu wirken.

241. Im Schlussbericht V PAY hat das Sekretariat ausgeführt, dass die Einführung von V PAY den Wettbewerb im Bereich des Debitkarten-Acquirings fördern könnte, da sie von Beginn weg über mehrere Acquirer abgewickelt werden soll.<sup>247</sup> Bis heute ist dieser Markteintritt allerdings noch nicht erfolgt und gemäss Presseberichten wird die erste Kartenausgabe erst im Jahr 2011 erwartet.<sup>248</sup> Der allfällige Markteintritt von V PAY in mehr als einem Jahr entfaltet keine disziplinierende Wirkung, welche die heutige Marktstellung der Multipay in Frage stellen würde, da erstens unklar ist, ob der Markteintritt erfolgreich sein wird, und zweitens, bis diese Frage beantwortet ist, mindestens nochmals 2 bis 3 Jahre verstreichen dürften.

242. Es kann daher der Schluss gezogen werden, dass von der potenziellen Konkurrenz keine genügende disziplinierende Wirkung auf die Multipay ausgeübt wird.

#### **c. Nachfragemacht der Abnehmer**

243. Bezüglich der Nachfragemacht der Abnehmer kann auf die Ausführungen zum Kreditkartenacquiring verwiesen werden (vgl. oben Rz. 225 ff.).

#### **d. Regulierung des Maestro-Acquirings**

244. Die Parteien bringen vor, das Maestro-Acquiring sei stark reguliert. Die Weko habe bisher die Einführung einer Interchange Fee verhindert und folglich seien die Investitionsanreize von Seiten der Acquirer und Issuer nicht sehr gross sei. Die „regulatorischen Eingriffe“ führten dazu, dass der Handlungsspielraum der Acquirer sehr gering sei. Die Parteien vermischen in ihrer Argumentation mehrere Elemente. Erstens handelt es sich beim Acquiring-Markt um keinen Markt, für den eine staatliche Regulierung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG (staatliche Markt- oder Preisordnung) besteht. Zweitens handelt es sich bei der Weko nicht um eine Regulierungsbehörde. Sie hat im Bereich der Debitkarte Maestro einzig festgehalten, dass die Einführung einer Interchange Fee kartellrechtlich problematisch wäre und die Zulässigkeit im Rahmen einer Untersuchung überprüft werden müsste. Schliesslich handelt es sich bei den Interchange Fees um Gebühren, welche die Acquirer an die Issuer zu bezahlen haben. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Handlungsspielraum der Acquirer reduziert werden sollte durch den Umstand, dass sie derzeit keine solchen Gebühren zu entrichten haben.

#### **e. Fazit**

245. Die Analyse des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs sowie der Nachfragemacht der Abnehmer ergibt, dass die Multipay auf dem Markt für das Acquiring von Maestro sowohl für die Zeitperiode des missbräuchlichen Verhaltens bis Ende Januar 2007 (vgl. zum Missbrauch unten Rz. 296 ff.) als auch noch heute über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.

<sup>247</sup> Vgl. RPW 2009/2, S. 140, Rz. 158.

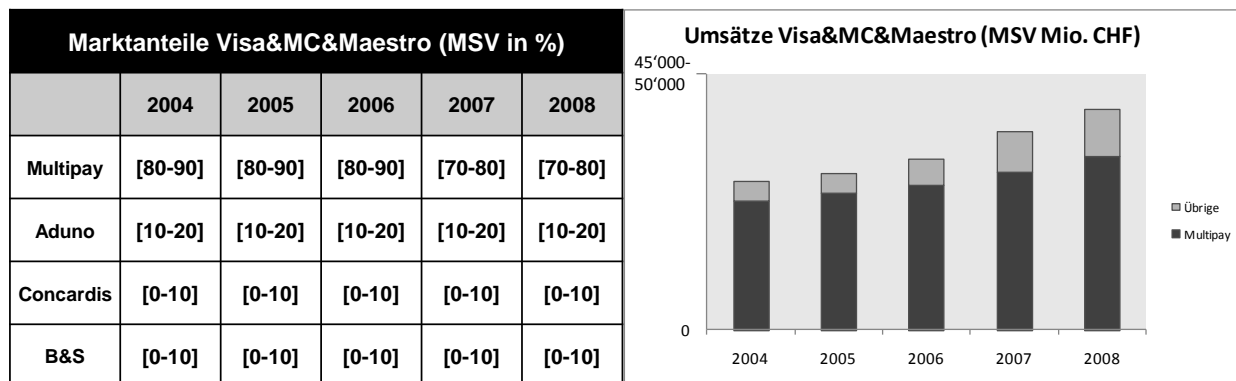
<sup>248</sup> Vgl. 20 Minuten vom 20. Januar 2010, S. 13.

### B.3.2.1.1.3.3 Debit- und Kreditkarten-Acquiring

246. Im Sinne einer Arbeitshypothese soll hier noch die Marktstellung der Multipay auf einem grösseren relevanten Markt, welcher sowohl Debit- als auch Kreditkarten

umfasst (Maestro, Visa und Mastercard), untersucht werden. Insbesondere um aufzuzeigen, dass das vorliegende Ergebnis bezüglich der marktbeherrschenden Stellung von Multipay nicht von der Marktabgrenzung abhängig ist.

**Abbildung 12: Marktanteile und Umsätze der Acquirer für Visa- und Mastercard-Kreditkarten und Maestro-Debitkarten**



Quelle: Sekretariat der Wettbewerbskommission

247. Die Grafiken verdeutlichen, dass im Acquiring auch bei einer weiteren Marktabgrenzung, welche Visa- und Mastercard-Kreditkarten sowie Maestro-Debitkarten umfasst, die Marktanteile von Multipay seit 2004 bis heute [70–80] % und mehr betragen. Der wichtigste Konkurrent Aduno konnte seinen Marktanteil seit 2004 um [0-10] % erhöhen. Mit einem Marktanteil von weniger als [10–20] % liegt Aduno jedoch auch heute noch weit hinter Multipay zurück. Die Marktanteile der beiden Crossborder Acquirer sind und bleiben vernachlässigbar klein.

248. Da die anderen Elemente zur Beurteilung der Marktstellung der Multipay (Expansions- und Markteintrittsbarrieren etc.) dieselben bleiben, unabhängig davon, ob der Markt weiter oder enger abgegrenzt wird, wäre auch in diesem Fall eine marktbeherrschende Stellung der Multipay zu bejahen.

#### B.3.2.1.1.4 Ergebnis für Acquiring-Märkte

249. Sich kaum verändernde, sehr hohe Marktanteile der Multipay sowie die über die Zeit stabile Marktstruktur und die erwähnten Probleme der Wettbewerber, in den Markt einzutreten oder sich auf dem betreffenden Markt zu etablieren, lassen den Schluss zu, dass Multipay im Kreditkarten-Acquiring von Visa und Mastercard und im Debitkarten-Acquiring von Maestro sowohl für die Zeitperiode des missbräuchlichen Verhaltens bis Ende Januar 2007 (vgl. zum Missbrauch unten Rz. 296 ff.) als auch noch heute eine marktbeherrschende Stellung inne hat.

250. Diese Schlussfolgerung wird weiter dadurch unterstützt, dass die Multipay oder ihre Schwestergesellschaften (namentlich Card Solutions) auf verschiedenen benachbarten Märkten über eine starke Marktstellung verfügen (vgl. sogleich die Ausführungen zum Terminalmarkt sowie zum Markt für Umrechnungsdienstleistungen).<sup>249</sup>

#### B.3.2.1.2 Terminal-Markt

251. Bei den Zahlkartenterminals handelt es sich um elektronische Geräte am sogenannten Point of Sale (POS), welche der elektronischen Zahlung mittels Kredit- oder Debitkarte dienen. Die Marktgegenseite der Hersteller von Zahlkartenterminals bilden die *Händler*. Nicht als POS-Terminals gelten Geldautomaten zum Bargeldbezug bei Banken (ATM = Automated Teller Machine).

252. In der Vorabklärung "Terminaux de paiement" wurde festgehalten, dass Terminals, welche sowohl Kredit- als auch Debitkarten verarbeiten, nicht substituiert werden können mit Terminals, welche entweder nur Kredit- oder nur Debitkarten verarbeiten (allenfalls einseitige Substituierbarkeit). Zudem wurde ausgeführt, die Terminals würden sich zwar durch gewisse Eigenschaften unterscheiden (z.B. alleinstehende Terminals für kleine Läden gegenüber miteinander verbundenen Terminals für grosse Einkaufszentren), aufgrund der Angebotssubstituierbarkeit sei es aber nicht angezeigt, dafür jeweils eigene Märkte abzugrenzen. Es wurde daher von einem einheitlichen Markt für Zahlkartenterminals, welche sowohl Kredit- als auch Debitkarten verarbeiten, ausgegangen.<sup>250</sup> Geographisch wurde der Markt aufgrund der länderspezifischen Homologierung durch die Acquirer national abgegrenzt.<sup>251</sup>

<sup>249</sup> Vgl. auch schon RPW 2006/1, S. 96, Rz. 246.

<sup>250</sup> Vgl. RPW 2001/1, 61 f., Rz. 19 ff.

<sup>251</sup> Vgl. RPW 2001/1, S. 62, Rz. 23 f.

### B.3.2.1.2.1 Sachlich relevanter Markt

253. In der Zwischenzeit wurde der Terminalmarkt wesentlich durch die Einführung der EMV- und ep2-Spezifikationen beeinflusst, welche u.a. sicherstellen sollen, dass alle Terminals alle Karten verarbeiten können (vgl. oben Rz. 15 ff.).

254. Die ep2-Spezifikationen gehen auf ein Memorandum of Understanding (MoU) zurück, welches der Verband Elektronischer Zahlungsverkehr (VEZ), Multipay und PostFinance im Jahr 1996 unterzeichnet hatten. Gegenstand dieses MoU war die Schaffung einer standardisierten Technologie, welche den EMV-Standard integriert und auf deren Grundlage die im Kartengeschäft tätigen Unternehmen ihre Produkte und Dienstleistungen entwickeln können. Später sind dann folgende weitere im Kartengeschäft tätige Unternehmen dazu gestossen: Aduno (ehemals Cornèr Banca), Swisscard AECS, JCB International und Diners Club International.

255. Der ep2-Standard wurde am 31. Mai 2003 eingeführt. Am 12. April 2007 wurde der Verein "Technical Cooperation ep2" (TeCo ep2) gegründet und die Eigentums- und Nutzungsrechte an den ep2-Standards wurden auf diesen übertragen.<sup>252</sup> Der Zweck dieses Vereins ist die schweizweite Etablierung des ep2-Standards sowie die kontinuierliche technische Weiterentwicklung des Gesamtsystems. Heute sind folgende Unternehmen Mitglieder dieses Vereins: Aduno, Concardis, Diners Club International, GE Money Bank, JCB International, PostFinance, Multipay, Card Solutions, Swisscard AECS und der VEZ.<sup>253</sup>

256. Die ep2-Standards haben sich aufgrund des Umstandes, dass sie von allen für diesen Bereich ausschlaggebenden Unternehmen sowie vom Handel unterstützt werden, schweizweit durchgesetzt. Diese Entwicklung wurde auch dadurch gefördert, dass ab dem 1. Januar 2005 bei einem betrügerischen Kartenmissbrauch (Fraud) diejenige Partei haftet, welche die EMV-Chiptechnologie nicht unterstützt. Konkret tragen Händler ohne EMV-fähiges Terminal bei Fraud das Verlustrisiko, sofern eine Karte mit EMV-Chip eingesetzt wurde.<sup>254</sup>

257. Bereits im Schlussbericht der Vorabklärung vom 10. Januar 2007 führte das Sekretariat aus, dass die älteren Terminals zwar noch über eine gewisse Zeit in Betrieb bleiben dürften, dass aber bei der Anschaffung eines neuen Terminals grundsätzlich nur noch ein Terminal der neuen Generation, d.h. ein ep2-zertifiziertes Terminal in Frage komme. Das Sekretariat schloss daraus, dass ep2-zertifizierte Terminals nicht durch Terminals substituiert werden können, welche diese Zertifizierung nicht haben. Die Einschätzung des Sekretariates wird durch die seither eingetretene Entwicklung bestätigt: Mitte 2007 waren rund 60 % aller Terminals in der Schweiz auf den ep2 Standard umgestellt.<sup>255</sup> Heute sind rund 90 % migriert und die verbleibenden alten Terminals sollen bis Ende 2010 ersetzt werden.<sup>256</sup> Der sachlich relevante Markt umfasst daher **ep2-zertifizierte Terminals**.

258. Derzeit sind folgende Terminals ep2-zertifiziert bzw. sind zur Zertifizierung angemeldet (offene Zertifizierungsschritte sind grau markiert/Terminals, die bis Ende

2006 zertifiziert wurden, sind durch Hervorhebung der Jahreszahl der Zertifizierung gekennzeichnet).<sup>257</sup>

<sup>252</sup> Der Vereinsgründung sind zwei Meldungen im Widerspruchsverfahren an die Weko vorausgegangen, um dessen kartellrechtskonforme Ausgestaltung zu gewährleisten.

<sup>253</sup> Vgl. [www.eftpos2000.ch/website/cms/front\\_content.php?idcat=3&lang=1](http://www.eftpos2000.ch/website/cms/front_content.php?idcat=3&lang=1) (29.11.2010).

<sup>254</sup> Vgl. [www.six-card-solutions.com/DE/haendler/support/Seiten/FAQ.aspx](http://www.six-card-solutions.com/DE/haendler/support/Seiten/FAQ.aspx) (29.11.2010), Antwort der Card Solutions auf die Frage "Welche Auswirkungen haben die neuen Haftungsbestimmungen (Liability Shift ab 2005) auf die Verkaufsstellen?".

<sup>255</sup> Vgl. act. no 103, S. 31. Das Sekretariat gelangte aufgrund der erhobenen Zahlen für Ende 2006 auf einen Wert von rund 53 %.

<sup>256</sup> Vgl. [www.eftpos2000.ch/website/cms/front\\_content.php?idcat=3&lang=1](http://www.eftpos2000.ch/website/cms/front_content.php?idcat=3&lang=1) (29.11.2010).

<sup>257</sup> Stand vom 28.06.2010, vgl. für den aktuellen Stand [www.eftpos2000.ch/website/cms/front\\_content.php?idcat=12&lang=1](http://www.eftpos2000.ch/website/cms/front_content.php?idcat=12&lang=1) (29.11.2010).

**Tabelle 5: Liste der ep2-zertifizierten Terminals**

Terminal		Zertifizierungsstatus	
Hersteller	Terminal Typ	ep2 Hardware zertifiziert	ep2 zertifiziert
ARS-Software GmbH	ARS/Pos	siehe Thales Artema Hybrid	am 18.07.2006
Aduno SA	Hypercom Optimum T/M/P 2100	am 29.03.2005	am 10.07.2006
Aduno SA	Hypercom ICE 5500	am 26.03.2003	am 17.06.2005
Aduno SA	Hypercom Optimum M4100 / P4100 „Blade“	am 07.11.2007	am 29.12.2008
Aduno SA	Hypercom Optimum M4230, M4240, T4210, T4220, T4230	am 28.11.2008	am 31.03.2009
CCV-jeronimo SA	OPP-B50 (unattended)	am 07.08.2009	-
CCV-jeronimo SA	VeriFone MX 870	am 16.05.2008	-
CCV-jeronimo SA	VeriFone Omni 3600 Mobile	am 08.04.2004	am 28.02.2005
CCV-jeronimo SA	VeriFone Omni 3740 / SC 5000	am 26.10.2004	am 10.06.2005
CCV-jeronimo SA	VeriFone VX	am 14.06.2005	am 14.12.2005
CCV-jeronimo SA	VeriFone VX 670	am 31.05.2007	am 12.12.2006
CCV-jeronimo SA	VeriFone VX 810 Duet / POS	am 12.05.2009	am 01.02.2010
Fujitsu Services	B-Pad	am 29.12.2008	In acquirer integration test phase V.5.0.1.
Hypercom / Paysys	Artema Desk / MCU 5900	am 10.02.2004	am 02.06.2005
Hypercom / Paysys	Artema Hybrid	am 11.10.2004	am 30.06.2006
Hypercom / Paysys	Artema Mobile / Portable	am 22.01.2004	am 09.06.2005
Hypercom / Paysys	Artema Modular (unattended)	am 27.10.2005	am 07.08.2009
ICP Entwicklungs GmbH	Bia Outdoor	am 06.05.2010	-
Ingenico (Suisse) SA	Ingenico i5310 / i7780 / i7910	am 08.07.2005	am 25.08.2006
Ingenico (Suisse) SA	Ingenico i3070 Pin Pad	am 13.06.2006	in pilot phase V.3.0.0
Ingenico (Suisse) SA	Ingenico i3380	am 30.06.2006	in pilot phase V.3.1.0
Ingenico (Suisse) SA	Ingenico i5100-i3050	am 08.07.2005	am 30.03.2007
Ingenico (Suisse) SA	Ingenico i8200 / i8550	am 01.07.2005	in kontrollierter verbreitung V.3.0.0
Ingenico (Suisse) SA	Ingenico i9530 / i9550 (unattended)	am 09.04.2009	in acquirer integration test phase V.4.1.0
Ingenico (Suisse) SA	Ingenico ict2xx	am 27.01.2010	in pilot test phase V.5.0.1
Innocard AG	Hypercom Optimum M4230, M4240, T4210, T4220, T4230	am 28.11.2008	am 29.01.2010
Innocard AG	Hypercom Blade M4100	am 07.11.2007	In acquirer integration test phase V.5.0.1
PayTec AG	PayTec Primus / Verdi	am 17.09.2007	am 20.05.2008
SIX Card Solutions AG	C-ZAM / Xenta AUTONOM, PINPAD, COMPACT	am 01.11.2005	am 06.02.2008/in pilot phase V.5.0.1
SIX Card Solutions AG	C-ZAM / Xentissimo	am 22.09.2006	am 06.02.2008/in pilot phase V.5.0.1
SIX Card Solutions AG	cCredit	siehe VeriFone SC 5000	am 10.05.2005
SIX Card Solutions AG	davinci AUTONOM, PINPAD, VEND-	am 22.03.2005	am 27.02.2006

Terminal		Zertifizierungsstatus	
	ING (unattended), CHECKOUT, SAFE		
SIX Card Solutions AG	smash AUTONOM, PINPAD, COMPACT, MOBILE	am 15.08.2001	am 19.04.2005
SIX Card Solutions AG	davinci 2 AUTONOM, PINPAD	am 11.09.2009	in kontrollierter verbreitung V.5.0.1
SIX Card Solutions AG	Yomani	am 19.05.2010	-
Tokheim AG	Crypto VGA	am 09.03.2010	

259. Damit sind folgende Terminallieferanten und Terminalproduzenten auf dem Schweizer Markt tätig:

**Tabelle 6: Übersicht der Terminallieferanten und Terminalproduzenten**

Terminallieferant	Terminalproduzent
Aduno SA (vormals Commtrain Card Solutions AG)	Hypercom (Optimum)
ARS-Software GmbH	Thales <sup>258</sup> (Artema)
Card Solutions	Banksys (smash, Xenta, Xentissimo) Paytec (davinci) cCredit (vormals durch Carus Retail Information Technology GmbH vertrieben)
CCV-jeronimo SA	Verifone
Ingenico (Suisse) SA (vormals XA SA)	Ingenico
Innocard	Hypercom (Optimum) Thales (Artema)
PaySys	Thales (Artema) Ingenico
PayTec	Paytec (Primus, davinci)

260. Heute beliefern somit 8 Terminallieferanten den Schweizer Markt mit ep2-zertifizierten POS-Terminals und offerieren rund 40 verschiedene Terminaltypen mit unterschiedlichen Kommunikationsschnittstellen (analog, ISDN, DSL, GSM, GPRS, WiFi). Dabei können kassenunabhängige, kassenintegrierte und mobile Terminals unterschieden werden. Zudem gibt es Terminals in verschiedenen Preisklassen, z.B. teurere Premiumprodukte und günstigere Modelle. Die grundsätzliche Funktionalität ist jedoch bei allen POS-Terminals dieselbe (Ermöglichung von Kartenzahlungen am POS), so dass aus Sicht der Händler eine Substituierbarkeit besteht. Die Substituierbarkeit wird weiter dadurch gewährleistet, dass aufgrund der ep2-Zertifizierung die Terminals bei jedem Acquirer eingesetzt werden können.

261. Wie bereits erwähnt, wurde in der Vorabklärung "Terminaux de payments" eine Segmentierung des Terminalmarktes aufgrund der *Angebotssubstituierbarkeit* abgelehnt, d.h. aufgrund der Möglichkeit der Terminalanbieter, ohne grossen Aufwand die unterschiedlichen Geräte auf den Markt zu bringen. Werden die Angebote der auf dem Markt tätigen Terminallieferanten verglichen, so ist ersichtlich, dass heute alle Terminallieferanten die wichtigsten Terminal-Varianten (kassenu-

nabhängig, kassenintegriert und mobil) anbieten, was für einen einheitlichen Markt spricht.

262. Im Jahr 2007 – sowie auch heute noch – lassen sich Terminals in der Preisspanne von rund CHF 1000.- bis rund CHF 3000.- finden.<sup>259</sup> Dabei sind zwar bei allen Herstellern mobile Geräte teurer als stationäre Geräte, die Preisunterschiede zwischen den Herstellern sind allerdings grösser als die Preisunterschiede zwischen den verschiedenen Terminal-Varianten desselben Herstellers. So überschneidet sich das Preisspektrum für mobile Terminals mit demjenigen für stationäre Terminals, d.h. die mobilen Geräte des einen Herstellers sind günstiger als die stationären Geräte eines anderen. Auch dies spricht für die Abgrenzung eines einheitlichen Marktes für ep2-zertifizierte POS-Terminals.

<sup>258</sup> Im Jahr 2008 hat Hypercom den Geschäftsbereich Thales e-Transactions (zu dem die Terminalproduktion gehört) vom französischen Rüstungskonzern Thales erworben.

<sup>259</sup> Für das Jahr 2007 hat das Sekretariat die Preislisten von den einzelnen Terminallieferanten einverlangt. Eine aktuelle Preisübersicht der Postfinance über alle Terminallieferanten findet sich unter: [www.postfinance.ch/content/dam/pf/de/doc/prod/pay/biz/eftpos\\_equipm\\_list/eftpos\\_equipm\\_list\\_de.pdf](http://www.postfinance.ch/content/dam/pf/de/doc/prod/pay/biz/eftpos_equipm_list/eftpos_equipm_list_de.pdf) (11.02.2010).



263. Aus den oben erwähnten Gründen wird daher ein sachlich relevanter Markt für **ep2-zertifizierte POS-Terminals** abgegrenzt.

264. Die Parteien bringen vor, es müsse zwischen Terminallieferant und Terminalproduzent unterschieden werden. Die Terminallieferanten seien blosser Wiederverkäufer der von Drittunternehmen hergestellten Terminals. Diese auf dem internationalen Markt beschafften Terminals würden sodann durch die Terminallieferanten individuell an ihre Bedürfnisse und an die Bedürfnisse der Schweizer Händler angepasst. Anpassung bedeute in diesem Zusammenhang im wesentlichen eine Ausrüstung gemäss ep2-Standard, was die Aufspielung der entsprechenden Software bedeute. Die eigentlichen Terminals benötigten keine ep2-Zertifizierung. Diese könne jederzeit durch die Terminallieferanten durchgeführt werden. Folglich bestehe keinen Anlass, den sachlich relevanten Markt aufgrund von einzelnen technischen Spezifikationen, die jederzeit durch ein simples Software-Update an die jeweiligen nationalen Voraussetzungen angepasst werden können, künstlich einzuschränken.

265. Der Argumentation der Parteien kann nicht gefolgt werden. Massgebend für die Marktabgrenzung ist die Sicht des Schweizer Händlers. Für einen Händler ist es aber ausgeschlossen, seine Terminals beispielsweise in Deutschland oder Frankreich einzukaufen, da diese in der Schweiz nicht funktionieren würden. Der Händler muss ein ep2-zertifiziertes POS-Terminal von einem der in der Schweiz aktiven Terminallieferanten kaufen. Zum Schluss sei erwähnt, dass die ep2-Zertifizierung eines

Terminals nicht nur die Software, sondern auch die Hardware betrifft.<sup>260</sup> Es muss ein kostenpflichtiger, mehrstufiger Zertifizierungsprozess mit diversen Tests durchlaufen werden, welcher ohne Weiteres länger als ein Jahr dauern kann.<sup>261</sup>

#### B.3.2.1.2.2 Räumlich relevanter Markt

266. Die ep2-Spezifikationen haben nationale Geltung, so dass der räumlich relevante Markt die Schweiz ist.

267. Die Parteien bringen auf der Grundlage ihrer Ausführungen zum sachlich relevanten Markt vor, die Terminal-Hersteller seien allesamt international aktive Unternehmen, welche ihre Produkte weltweit produzieren und vertreiben würden. Es sei daher von einem internationalen Markt auszugehen.

268. Es kann auf die obigen Ausführungen zum sachlich relevanten Markt verwiesen werden, welche darlegen, dass es für den Händler nicht möglich ist, Terminals im Ausland zu kaufen. Aus Händlersicht ist folglich ein nationaler Markt abzugrenzen.

#### B.3.2.1.2.3 Marktstellung

269. Zum Zeitpunkt der Vorabklärung "Terminaux de payment" im Jahr 2001 waren nur zwei Unternehmen auf dem damals relevanten Markt für Terminals, welche sowohl Kredit- als auch Debitkarten verarbeiten, tätig. Die 3C-Epsys verfügte über rund [90–100] % Marktanteil und die ICP PaySys über rund [0–10] %.

270. Seither hat sich der Markt stark verändert:

**Tabelle 7: Entwicklungen auf dem Schweizer Terminalmarkt ab dem Jahr 2002**

2002	Die Commtrain Card Solutions AG tritt in den Markt ein und vertreibt die Terminals des US-Herstellers Hypercom-Terminals in der Schweiz
2002	Telekurs kauft die 3C Holding und bildet mit dem Geschäftsbereich Kartenservice der Payserv AG die Telekurs Card Solutions
2003	Die CCV Holding (NL) wird Mehrheitsaktionärin von Jeronimo. CCV-jeronimo vertreibt neu die Terminals von Verifone in der Schweiz. Bis zu diesem Zeitpunkt vertrieb Jeronimo die Banksys-Terminals der Telekurs Card Solutions in der Westschweiz.
2003	Gründung des Freiburger Terminallieferanten XA SA, welcher Ingenico-Terminals vertreibt.
2004	Carus tritt mit dem Produkt cCredit in den Terminalmarkt ein.
2005	Paytec AG steigt neu als Terminallieferant in den Schweizer Markt ein und entwickelt zusammen mit Telekurs Card Solutions das Produkt „davinci“.
2006	Der international tätige Terminalproduzent Ingenico übernimmt die XA SA.
2007	Telekurs Card Solutions kauft von Carus das Produkt cCredit und übernimmt die schweizerische Vertriebsgesellschaft Carus Retail Information Technology GmbH.
2007	Aduno übernimmt die Commtrain Card Solutions AG
2009	Die Innocard AG wird gegründet und vertreibt Hypercom und Thales-Terminals in der Schweiz.

<sup>260</sup> Vgl. Minimal Hardware Requirements for Terminal Hardware Certification, [www.eftpos2000.ch/website/cms/upload/formulare/ca/Minimal%20HW-Requirements%20V.5.6.pdf](http://www.eftpos2000.ch/website/cms/upload/formulare/ca/Minimal%20HW-Requirements%20V.5.6.pdf) (29.11.2010).

<sup>261</sup> Vgl. Business Use Case Specification: ep2 Certification Process, [www.eftpos2000.ch/website/cms/upload/formulare/ca/BUC-Certification.pdf](http://www.eftpos2000.ch/website/cms/upload/formulare/ca/BUC-Certification.pdf) (29.11.2010).

271. Die Marktanteile der Anbieter, basierend auf der Anzahl in Betrieb befindlicher ep2-Terminals in der Schweiz, präsentierten sich per Ende 2006 wie folgt: Card Solutions [50–60] %, Jeronimo [20–30] %, Commtrain [0–10] %, PaySys [0–10] %, ARS [0–10] %, Carus [0–10] % und Ingenico [0–10] %. Card Solutions war damit der klare Marktführer, welcher allerdings nicht mehr über die beinahe Monopolstellung der früheren 3C-Epsys verfügte. In den Jahren 2001 bis 2006 sind 4 Terminalhersteller erfolgreich in den Markt eingetreten. Dabei gehören diverse dieser Terminalhersteller zu international tätigen Konzernen (z.B. Jeronimo oder Ingenico) und verfügen über entsprechende Ressourcen und entsprechendes Know-how. Insbesondere Jeronimo verfügte im Jahr 2006 über einen bedeutenden Marktanteil von [20–30] %, aber auch Commtrain und PaySys erreichten je beinahe [0–10] % Marktanteil. Die Marktentwicklung in dieser Zeit spricht eher gegen eine marktbeherrschende Stellung der Card Solutions auf dem Markt für ep2-Terminals während der für den Missbrauch massgebenden Zeitperiode bis Ende 2006.

272. In der Zwischenzeit konnte Card Solutions wieder Marktanteile gewinnen. Per Ende 2009 verfügten die Terminalanbieter basierend auf der Anzahl in Betrieb befindlicher ep2-Terminals in der Schweiz über folgende Marktanteile: Card Solutions [60–70] %, Jeronimo [10–20] %, Commtrain [10–20] %, PaySys [0–10] %, Ingenico [0–10] %, Carus [0–10] %, PayTec [0–10] % und Innocard [0–10] %. Werden die Marktanteile von Card Solutions und Carus addiert, so ergibt sich ein Marktanteil von [60–70] %. Damit bewegt sich der Marktanteil der Card Solutions wieder in einem Bereich, der als Indiz für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung gewertet werden kann. Gleichzeitig hat der nächstgrössere Konkurrent Jeronimo erhebliche Marktanteile eingebüsst.

273. Für die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung spricht der Umstand, dass die Card Solutions von der marktbeherrschenden Stellung der Multipay auf den Acquiringmärkten, insbesondere vom grossen Vertriebsnetz, das Multipay aufbauen konnte, profitiert. Wie bereits erwähnt, bevorzugen es viele Händler, sämtliche Produkte und Dienstleistungen vom selben Anbieter zu beziehen. Dies zeigt sich daran, dass im Jahr 2009 rund [70–80] % der Terminals, welche in das Acquiringsystem von Multipay eingebunden sind, auf die Card Solutions (und rund [0–10] % auf Carus) entfallen.<sup>262</sup>

274. Zudem ist im vorliegenden Zusammenhang hervorzuheben, dass die SIX-Gruppe im Jahr 2005 neue Markteintritts- und Expansionshindernisse für die Konkurrenten der Card Solutions geschaffen hat. Sämtliche Händler, welche einen Acquiringvertrag mit der marktbeherrschenden Multipay abgeschlossen haben, konnten ihren Kunden nur dann die Währungsumrechnung am POS (DCC-Funktion) anbieten, wenn sie über einen Terminal der Card Solutions verfügten. Damit wurde die Wettbewerbsfähigkeit der Konkurrenzprodukte auf dem Terminalmarkt eingeschränkt. Auf die Missbräuchlichkeit dieses Verhaltens wird in Rz. 296 ff. detailliert eingegangen.

275. Trotz dieser Elemente, welche eine starke Stellung der Card Solutions auf dem Terminalmarkt belegen,

spricht die Marktdynamik gegen die Annahme einer Marktbeherrschung. Die Marktdynamik wurde erheblich durch die ep2-Standardisierung beeinflusst, welche nach Auffassung der Mehrheit der Terminalhersteller die Expansions- und Markteintrittsschranken gesenkt hat: Ein Terminalhersteller weist zwar darauf hin, dass einige der ep2-Spezifikationen als Markteintrittsbarrieren wirken können (z.B. spezifisch schweizerische Anforderungen an die Hardware) sowie dass der Zertifizierungsprozess kostspielig und zeitraubend ist. Die übrigen Terminalhersteller vertreten hingegen die Ansicht, dass sich die Markteintrittsschranken gegenüber dem früheren Zustand mit proprietären Systemen stark verringert haben. Die Einführung des ep2-Standards habe ein erhebliches Marktwachstum hervorgerufen (Ersatz alter Geräte) und es hätten sich aufgrund der Öffnung der Systeme neue technische und kommerzielle Möglichkeiten ergeben. Zudem seien die Preise stark zurückgegangen. Gemäss den Angaben der Terminalhersteller bewegten sich die Preise zuvor auf einem erheblich höheren Niveau von CHF 3000 bis CHF 4000.-, während heute die günstigsten Terminals bereits für rund CHF 1000.- erworben werden können.<sup>263</sup>

276. Seit dem Jahr 2002 ist es denn auch tatsächlich zu diversen Markteintritten gekommen, so dass derzeit insgesamt 7 aktuelle Konkurrenten auf dem Markt tätig sind. Weiter werden auch laufend neue Produkte entwickelt, wie die obige Tabelle der ep2-zertifizierten Terminals aufzeigt. Die heute im Vergleich zur Zeit vor ep2 tieferen Markteintrittsbarrieren werden durch den Markteintritt von Innocard im Jahr 2009 belegt, und im Bereich der potenziellen Konkurrenz kann auf Fujitsu Services hingewiesen werden, deren Produkt B-Pad zur ep2-Zertifizierung angemeldet ist. Schliesslich kann für die Zeit nach dem Ende des Missbrauchs darauf hingewiesen werden, dass die Commtrain – wohl wegen der Verbundvorteile, die sich durch die Integration mit Aduno ergeben haben – und die Ingenico Marktanteile gewinnen konnten.

277. Die Parteien führen in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariates aus, Jeronimo sei mit der international tätigen CCV International BV verbunden. Die CCV-Gruppe sei einer der grössten Terminalhersteller in Europa und verfüge auf ihrem Heimmarkt (Niederlande) über eine installierte Terminalbasis von mehr als 500'000 POS-Terminals. Es handle sich daher im vorliegenden Fall keinesfalls um ein Wettbewerbsverhältnis, in welchem die Card Solutions als wesentlich grösseres Terminal-Unternehmen der CCV-Jeronimo gegenüberstehe. Card Solutions sehe sich einem starken Wettbewerber gegenüber.

<sup>262</sup> Präzisierend gilt es festzuhalten, dass für die Berechnung dieser Prozentwerte auf die Anzahl Terminals abgestellt wurde, welche mit dem System der Card Solutions verbunden sind und mindestens eine Transaktion oder Einlieferung gemacht haben. Es ist gemäss Multipay davon auszugehen, dass rund 10 % der Terminals, welche mit dem System der Card Solutions verbunden sind, nicht in das Acquiringsystem der Multipay, sondern in Acquiringsysteme von Dritten eingebunden sind. Dieser Umstand sollte jedoch auf ausgewiesenen Prozentwerte keinen erheblichen Einfluss haben, oder höchstens dazu führen, dass die für die Card Solutions angegebenen Prozentwerte zu tief sind, da davon auszugehen ist, dass in Acquiringsystemen von Dritten der Anteil von Card-Solutions-Terminals geringer ist als im Acquiringsystem von Multipay.

<sup>263</sup> Vgl. Preisübersicht Postfinance (FN 259).

278. Oben wurde dargelegt, weshalb von einem nationalen Markt für ep2-zertifizierte POS-Terminals auszugehen ist. Massgebend für die Beurteilung der Marktstellung ist daher der Wettbewerb in der Schweiz. Die Terminalbasis von CCV-Jeronimo in Holland spielen für den vorliegenden Fall daher keine Rolle. Zutreffend ist, dass Jeronimo daran war sich als starker Wettbewerber zu positionieren, aber mit Hilfe der Verweigerung der DCC-Funktion (vgl. unten Rz. 306ff.) in seiner Marktentwicklung zurückgebunden werden konnte (vgl. Rz.382 ff.).

#### B.3.2.1.2.4 Ergebnis für den Terminalmarkt

279. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Card Solutions zu der für den Missbrauch massgebenden Zeitperiode zwar über eine starke Marktstellung auf dem Markt für ep2-zertifizierte POS-Terminals verfügte, aufgrund der Marktentwicklung aber eher nicht von einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen ist. Seither konnte Card Solutions ihren Marktanteil wieder erheblich ausbauen, aufgrund der vorhandenen Marktdynamik ist eine marktbeherrschende Stellung dennoch eher zu verneinen. Eine abschliessende Beurteilung ist letztlich nicht erforderlich, da es für den vorliegenden Fall keine Rolle spielt, ob der Card Solutions eine marktbeherrschende Stellung auf dem Terminalmarkt zukommt. Der Card Solutions wird nicht vorgeworfen, ihre Stellung auf dem Terminalmarkt zu missbrauchen, sondern der Multipay wird vorgeworfen, ihre marktbeherrschende Stellung in den Acquiringmärkten unter Verwendung der DCC-Funktion auf den Terminalmarkt übertragen zu wollen bzw. der Card Solutions einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen und die Mitbewerber auf dem Terminalmarkt zu behindern. Der Terminalmarkt bildet daher derjenige Markt, auf dem sich der Missbrauch auswirkt (vgl. hierzu unten Rz. 355 ff.).

#### B.3.2.1.3 Markt für Umrechnungsdienstleistungen

280. Multipay hat geltend gemacht, dass eine Offenlegung der Schnittstellen und Terminalspezifikationen der DCC-Software der Card Solutions nur dann kartellrechtlich gefordert werden könne, wenn der Card Solutions eine marktbeherrschende Stellung bei der Erbringung von DCC-Dienstleistungen am Terminal zukommen würde. Card Solutions sei aber auf dem sachlich relevanten Markt für Umrechnungsdienstleistungen am POS-Terminal, welcher in örtlicher Hinsicht weltweit abzugrenzen sei, nicht marktbeherrschend, sondern stehe im Wettbewerb mit international tätigen DCC-Providern.<sup>264</sup>

281. Die Vorbringen der Multipay sind nicht stichhaltig. Die Marktstellung der Card Solutions auf dem Markt für DCC-Dienstleistungen ist vorliegend irrelevant. Wesentlich ist einzig die marktbeherrschende Stellung der Multipay als Acquirerin, die es ihr erlaubt, die bei ihr angeschlossenen Händler zum Kauf eines Card Solutions-Terminals zu bewegen, indem sie nur bei diesen die DCC-Funktion unterstützt. Dass der Markt für DCC-Dienstleistungen keine Rolle spielt, geht auch aus den Äusserungen der Multipay selbst hervor: "DCC wird jedoch immer als Bestandteil eines Acquiring-Vertrages angeboten und bildet somit Bestandteil einer umfassenden Zahlkartendienstleistung. Es besteht keine Möglichkeit DCC isoliert und unabhängig anzubieten oder zu erwerben".<sup>265</sup> Mit anderen Worten besteht für Händler,

welche einen Acquiringvertrag mit Multipay abgeschlossen haben, keine Wahl auf dem Markt für Umrechnungsdienstleistungen. Sie können gar nicht einen anderen DCC-Provider wählen.

282. Schliesslich zeigt sich die Bedeutungslosigkeit des Marktes für Umrechnungsdienstleistungen im vorliegenden Fall auch daran, dass die Offenlegung der Schnittstelleninformationen nicht gegenüber Konkurrenten auf dem DCC-Markt erfolgt, sondern gegenüber den Terminalherstellern, welche gar nicht auf diesem Markt tätig sind.

283. Da die Marktstellung von Multipay auf dem Markt für Umrechnungsdienstleistungen für die kartellrechtliche Beurteilung des vorliegenden Falles keine Rolle spielt, wird er nachfolgend nur *summarisch* zum besseren Verständnis des Falles dargestellt:

284. Wie bereits bei der Darstellung des Sachverhaltes ausgeführt, kann beim elektronischen Kartenverkehr die Umrechnungsdienstleistung gegenüber dem Karteninhaber entweder durch den Issuer oder aufgrund der DCC-Funktion direkt am POS durch den Acquirer erbracht werden (vgl. oben A.1.3). Dabei kann der Acquirer entweder selber die Umrechnungsdienstleistung anbieten oder er arbeitet zu diesem Zweck mit einem speziellen Dienstleistungserbringer (DCC-Provider) zusammen. Auf dem Schweizer Markt sind beide Konstellationen zu beobachten:

- Aduno kooperiert mit First Currency Choice (Schweiz) AG (FCC Schweiz), B&S mit FCC Service Europe AB und ConCardis mit Fexco. Bei diesen Acquirern schliesst der Händler neben seinem Akzeptanzvertrag mit dem Acquirer auch einen Zusatzvertrag mit dem DCC-Provider ab.
- Bei Multipay wird die Währungsumrechnung konzernintern durch Card Solutions vorgenommen. Die DCC-Dienstleistung wird den Händlern gemäss Angaben von Multipay immer als Bestandteil eines Acquiring-Vertrages angeboten und bildet somit Bestandteil einer umfassenden Zahlkartendienstleistung.<sup>266</sup>

285. Marktgegenseite der Anbieter von DCC-Dienstleistungen sind die Händler. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die unabhängigen DCC-Provider ihre Dienstleistung nur dann einem Händler anbieten können, wenn sie über einen Kooperationsvertrag mit seinem Acquirer verfügen.

<sup>264</sup> Vgl. act. no 12 und 103.

<sup>265</sup> Act. no 103, S. 47.

<sup>266</sup> Act. no 103, S. 47.

<sup>267</sup> RPW 2008/4, S. 579, Rz. 172; RPW 2006/4, S. 640, Rz. 97.

286. Aus Sicht der Händler stellt die Umrechnung durch die Issuer kein Substitut für die Umrechnung am Terminal dar. Die Umrechnung am Terminal erlaubt es ihm, seinen Kunden eine zusätzliche und erwünschte Dienstleistung anzubieten, und generiert bei ihm zusätzliche Einnahmen (bzw. vermindert die Händlerkommission), da ein Teil der Erträge aus dieser Dienstleistung dem Händler angerechnet wird (bis zu 1 % des Transaktionsbetrags).

287. Bei der räumlichen Marktabgrenzung gilt es zu berücksichtigen, dass die unabhängigen DCC-Provider wie FCC oder FEXCO international tätig sind und ihre Dienstleistungen in zahlreichen Länder anbieten. Andererseits weist FCC darauf hin, dass die in der Schweiz verwendeten ep2-Spezifikationen von den ausländischen Verarbeitungsprotokollen abweichen, so dass

jeder ausländische DCC-Provider seine technische Lösung auf der Grundlage des ep2-Standards anbieten muss. Eine abschliessende räumliche Marktabgrenzung ist nicht erforderlich, es erscheint aber als sinnvoll, sich an der Marktabgrenzung beim Acquiring zu orientieren: Wesentlich ist, welche Anbieter auf dem Schweizer Markt vertreten sind, d.h., welche Anbieter durch einen Schweizer Händler überhaupt gewählt werden können. Derzeit ist die Wahl des DCC-Providers an die Wahl des Acquirers gekoppelt, da jeder Acquirer nur mit einem DCC-Provider kooperiert.

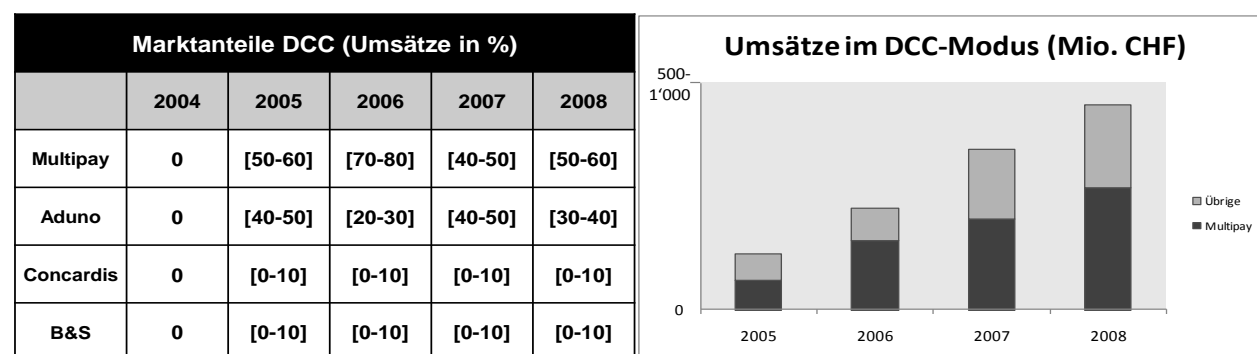
288. Ein Blick auf die Umsätze sowie die Anzahl Transaktionen, bei denen DCC zur Anwendung gelangt, zeigt die Bedeutung dieser Funktion. Die Umsatzzahlen sowie die Anzahl Transaktionen sind zudem seit der Einführung der DCC-Funktion im Jahr 2005 stetig angestiegen:

	2005	2006	2007	2008
<b>Umsätze in CHF im DCC-Modus</b>	[100'000'000–200'000'000]	[300'000'000–400'000'000]	[500'000'000–600'000'000]	[650'000'000–750'000'000]
<b>Anzahl TRX im DCC-Modus</b>	[500'000–600'000]	[1'000'000–1'200'000]	[2'100'000–2'300'000]	[3'100'000–3'300'000]

289. Von den Umsätzen, bei welchen die DCC-Funktion in der Schweiz zur Anwendung gelangt, entfallen knapp zwei Drittel auf Multipay und gut ein Drittel auf Adu-

no/FCC. Die Marktanteile von B&S/FCC und ConCardis/Fexco sind hingegen gering:

**Abbildung 13: Marktanteile und Umsätze im DCC-Modus**



290. Der Marktanteil der Multipay von rund [50–60] % der Umsätze, bei welchen Umrechnungsdienstleistungen am POS in der Schweiz angewendet werden, erklärt sich dadurch, dass die Marktstellung der Multipay im Acquiring durch die Integration von Acquiring und DCC auf den Markt für Umrechnungsdienstleistungen am Terminal übertragen wird.

291. Der hohe Marktanteil der Multipay im Bereich der DCC-Dienstleistungen deutet grundsätzlich auf eine marktbeherrschende Stellung hin. Allerdings dürfte ein gewisser disziplinierender Einfluss auf der Ebene des Karteninhabers durch die Umrechnungsdienstleistungen der Issuer erfolgen. Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens kann jedoch auf eine abschliessende Beurteilung der Marktstellung der Multipay verzichtet werden.

292. Die Parteien merken in ihrer Stellungnahme an, die Umrechnungsdienste seien eine Zusatzfunktion inner-

halb des Acquiring bzw. Issuing. Zudem seien die grössten Anbieter von Umrechnungsdienstleistungen die Issuer.

293. Während den Parteien zuzustimmen ist, dass die Umrechnungsdienstleistung im Issuing als ein integraler Bestandteil zu betrachten ist, trifft dies beim Acquiring zur Zeit nicht zu. Es wurde bereits dargestellt, dass diverse Unternehmen auf dem Markt aktiv sind, die sich darauf spezialisiert haben, die DCC-Dienstleistung anzubieten. In der Schweiz ist Multipay der einzige Acquirer, welcher die Umrechnungsdienstleistung anbietet, ohne auf einen DCC-Provider zurückzugreifen. Bezüglich der Umrechnungsdienstleistungen der Issuer ist nochmals darauf hinzuweisen, dass diese aus Sicht der Händler kein Substitut für das Angebot derjenigen Unternehmen (DCC-Provider oder Acquirer) darstellen, die es ihm ermöglichen seinen Kunden die Umrechnung am

Terminal anzubieten (vgl. oben Rz. 286). Die Umrechnungsdienstleistung der Issuer stellt erst aus Sicht des Karteninhabers allenfalls ein Substitut für die Umrechnungsdienstleistung am Terminal dar.

### B.3.2.2 Gesamtergebnis

294. Die Analyse der relevanten Märkte hat ergeben, dass

- Multipay im Kreditkarten-Acquiring von Visa und Mastercard und im Debitkarten-Acquiring von Maestro sowohl für die Zeitperiode des missbräuchlichen Verhaltens bis Ende Januar 2007 als auch noch heute eine marktbeherrschende Stellung inne hat;
- Card Solutions über eine starke Marktstellung auf dem Markt für ep2-zertifizierte POS-Terminals verfügt, die Marktentwicklung aber eher gegen das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung spricht;
- Der Markt für Umrechnungsdienstleistungen am Terminal für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts nicht massgebend ist, wobei eine summarische Analyse auf eine starke Marktstellung der Multipay hindeutet.

295. Da bereits Marktbeherrschung aufgrund der herkömmlichen Kriterien besteht, erübrigt sich eine Prüfung, ob zudem auch Marktbeherrschung aufgrund wirtschaftlicher Abhängigkeiten (vgl. Rz. 136) besteht.

### B.3.3 Unzulässige Verhaltensweisen ("Missbrauch")

296. Das Innehaben einer marktbeherrschenden Stellung allein stellt kartellrechtlich noch kein Problem dar: Unzulässigkeit liegt erst vor, wenn diese Stellung missbraucht wird.<sup>267</sup>

#### B.3.3.1 Bedeutung von Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 KG

297. Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt. Nach h.L. und Rechtsprechung handelt es sich dabei um eine nicht abschliessende Aufzählung von Verhaltensweisen, welche als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in Frage kommen, wobei jedoch die allgemeinen Kriterien von Art. 7 Abs. 1 KG in jedem Fall gegeben sein müssen. Dies bedeutet umgekehrt, dass die Generalklausel Sachverhalte erfasst, die im Beispielkatalog nicht erwähnt sind.<sup>268</sup>

298. Zu beachten ist allerdings, dass gemäss der neuesten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Fall "Swisscom Terminierungspreise" die Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG aufgrund ihrer inhaltlichen Offenheit keine genügende Grundlage für eine Sanktionierung gemäss Art. 49a KG bildet. Eine Sanktionierung ist gemäss dem Bundesverwaltungsgericht offenbar nur dann möglich, wenn Art. 7 Abs. 1 KG in Verbindung mit einem in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten Tatbestand ("als untrennbare Einheit") angewendet wird.<sup>269</sup> Dies führt dazu, dass Verhaltensweisen, die einzig von der Generalklau-

sel erfasst werden, zwar kartellrechtlich unzulässig sein können, dass aber als Rechtsfolge nur ein Verbot der Verhaltensweise, nicht aber eine Sanktion in Frage kommt. Obwohl diese Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts noch nicht rechtskräftig ist und die Weko die Auffassung vertritt, dass Art. 7 Abs. 1 KG eine genügende Grundlage für eine Sanktionierung bildet,<sup>270</sup> erfolgt die weitere Prüfung des Falles unter Beachtung der Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts.

#### B.3.3.2 Behinderungsmisbrauch

299. In Art. 7 Abs. 1 KG werden zwei strukturell verschiedenartige Verhaltensweisen als missbräuchlich bezeichnet: einerseits die *Behinderungs-* und andererseits die *Ausbeutungssachverhalte*<sup>271</sup>.

300. Behinderungssachverhalte treten i.d.R. als Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber Konkurrenten auf und sind ihrem Wesen nach wettbewerbsbezogen. Bei den Behinderungssachverhalten werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert. Durch verdrängendes Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens werden aktuelle Konkurrenten geschwächt oder vom Markt verdrängt oder der Markteintritt potenzieller Konkurrenten wird be- oder gar verhindert. Es kommt zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung (Anticompetitive Foreclosure). Der Behinderungsmisbrauch führt dazu, dass marktbeherrschende Unternehmen ihre Konkurrenten durch andere Mittel als die Wettbewerbsfähigkeit ihrer Produkte oder Dienstleistungen ausschliessen (*Competition on the Merits*). Es kommt daher nicht nur zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerber, sondern zu einer Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs an sich.<sup>272</sup>

<sup>268</sup> Vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basel 2010, Art. 7 N 25 m.w.H.; BGer, RPW 2003/4, S. 961, E. 6.5.1; RPW 2008/4, S. 579, Rz. 173; RPW 2006/4, S. 640, Rz. 98; CLERC, (FN 192) Art. 7 LCart N 5; BORER (FN 115), Art. 7 N 4 ff.; BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 570.

<sup>269</sup> BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007), E. 4.5 ([http://relevancy.bger.ch/pdf/azabvger/2010/b\\_02050\\_2007\\_2010\\_02\\_24\\_t.pdf](http://relevancy.bger.ch/pdf/azabvger/2010/b_02050_2007_2010_02_24_t.pdf); 29.11.2010).

<sup>270</sup> Der Gesetzgeber hat in Art. 49a KG generell Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG als sanktionierbar bezeichnet. Dies im Gegensatz zu den unzulässigen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG, bei denen nur die Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sanktionierbar sind; vgl. auch die fundierte Kritik von ANDREAS HEINEMANN, Direkte Sanktionen im Kartellrecht – Das Swisscom-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Jusletter vom 21. Juni 2010, Rz. 22 ff.

<sup>271</sup> Vgl. zu den Ausbeutungssachverhalten BVGer, 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007), E. 11.1.2 und AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 46. Der Ausbeutungsmisbrauch ist für den vorliegenden Fall nicht relevant, so dass im Folgenden nicht weiter darauf eingegangen wird.

<sup>272</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 43; Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 5 f. und 19.

301. Ein marktbeherrschendes Unternehmen kann andere Unternehmen grundsätzlich auf verschiedenen Märkten oder Marktstufen behindern. Einerseits kann die Behinderung auf dem Markt stattfinden, in dem die Marktbeherrschung besteht, d.h. auf derselben Marktstufe. Man spricht in diesem Fall von horizontaler Marktverschliessung (*Horizontal Foreclosure*). Andererseits kann ein marktbeherrschendes Unternehmen andere Unternehmen auf benachbarten (*adjacent*), vor- oder nachgelagerten Märkten behindern, d.h. auf Märkten, auf denen das betrachtete Unternehmen nicht tätig oder zumindest nicht marktbeherrschend ist. Diese Situation wird in der Regel als vertikale Marktverschliessung (*Vertical Foreclosure*) bezeichnet.<sup>273</sup>

302. Eine solche Marktverschliessung tritt insbesondere dann auf, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen ebenfalls auf dem benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt tätig ist. Es besteht dann die Möglichkeit, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen versucht, seine Marktmacht auf den benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt zu übertragen (*Leverage*), indem Konkurrenten auf dieser Marktstufe behindert werden.<sup>274</sup> Die einfachste Form, dies zu erreichen, ist die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen mit möglichen Konkurrenten auf dem benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt.<sup>275</sup> Andere Möglichkeiten sind etwa die Bevorzugung des eigenen, auf dem benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt tätigen Unternehmens (eigene Tochter- oder Schwestergesellschaft)<sup>276</sup> oder Koppelungsverträge.<sup>277</sup>

303. Vielfach wird eine Marktverschliessung auch durch eine technische Behinderung erreicht, indem das marktbeherrschende Unternehmen verhindert, dass die Konkurrenten auf dem benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt Produkte anbieten können, die kompatibel sind mit den Produkten, Anlagen, Systemen oder Einrichtungen des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem beherrschten Markt.<sup>278</sup> Zu solchen Konstellationen bestehen denn auch diverse internationale Leitentscheide vor. Die wichtigsten werden nachfolgend in Kürze angesprochen:

- Wegleitend ist etwa der Fall *AT&T*. AT&T verfügte über ein Monopol im Bereich der Telefonsysteme ("Bell System"). Während Jahrzehnten durften an dieses Telefonnetz ohne Zustimmung von AT&T keine fremden End- oder Zusatzgeräte angeschlossen werden. Mit zwei Gerichtsentscheidungen wurde AT&T gezwungen, fremde Zusatz- und später auch fremde Endgeräte zuzulassen, sofern diese die Netzsicherheit nicht gefährdeten.<sup>279</sup> Schliesslich wurde durch die Regulierungsbehörde ein System diskriminierungsfreier Interkonnektion mit einer offenen Schnittstelle und kostenloser Systemanbindung festgelegt. Die Auswirkung dieser Öffnung auf den Wettbewerb und die Entwicklung auf dem Zusatz- und Endgeräte Markt werden rückblickend äusserst positiv und als Grundlage für zahlreiche Innovationen (z.B. Anrufbeantworter, Faxgeräte, Modems) gewertet.<sup>280</sup>
- In einem Missbrauchsverfahren der Europäischen Kommission gegen IBM wurde dem Unternehmen vorgeworfen, dass es seine marktbeherrschende

Stellung im Bereich der leistungsfähigen Datenverarbeitungsanlagen ("System/370") missbraucht habe, indem es "anderen Herstellern nicht rechtzeitig die erforderlichen technischen Informationen lieferte, um die Verwendung von Konkurrenzzeugnissen in Verbindung mit dem System/370 zu ermöglichen („Schnittstelleninformationen“).<sup>281</sup> Zudem wurde die Verkaufsstrategie von IBM, Prozessoren nur zusammen mit Speicherelementen ("Memory-Bundling") und Basis-Software ("Software-Bundling") abzugeben, als missbräuchlich erachtet. Das Verfahren wurde durch die Selbstverpflichtung von IBM abgeschlossen, ausreichende und rechtzeitige Schnittstelleninformationen zu liefern, damit die Konkurrenzunternehmen die Hardware- und Software-Produkte ihrer eigenen Entwicklung an das System/370 anschliessen können.<sup>282</sup>

- Von Bedeutung sind schliesslich die EU-Verfahren gegen *Microsoft*.<sup>283</sup> Die EU-Kommission hat mit Entscheidung vom 24.<sup>284</sup> Mai 2004 zwei Verhaltensweisen von Microsoft als unzulässig erachtet

<sup>273</sup> Vgl. Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S. 21 ff.; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 94 ff.

<sup>274</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 97 und 514 ff.

<sup>275</sup> Vgl. RPW 2004/1, S. 119, Rz. 56; RPW 2001/2, S. 284 ff., Rz. 165 ff.

<sup>276</sup> Vgl. RPW 1997/2, S. 167 f., Rz. 40.

<sup>277</sup> Vgl. RPW 2005/1, S. 51, Rz. 54 f.; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 516 ff. Die Koppelung wird im Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S. 23 und 180 der "Horizontal Foreclosure" zugewiesen: "A company that is dominant in the tying market can through tying or bundling foreclose the tied market and can indirectly also foreclose the tying market (horizontal foreclosure)". Vgl. für weitere Ausführungen hierzu unten Rz. 505 ff.

<sup>278</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 455 m.w.H.; PHILIPP J. WEISER, Regulating Interoperability: Lessons from AT&T, Microsoft, and beyond, in: Antitrust Law Journal 2009 (Vol. 76), S. 271.

<sup>279</sup> Es handelt sich dabei um die "Hush-A-Phone"-Entscheidung (Hush-A-Phone v. United States, 238 F.2d 266 [D.C. Cir. 1956]), sowie die "Carterphone"-Entscheidung (Federal Communications Commission, 13 F.C.C.2d 420 [1968], erhältlich unter [www.uiowa.edu/~cyberlaw/FCCOps/1968/13F2-420.html](http://www.uiowa.edu/~cyberlaw/FCCOps/1968/13F2-420.html); 29.11.2010).

<sup>280</sup> Vgl. WEISER (FN 278), S. 274 f.; GERALD E. FAULHABER, Policy-Induced Competition: The Telecommunications Experiments, in: Information Economics and Policy, 2003 (Vol. 15), zugänglich unter <http://rider.wharton.upenn.edu/~faulhaber/987/Policy-Induced%20Competition.pdf> (29.11.2010), S. 5 ff.; CHRISTOPH ENAUX, Effiziente Marktregulierung in der Telekommunikation, Diss., Münster, 2003, S. 88 f. Vgl. auch die Einträge zu "Hush-A-Phone" ([http://en.wikipedia.org/wiki/Hush-A-Phone\\_v.\\_United\\_States](http://en.wikipedia.org/wiki/Hush-A-Phone_v._United_States); 29.11.2010) und "Carterphone" (<http://en.wikipedia.org/wiki/Carterphone>; 29.11.2010) in der englischsprachigen Wikipedia.

<sup>281</sup> Vgl. EU-Kommission, Vierzehnter Bericht über die Wettbewerbspolitik 1984, 1985, Rz. 94.

<sup>282</sup> Vgl. EU-Kommission, Vierzehnter Bericht über die Wettbewerbspolitik 1984, 1985, Rz. 94 f.

<sup>283</sup> Gegen Microsoft wurden auch in den USA Verfahren geführt. Im Fall *Microsoft III* (253 F.3d 34) wurde v.a. die Bündelung des Windows-Betriebssystems mit dem "Internet Explorer" untersucht. Das Verfahren endete mit der Verpflichtung von Microsoft, den Original Equipment Manufacturers (OEM; Originalgerätehersteller) das Recht zur Entfernung diverser Windows-Komponenten zur Substitution mit Konkurrenzsoftware einzuräumen; vgl. JOCHEM APON, Cases Against Microsoft: Similar Cases, Different Remedies, in: E.C.L.R. 2007 (Issue 6), S. 327 f.

<sup>284</sup> Entscheidung der EU-Kommission vom 24. März 2004 i.S. Microsoft (COMP/C-3/37.792), [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/37792/37792\\_4177\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37792/37792_4177_1.pdf) (29.11.2010) deutsche Zusammenfassung unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ.L:2007:032:0023:0028:de:PDF> (29.11.2010).

und mit einer Rekordbusse sanktioniert: Erstens hatte sich Microsoft geweigert, einem Anbieter von Servern und Serverbetriebssystemen (Sun Microsystems) alle Informationen offen zu legen, die benötigt werden, um eine nahtlose Kommunikation der eigenen Produkte mit dem Windows-Betriebssystem sicherzustellen. Diese Verweigerung der Offenlegung von Schnittstelleninformationen wurde als missbräuchlich erachtet, und Microsoft wurde angewiesen, die verweigerten Informationen offen zu legen. Zweitens wurde die Koppelung des Windows-Betriebssystems mit dem Windows Media Player ebenfalls als Verstoss gegen Art. 82 EGV (heute Art. 102 AEUV) qualifiziert. Der Entscheid der EU-Kommission wurde durch das EuG<sup>285</sup> am 17. September 2007 bestätigt.<sup>286</sup> Die Microsoft-Entscheide enthalten zahlreiche Ausführungen zur Problematik der Offenlegung von Schnittstelleninformationen, welche für die Beurteilung des vorliegenden Falles von Interesse sind. So wurde unter anderem festgestellt, dass die Informationsverweigerung von Microsoft zu einer Einschränkung der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher führe.

304. Im vorliegenden Fall wird Multipay vorgeworfen, dass sie ihre marktbeherrschende Stellung auf den Acquiring-Märkten dazu benutzt hat, die Marktstellung der Schwestergesellschaft Card Solutions auf dem Terminalmarkt zu stärken. Dies ist dadurch erfolgt, dass Händler, welche einen Akzeptanzvertrag mit Multipay abgeschlossen haben, die DCC-Funktion nur dann benutzen konnten, wenn sie über einen Terminal der Card Solutions verfügten. Durch die Verweigerung von Schnittstelleninformationen an andere POS-Terminal-Anbieter wurde verhindert, dass diese den bei der Multipay angeschlossenen Händlern ebenfalls POS-Terminals anbieten konnten, welche die DCC-Funktion unterstützen. Es handelt sich um eine Verhaltensweise, welche einen Verdrängungseffekt auf dem Terminalmarkt zur Folge hat und einen Behinderungsmissbrauch darstellen kann. Dabei kommen mehrere Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG in Frage:

- Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG);
- Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG);
- Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG);
- Vorliegen eines Koppelungsgeschäfts (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG)

305. Nachfolgend werden die einzelnen Tatbestandsvarianten in ihrer gesetzlichen Reihenfolge geprüft, wobei es durchaus möglich ist, dass ein Verhalten mehrere dieser Tatbestände erfüllt.<sup>287</sup> Dabei gilt es auch zu untersuchen, ob das Verhalten durch das Vorliegen von sachlichen Gründen ("legitimate business reasons") gerechtfertigt werden kann.

### B.3.3.3 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen

#### B.3.3.3.1 Allgemeines

306. Grundsätzlich gilt auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen das Prinzip der Vertragsfreiheit, d.h. es hat die Möglichkeit, seine Geschäftspartner frei zu wählen. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG stellt eine Ausnahme von diesem Prinzip dar. Als missbräuchlich gelten Geschäftsverweigerungen mit Behinderungswirkung. Als unzulässig gilt eine Geschäftsverweigerung insbesondere dann, wenn sie dazu dient, den Wettbewerb auf dem vor- oder nachgelagerten Markt zu erschweren oder zu verhindern.<sup>288</sup>

307. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG betrifft eine breite Palette von Verhaltensweisen, die alle auf eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen hinauslaufen. Unter diesen Tatbestand fallen sowohl die Auflösung oder die Einschränkung von Geschäftsbeziehungen zu bereits bestehenden Geschäftspartnern wie auch die Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen zu potentiellen Geschäftspartnern.<sup>289</sup> Weiter kann die Verweigerung sowohl auf vorgelagerten Märkten (Bezugssperre) als auch auf nachgelagerten oder benachbarten Märkten erfolgen (Liefersperre).<sup>290</sup> Schliesslich werden auch spezifischere Verhaltensweisen erfasst, wie die Weigerung, den Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung ("Essential Facility") oder einem Netz zu gewähren, die Weigerung, eine Lizenz für Rechte des geistigen Eigentums zu erteilen, oder die Weigerung, Schnittstelleninformationen offen zu legen.<sup>291</sup>

308. Von einer missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne einer Liefersperre ist jedenfalls dann auszugehen, wenn folgende Merkmale vorliegen<sup>292</sup>:

<sup>285</sup> Aufgrund des Vertrags von Lissabon heisst das EuG seit dem 1. Dezember 2009 *Gericht der Europäischen Union*. Zuvor wurde die Bezeichnung *Europäisches Gericht erster Instanz* verwendet.

<sup>286</sup> Entscheid des EuG vom 17. September 2007 i.S. Microsoft (T-201/04), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004A0201:EN:HTML> (29.11.2010).

<sup>287</sup> Gemäss CLERC, (FN 192) Art. 7 LCart N 268 f. überschneiden sich gewisse Tatbestandsvarianten.

<sup>288</sup> Vgl. RPW 2006/4, S. 642, Rz. 108; BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 570 f.; PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), Bern 2007, Art. 7 N 10; BORER (FN 115), Art. 7 N 10 f.; CLERC (FN 192), Art. 7 LCart N 118; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 72.

<sup>289</sup> Vgl. BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 570 f.

<sup>290</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 97.

<sup>291</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 72; Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 78.

<sup>292</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 72; Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 81; beide Fundstellen teilweise mit Abweichungen, auf die bei den einzelnen Kriterien eingegangen wird. An dieser Stelle ist einzig darauf hinzuweisen, dass das in der Mitteilung zu Art. 82 EGV genannte Kriterium, dass die Verweigerung wahrscheinlich den Verbrauchern schaden muss, im schweizerischen Kartellrecht keine Rolle spielt, da dieses nicht im selben Ausmass wie das europäische Recht auf die Verbraucherwohlfahrt fokussiert. Zudem hat der EuGH in einem aktuellen Entscheid festgehalten: "*Article 82 EC refers not only to practices which may cause damage to consumers directly, but also to those which are detrimental to them through their impact on an effective competition structure*" (EuGH, Urteil vom 2. April 2009, France Télécom [C-202/07], Rz. 105. Vgl. zum ganzen auch MANUEL KELLERBAUER, Der "more economic approach" bei der Anwendung des Artikels 82 EG-Vertrag, in: AJP 2009/12, S. 1576 ff. (1579).

- (1) Die anvisierte Verhaltensweise besteht in einer Verweigerung, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten;
- (2) Die Verweigerung betrifft einen Input, der objektiv notwendig ist, um auf einem nachgelagerten oder benachbarten Markt wirksam konkurrieren zu können;
- (3) Die Verweigerung zeitigt wettbewerbsbehindernde Effekte;
- (4) Die Verweigerung kann nicht durch "Legitimate Business Reasons" gerechtfertigt werden.

### B.3.3.3.2 Geschäftsverweigerung

#### B.3.3.3.2.1 Explizite Geschäftsverweigerung

309. Zunächst ist erforderlich, dass ein Geschäftspartner versucht hat, eine Geschäftsbeziehung aufzubauen und zu diesem Zweck mit dem marktbeherrschenden Unternehmen kommuniziert hat. Die Verweigerung der Geschäftsbeziehung kann dann direkt erfolgen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen eine solche explizit ablehnt oder indirekt, beispielsweise durch Ausweichmanöver, Verzögerungsstrategien oder die Auferlegung unangemessener Geschäftsbedingungen, welche auf eine Geschäftsverweigerung hinauslaufen ("Constructive Refusal to Deal").<sup>293</sup>

310. Die nachfolgende Zeittabelle gibt eine Übersicht, wie die Entwicklung von DCC bei Multipay/Card Solutions erfolgt ist und wie sich die beiden Unternehmen gegenüber Jeronimo und anderen Terminallieferanten verhalten haben.<sup>294</sup>

**Tabelle 8: Zeittabelle**

21.09.2004	<b>Lancierung des DCC-Projektes</b> bei der Card Solutions. Das Projekt soll Multipay ermöglichen, seinen Händlern DCC anzubieten. In einer ersten Phase ist eine Umsetzung auf dem ep2-Terminal „Smash“ der Card Solutions sowie die Anpassung diverser Systeme (z.B. solche für das Acquiring Front- und Backoffice) vorgesehen.
15.10.2004	Erstellung der Systemspezifikationen.
02.12.2004	Testphase abgeschlossen.
20.01.2005	<b>Beginn der produktiven Pilotphase</b> , welche bis Ende Februar dauert ([10–20] Terminals in [10–20] Hotels). Bereinigung anfänglicher Schwierigkeiten mit der Terminalsoftware. Multipay acquirit DCC-Verträge mit Startdatum 01.03.2005.
01.03.2005	<b>Überführung des Pilotbetriebs in den regulären Betrieb.</b>
05.04.2005	Mit über [300–400] Händlern wurden DCC-Verträge abgeschlossen. Davon sind erst [0–100] mit einem DCC-fähigen ep2-Gerät ausgerüstet.
10.05.2005	DCC-Verträge mit rund [500–600] Händlern abgeschlossen, von denen erst [100–200] über ein ep2-Terminal verfügen. Anpassungen betreffend Tip (Trinkgeld) und Ticket.
10.06.2005	<b>Erste Anfrage von Jeronimo:</b> Jeronimo äussert anlässlich einer Besprechung mit Multipay das Anliegen, die DCC-Funktion auf ihren Terminals anbieten zu können.
14.06.2005	Mit rund [900–1000] Händlern wurden DCC-Verträge abgeschlossen. Davon hat rund die Hälfte noch kein ep2-Terminal.
20.06.2005	<b>Entscheid Verweigerung:</b> In der GL von Card Solutions wird der Beschluss von Multipay mitgeteilt, Jeronimo kein DCC anzubieten.
05.07.2005	Die Firma [Name Firma] ist daran, für Multipay die Integration von DCC mit [Name Firma] (Hotellösung) zu implementieren. Mit rund [1200–1'300] Händlern wurden DCC-Verträge abgeschlossen, von denen rund die Hälfte über kein ep2-Terminal verfügt. Im Juni wurden gut [20'000–25'000] Transaktionen für knapp CHF [0–10] Mio. im DCC-Modus abgewickelt.
05.07.2005	<b>Zweite Anfrage von Jeronimo:</b> Schreiben der Jeronimo an Multipay mit der Bitte, die DCC-Spezifikationen offenzulegen.
16.07.2005	Mit rund [1600–1700] Händlern wurden DCC-Verträge abgeschlossen. Davon sind rund [600–700] mit einem DCC-fähigen ep2-Gerät ausgerüstet.
22.07.2005	Schreiben der <b>Ingenico</b> (XA AG) mit der Bitte, die technischen Informationen bezüglich DCC mitzuteilen, welche für die Entwicklung der eigenen Terminals notwendig sind. Eine schriftliche Antwort erfolgt nicht. Card Solutions gibt an, sie habe Ingenico mündlich mitgeteilt, die DCC-Funktion befinde sich noch in einer Pilotphase, weshalb das Produkt DCC noch nicht zur Verfügung gestellt werden könne.
18.11.2005	Besprechung zwischen Jeronimo und Multipay, wobei Multipay in Aussicht stellt, am 9. Januar 2006 darüber zu entscheiden, ob DCC für andere Terminallieferanten zugänglich gemacht wird.
im Nov. 2005	<b>PaySys</b> fragt Multipay an einer Besprechung bezüglich DCC an. Multipay erklärt, dass sich DCC in einer



	Pilotphase befinde und die Funktion nicht weitergegeben werden könne.
16.12.2005/ 11.01.2006	Ankündigung von <b>Visa</b> an alle Acquirer, welche DCC anbieten, dass Visa eine <b>Rezertifizierung</b> verlangen wird. Visa verlangt technische Anpassungen, welche die Wahlfreiheit des Karteninhabers sicherstellen. Nach der Rezertifizierung ist ein zweimonatiger Requalifikationsprozess zu durchlaufen, während dem maximal 100 Händlern DCC angeboten werden darf.
09.01.2006	<b>Bestätigung Verweigerung:</b> Entscheid in der GL von Multipay und Card Solutions, DCC für andere Terminalhersteller weiterhin nicht freizugeben.
16.01.2006	Multipay teilt Jeronimo den GL-Entscheid, DCC für andere Terminalhersteller nicht freizugeben, per E-Mail mit.
19.01.2006	Schreiben von Multipay an Visa, dass eine neue Terminalsoftware entwickelt wurde. Bitte auf die Reduktion auf 100 Händler während der Requalifikation zu verzichten.
30.01.2006	Jeronimo erkundigt sich per E-Mail nach dem Resultat des GL-Entscheids (es ist daher fraglich, ob das Mail von Multipay vom 16.01.2006 bei Jeronimo eingegangen ist).
20.02.2006	Jeronimo beschwert sich schriftlich, immer noch keine Antwort erhalten zu haben, und droht rechtliche Schritte an.
01.03.2006	<b>Rezertifizierung</b> durch Visa
17.03.2006	Die Van de Velden Holding B.V. (Mehrheitsaktionärin der Jeronimo) fordert Multipay auf, die Protokolle offenzulegen, welche es Jeronimo erlauben, die DCC-Funktion auf ihren Terminals anzubieten. Multipay soll bis am 25. März 2006 mitteilen, ob sie bereit ist bis zum 8. April in diesbezügliche Verhandlungen zu treten.
20.03.2006	Multipay teilt Jeronimo mit, sie sehe keine Veranlassung die eigene Position zu ändern.
11.04.2006	Mitteilung von Visa an Multipay über positives Audit-Resultat für März 06.
11.05.2006	Mitteilung von Visa an Multipay über positives Audit-Resultat für April 06.
20.07.2006	Anzeige der Jeronimo bei der Weko.
24.07.2006	Eröffnung Vorabklärung.
25.08.2007	Multipay lehnt eine Offenlegung der Spezifikationen ab.
08.12.2006	Multipay erklärt sich anlässlich einer Sitzung mit Jeronimo bereit, dieser die Spezifikationen offenzulegen.
26.01.2007	<b>Offenlegung der Schnittstelleninformationen</b> gegenüber Jeronimo.
12.04.2007	Offenlegung der Schnittstelleninformationen gegenüber Ingenico.
13.11.2007	Offenlegung der Schnittstelleninformationen gegenüber Thales e-Transactions GmbH.
19.11.2007	Offenlegung der Schnittstelleninformationen gegenüber Commtrain Card Solutions (heute Aduno).

311. Aus der Tabelle geht hervor, dass Multipay von mehreren POS-Terminalanbietern (Jeronimo, Ingenico, PaySys) mit dem Anliegen kontaktiert wurde, die durch Multipay ihren Händlern angebotene DCC-Funktion auf ihren Terminals anbieten zu können. Jeronimo hat es dabei nicht bei einer einmaligen Anfrage bewenden lassen, sondern hat ab dem 10. Juni 2005 wiederholt um die Offenlegung der dafür notwendigen Schnittstelleninformationen ersucht.

312. Im ersten Schreiben vom 5. Juli 2005 führt der CEO von Jeronimo aus:

313. *"Je réitère par la présente notre intérêt à ajouter au plus vite la fonction DCC sur nos terminaux de paiement. Comme discuté, cela répondrait à une demande précise de certains clients de pouvoir conserver l'acquiring chez vous et les terminaux chez nous. Vous nous avez informé que cette fonction devrait être disponible dès la mi-2005 pour les autres fournisseurs de terminaux. Je vous prie de bien vouloir nous fournir les spécifications y relatives ou le cas échéant, nous aiguiller vers les personnes concernées."*<sup>295</sup>

314. Auf dieses Schreiben hin erfolgte noch keine explizite Absage an Jeronimo. Gemäss den Angaben von Multipay wurde Jeronimo im Juli 2005 durch die Card Solutions telefonisch mitgeteilt, die DCC-Funktion befinde sich noch in einer Pilotphase und könne daher nicht zur Verfügung gestellt werden.<sup>296</sup> Es ist für diese Zeitperiode von einer indirekten Geschäftsverweigerung auszugehen, da aus einer Information des CEO von Multipay an der GL der Card Solutions hervorgeht, dass schon am 20. Juni 2005 beschlossen war, *"dass für Jeronimo kein DCC angeboten wird"*<sup>297</sup>.

<sup>293</sup> Vgl. RPW 2000/4, S. 566 f., Rz. 36 ff.; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 124.

<sup>294</sup> Sämtliche Elemente sind durch Akten belegt, die einzelnen Aktenstücke sind bereits im Abschnitt "Sachverhalt" erwähnt. Von Bedeutung sind insbesondere die Beilagen zu act. no 180.

<sup>295</sup> Act. no 103, Beilage 19a.

<sup>296</sup> Act. no 103, S. 34.

<sup>297</sup> Act. no 103, Beilage 21c.

315. Mit E-Mail des CEO von Multipay vom 16. Januar 2006 erfolgte die erste explizite Geschäftsverweigerung gegenüber Jeronimo: *"Im November haben wir uns in Zürich getroffen und verschiedene Punkte besprochen. U.a. ist die Frage von DCC offen. Wir haben in der Geschäftsleitungssitzung von letzter Woche das Thema diskutiert und es wurde beschlossen, dass wir grundsätzlich firmenintern entwickelte Dienstleistungen nicht freigeben"*.<sup>298</sup>

316. Da dieses Mail offenbar bei Jeronimo nicht eingegangen ist, ist die Geschäftsverweigerung aus Sicht von Jeronimo eine indirekte geblieben, was zwar zu weiteren Schreiben an Multipay, nicht aber zum gewünschten Resultat geführt hat. Das Element der Verweigerung wurde denn auch in der Vorabklärung von Multipay nicht bestritten, sondern die Parteien haben Gründe vorgebracht, weshalb die Verweigerung zulässig sei.<sup>299</sup>

### B.3.3.3.2 Verweigerung betrifft Offenlegung von Schnittstelleninformationen

317. Die Parteien haben mehrmals vorgebracht, es sei erst im Rahmen der zweiten Eingabe von Jeronimo in der Vorabklärung deutlich geworden, dass Jeronimo die Offenlegung von Schnittstelleninformationen und nicht eine Zwangslizenz an der DCC-Software der Card Solutions fordere.<sup>300</sup> Dieser Einwand ist nicht stichhaltig: Bereits im ersten Schreiben von Jeronimo ist von *"spécifications"* die Rede. Der Begriff der *spécification* bzw. Spezifikation ist im Bereich der Informatik üblich für die deklarative Beschreibung dessen, was eine Software bewerkstelligen muss, und ist von der darauf basierenden Implementierung zu unterscheiden.<sup>301</sup> Aus der Verwendung des Terminus *spécifications* geht hervor, dass Jeronimo die Informationen verlangt hat, welche eine eigene Implementierung der DCC-Funktion erlauben.

318. Noch deutlicher hat dieses Anliegen die Ingenico (damals noch XA SA) in ihrem Schreiben an die Multipay vom 22. Juli 2005 formuliert:

319. *"In diesem Sinne nehmen wir mit Ihnen Kontakt auf und würden uns freuen, mit Ihnen eine Geschäftsbeziehung aufzubauen, die uns erlaubt, unseren Kunden alle Leistungen von Telekurs Multipay anzubieten, wie beispielsweise ihre DCC Lösung. In Bezug auf das vorgenannte, wären wir Ihnen dankbar, wenn Sie uns alle technischen Informationen über Ihre DCC-Lösung, die für die Entwicklung unseres Zahlungsterminals notwendig sind, zur Verfügung stellen"*.

320. Im gleichen Sinne lautet auch das Schreiben der Van de Velden Holding B.V. vom 17. März 2006:

321. *"... the Company's [Jeronimo's] access to the DCC facility, what means to have your protocols available as far as needed for software to be built on our payment terminals, your full support to have application supported in case of question we may have and to guarantee the certification done within for us acceptable times."*<sup>302</sup>

322. Auch aus diesem Schreiben geht deutlich hervor, dass Jeronimo nicht einfach die DCC-Software der Card-Solutions-Terminals übernehmen wollte, sondern eine eigene Lösung entwickeln wollte ("software to be built"). Dies wird weiter durch die Verwendung des

Wortes "Protocol" unterstrichen: *"In computing, a protocol is a set of rules which is used by computers to communicate with each other across a network. A protocol is a convention or standard that controls or enables the connection, communication, and data transfer between computing endpoints. In its simplest form, a protocol can be defined as the rules governing the syntax, semantics, and synchronization of communication. Protocols may be implemented by hardware, software, or a combination of the two. At the lowest level, a protocol defines the behavior of a hardware connection. A Protocol is a formal description of message formats and the rules two or more computers must follow to exchanges those messages"*.<sup>303</sup>

323. Aus den Schreiben von Jeronimo und Ingenico geht deutlich hervor, dass diese keine Zwangslizenz an der DCC-Software der Card Solutions gefordert haben, sondern die Protokolle und Spezifikationen, welche zur Herstellung von Interoperabilität zwischen ihren Terminals und der durch Multipay angebotenen DCC-Funktion notwendig sind.

324. Im Rahmen der Stellungnahme haben die Parteien erneut vorgebracht, die Anzeige von Jeronimo vom 20. Juli 2006 sei unklar formuliert gewesen, denn Jeronimo habe die Einräumung einer Zwangslizenz für die DCC-Software der Card Solutions verlangt. Der Argumentation der Parteien kann nicht gefolgt werden. Das Rechtsbegehren in dieser Anzeige wurde bereits in Rz. 36 wiedergegeben und verlangt nicht die Einräumung einer Zwangslizenz, sondern beschwert sich über das Vorenthalten von "Informationen, Spezifikationen und Support". Noch deutlicher wird die Anzeige bei der Beschreibung der missbräuchlichen Verhaltensweise. In Rz. 39 wurde festgehalten: "Die Produkte von TKCS [Card Solutions] sind in keiner Weise besser als diejenigen von Jeronimo. Ihre Besserstellung wird lediglich dadurch erreicht, dass sie von TKMP [Multipay] hinsichtlich DCC als *dialogfähig* qualifiziert werden bzw. dass TKMP den Terminals von Jeronimo diese *Dialogfähigkeit* verweigert."<sup>304</sup> Unmissverständlich hält Rz. 40 der Anzeige fest: "Das Vorgehen der TKMP zur *Verhinderung von Interoperabilität der Terminals von Jeronimo* mit ihrem Netzwerk von TKMP im Bereich der DCC ist dem von der Europäischen Kommission als unzulässig qualifizierten Vorgehen von Microsoft vergleichbar."<sup>305</sup>

<sup>298</sup> Act. no 103, Beilage 19b.

<sup>299</sup> Vgl. act. no 5.

<sup>300</sup> Vgl. act. no 5, 23 und 224.

<sup>301</sup> Vgl. Entscheidung der EU-Kommission vom 24. März 2004 i.S. Microsoft (COMP/C-3/37.792), Rz. 24; Entscheidung des EuG vom 17. September 2007 i.S. Microsoft (T-201/04), Rz. 137. Vgl. auch französischen, deutschen und englischen Wikipediaeintrag.

<sup>302</sup> Act. no 103, Beilage 19f.

<sup>303</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Protocol\\_\(computing\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Protocol_(computing)) (29.11.2010).

<sup>304</sup> Act. no 1, S. 16, Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>305</sup> Act. no 1, S. 16, Hervorhebung hinzugefügt.

Schliesslich wird in Rz. 54 zum Thema des vorsorglichen Rechtsschutzes festgehalten: "Jeronimo geht grundsätzlich davon aus, dass die Realisierung der Dialogfähigkeit ihrer Terminals mit dem TKMP-Netzwerk zum Zweck der dynamischen Währungsumrechnung für TKMP gering ist. Eine Schutzwürdigkeit der entsprechenden *Kommunikationsprotokolle* ist grundsätzlich nicht erkennbar. Aduno hat Jeronimo die erforderlichen *Schnittstelleninformationen bzw. -spezifikationen* ohne weiteres offen gelegt und die diesbezügliche Unterstützung geleistet."<sup>306</sup> Der Vorwurf der Parteien, die Anzeige sei unklar gewesen, ist daher zurückzuweisen.

### B.3.3.3.2.3 Zurechnung der Verweigerung

325. Die Parteien haben zudem geltend gemacht, die Offenlegung der DCC-Spezifikationen könne von der Multipay gar nicht gefordert werden, da diese nicht Inhaberin der entsprechenden Rechte aus geistigem Eigentum sei.<sup>307</sup>

326. Die Parteien halten selber fest: "Anbieter der DCC-Dienstleistungen ist der Acquirer" und weiter "Es ist der Acquirer (TKM [=Telekurs Multipay]), welcher sich für eine bestimmte DCC-Lösung entscheidet, und darüber befindet, welche Terminals er für die DCC-Funktion zulassen will".<sup>308</sup> Sämtliche Anfragen der anderen Terminalanbietern haben sich denn auch an die Multipay gerichtet, welche diese zu keinem Zeitpunkt an die Card Solutions verwiesen hat. Der Entscheid, Jeronimo kein DCC anzubieten, ist zudem von Multipay getroffen worden: Card Solutions wurde am 20. Juni 2005 lediglich über diesen Entscheid informiert. Am 9. Januar 2006 wurde in der *gemeinsamen* Geschäftsleitungssitzung von Multipay und Card Solutions der erste Entscheid bestätigt, "dass für andere Terminalhersteller die DCC-Lösung nicht freigegeben wird"<sup>309</sup>. Die Geschäftsverweigerung erfolgte daher durch die Multipay.

327. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang aber letztlich, dass gemäss Art. 2 KG rechtlich selbständige Konzerngesellschaften wie die Multipay und die Card Solutions mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit nicht als Unternehmen im Sinne des KG gelten. Als Unternehmen gilt der Konzern als Ganzes und unterliegt als solcher der *Verhaltenskontrolle* des Art. 7 KG.<sup>310</sup> Es spielt daher für die kartellrechtliche Beurteilung keine Rolle, welche Konzerngesellschaft die Verweigerung kommuniziert hat, wie genau die konzerninterne Aufgabenteilung ausgestaltet ist (z.B. ob das Acquiring-Processing durch die Multipay selbst oder durch die Card Solutions vorgenommen wird) und wer über die notwendigen Schnittstelleninformationen sowie das technische Know-how verfügt, welches für die Herstellung von Interoperabilität notwendig ist. Auf dieser Ebene kann davon gesprochen werden, dass die SIX Group AG die Geschäftsverweigerung vorgenommen hat.

328. Die Parteien führen in ihrer Stellungnahme aus, "der Umweg über die Konzernbetrachtung" sei nicht zielführend, denn im Rahmen der Untersuchung sei der Konzern zu keinem Zeitpunkt involviert gewesen. Die Parteien unterschlagen dabei, dass bereits bei der Eröffnung der Untersuchung klar deklariert wurde, dass die beiden direkt involvierten Gesellschaften Multipay und Card Solutions zum gleichen Konzern gehören: "*Händler, welche über einen Acquiringvertrag mit TKM [Multi-*

*pay] verfügen, können die von TKM angebotene DCC-Funktion nur dann in Anspruch nehmen, wenn sie über ein Terminal der Schwestergesellschaft TKC [Card Solutions] verfügen".<sup>311</sup> Letztendlich erscheint es aber missig über die genaue Zurechnung des Verhaltens von Konzerngesellschaften zu diskutieren, welche sogar gemeinsame Geschäftsleitungssitzungen durchgeführt haben.*

329. Zusätzlich kann darauf hingewiesen werden, dass für die Zusammenarbeit zwischen Multipay und Card Solutions im Zusammenhang mit der Erbringung von Umrechnungsdienstleistungen zumindest bis am 30. Mai 2007 gar kein schriftlicher Vertrag bestand,<sup>312</sup> was wiederum nur denkbar ist, weil beide Gesellschaften zum gleichen Konzern gehören. Kommt hinzu, dass Multipay den Wechselkurs festlegt<sup>313</sup> und auch wesentlich mehr Einnahmen aus der Funktion generiert.<sup>314</sup>

### B.3.3.3.2.4 Ergebnis betreffend Geschäftsverweigerung

330. Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass spätestens am 20. Juni 2005 Multipay beschlossen hat, anderen POS-Terminal-Anbietern den Zugang zur DCC-Funktion zu verweigern. Spätestens mit dem Schreiben von Jeronimo vom 5. Juli 2005 wurde der Wunsch nach Interoperabilität und Offenlegung der dafür notwendigen Spezifikationen eindeutig formuliert. Deshalb wird im folgenden dieses Datum als Beginn der Geschäftsverweigerung definiert.

331. Die Geschäftsverweigerung dauerte bis zur Sitzung vom 8. Dezember 2006 zwischen Vertretern der Multipay, der Card Solutions und von Jeronimo, in der sich die Parteien gegenüber Jeronimo bereit erklärten, die verlangten Schnittstelleninformationen offen zu legen.<sup>315</sup> Die Geschäftsverweigerung hat damit rund 1 Jahr und 5 Monate gedauert.

<sup>306</sup> Act. no 1, S. 22, Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>307</sup> Vgl. act. no 12.

<sup>308</sup> Vgl. act. no 12 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>309</sup> Vgl. act. no 103, Beilage 20a.

<sup>310</sup> Vgl. oben Rz. 95 sowie RPW 2006/3, S. 522, Rz. 77; RPW 2005/3, S. 508, E. 3.2; CHRISTOPH G. LANG/ RETO M. JENNY, Keine Wettbewerbsabreden im Konzern, in: sic! 2007/4, S. 299 ff. (305); JENS LEHNE, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basel 2010, Art. 2 N 27 ff.; DUCREY (FN 105), Rz. 1244 ff.; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, Rz. 256.

<sup>311</sup> Act. no 57. Vgl. auch schon den Schlussbericht der Vorabklärung (act. no 54), in dem dargestellt wird, dass Multipay und Card Solutions zu gleichen Konzern (damals Telekurs-Gruppe) gehören (vgl. Rz. 15, 28 ff. und 94 des Schlussberichts).

<sup>312</sup> Vgl. act. no 103, S. 34.

<sup>313</sup> Vgl. act. no 26.

<sup>314</sup> Der DCC-Nettoertrag von Multipay betrug 2005 CHF 1.9 Mio.; 2006 CHF 5.2 Mio. und 2007 CHF 5.6 Mio., während derjenige von Card Solutions in denselben Jahren CHF 0.627 Mio.; CHF 0.730 Mio. und CHF 0.858 Mio. erreichte.

<sup>315</sup> Vgl. act. no 47.

### B.3.3.3.3 Objektive Notwendigkeit des Inputs

332. Die Verweigerung eines Inputs ist insbesondere dann problematisch, wenn er für ein Unternehmen objektiv notwendig ist, um auf einem Markt wirksam konkurrieren zu können. Dies bedeutet nicht, dass ohne den verweigerten Input kein Wettbewerber in der Lage wäre, auf dem nachgelagerten Markt zu überleben oder in diesen einzutreten. Ein Input ist vielmehr dann als notwendig anzusehen, wenn es auf dem nachgelagerten Markt kein Substitut gibt, das die Wettbewerber verwenden könnten, um die negativen Folgen der Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen (z.B. durch Duplizierung des Inputs).<sup>316</sup>

333. Im vorliegenden Fall wurden Jeronimo und anderen POS-Terminal-Anbietern die Schnittstelleninformationen verweigert. Diese Schnittstelleninformationen bilden die Voraussetzung für die Entwicklung von Terminals, welche kompatibel sind mit der DCC-Funktion, welche den Händlern von Multipay zur Verfügung steht.<sup>317</sup> Die theoretische Möglichkeit, die Schnittstelleninformationen auf dem Weg der Dekompilierung zu erhalten, bildet keine Alternative zur Offenlegung. Wie die EU-Kommission im Fall Microsoft dargelegt hat, ist die Interoperabilität von Produkten, welche auf der Grundlage einer Dekompilierung entwickelt wurden, nicht dauerhaft sichergestellt. So würden legitime Anpassungen der DCC-Software der Card Solutions (z.B. um neuen Anforderungen der Card Schemes zu entsprechen) dazu führen, dass die Terminals der Drittanbieter wiederum nicht mehr interoperabel wären: "Reverse engineering is therefore an inherently unstable basis for a business model"<sup>318</sup>.

334. In casu kommt hinzu, dass sich der notwendige Input nicht in der Offenlegung der Schnittstellen erschöpft. Es ist zudem notwendig, dass der Acquirer die DCC-Funktion auf den Terminals der Drittanbieter zulässt und unterstützt. Dies bedeutet, dass der Input notwendigerweise durch Multipay/Card Solutions erfolgen muss.

335. Es stellt sich die Frage, ob die anderen Terminalhersteller den fehlenden Input von Multipay/Card Solutions durch einen entsprechenden Input anderer Acquirer substituieren können. M.a.W. ist zu prüfen, ob die anderen Terminalhersteller die negativen Folgen der Verweigerung der DCC-Fähigkeit durch Multipay/Card Solutions dadurch auffangen können, dass ihre Terminals bei anderen Acquirern (z.B. der Aduno) DCC-fähig sind.

336. Multipay verfügt über eine marktbeherrschende Stellung im Acquiring, welche sich unter anderem durch einen sehr grossen Abstand zum nächstgrösseren Konkurrenten Aduno auszeichnet (vgl. Rz. 188, 191 f. und 234). Der Acquiringmarkt ist zudem durch Skalen- und Verbundeffekte geprägt (vgl. Rz. 197). Für die Terminalhersteller bildet daher die DCC-Fähigkeit ihrer Terminals bei Aduno, B&S und ConCardis auch in einer längerfristigen Perspektive kein Substitut zur DCC-Fähigkeit bei Multipay.

337. Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass die Offenlegung der Schnittstelleninformationen und die Unterstützung der DCC-Funktion durch Multipay für die POS-Terminal-Anbieter notwendige Inputs darstellen, da sie nicht substituiert werden können.

338. Die Parteien legen in ihrer Stellungnahme dar, das Verhalten von Jeronimo im Nachgang zur Offenlegung der Schnittstelleninformationen zeige, dass diese nicht unerlässlich gewesen seien. Jeronimo habe über 20 Monate benötigt um einen ersten Pilot ihrer DCC-Lösung zu erstellen. Jeronimo habe selber eingestanden, dass im Frühling 2007 die Realisierung einer DCC-Lösung mit Multipay nicht mehr prioritär gewesen sei.

339. Das Verhalten von Jeronimo nach der Offenlegung der Schnittstelleninformationen kann nicht als Hinweis für "fehlende Unerlässlichkeit" dienen. Jeronimo hat diverse Gründe für die Verzögerung angegeben. Aufgrund des Einlenkens von Multipay konnte Jeronimo ihren Kunden DCC in Aussicht stellen und hat so eine weitere Abwanderung von Kunden verhindern können.<sup>319</sup> Jeronimo hat zudem diverse technische Gründe erwähnt: [2 Gründe, welche als Geschäftsgeheimnisse deklariert wurden], Realisierung und Lancierung der Hardwarelösung "contactless".<sup>320</sup> Herr Fillistorf hat anlässlich des Hearings offengelegt, dass Jeronimo aufgrund der Vorgaben von RoHS<sup>321</sup> einen neuen Terminal entwickeln musste und davon sämtliche Terminals betroffen waren, so dass diese Entwicklung erste Priorität genossen habe.<sup>322</sup>

340. Anlässlich des Hearings hat Herr Fillistorf, nachdem er in mehreren Voten ausgeführt hatte, dass DCC als Funktion "indispensable" gewesen sei (vgl. hierzu unten Rz. 388) auf Nachfrage der Parteien folgende Aussagen gemacht:

**Vertreter Parteien:** Vous avez aussi indiqué que un certain nombre de clients ils ont fait le switch pour un autre acquéreur comme par exemple Aduno, parce qu'ils ont dit on veut avoir votre terminal, alors ils étaient contents de faire le switch. Mais alors pour vendre vos terminaux il fallait pas vraiment avoir cette fonction nécessaire.

**Fillistorf:** Si puisqu'on l'avait avec Aduno à ce moment là.

**Vertreter Parteien:** Mais vous avez vendu des terminaux avec la fonction DCC avec Aduno.

<sup>316</sup> Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 83. Zu streng daher AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 125, welche verlangen, dass die wirtschaftliche Tätigkeit des Wettbewerbers ohne den Input unzumutbar oder unmöglich sein muss. Dies könnte in dem Sinne verstanden werden, dass alle Wettbewerber vom nachgelagerten Markt ausgeschlossen werden müssen. Ein solches Erfordernis würde dazu führen, dass nur noch die Wettbewerbsbeseitigung, nicht aber die Wettbewerbsbehinderung erfasst würde, was dem Wortlaut von Art. 7 KG widerspricht.

<sup>317</sup> Vgl. Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S. 65.

<sup>318</sup> Entscheidung der EU-Kommission vom 24. März 2004 i.S. Microsoft (COMP/C-3/37.792), Rz. 686.

<sup>319</sup> Vgl. act. no 149 sowie die Aussagen von Herrn Fillistorf bei der Anhörung, act. no 265.

<sup>320</sup> Vgl. act. no 94.

<sup>321</sup> RoHS bedeutet *Restriction of the use of certain Hazardous Substances in electrical and electronic equipment*. RoHS geht auf die Richtlinie 2002/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Januar 2003 zur Beschränkung der Verwendung bestimmter gefährlicher Stoffe in Elektro- und Elektronikgeräten zurück. RoHS wurde in der Schweiz im Rahmen der Verordnung vom 18. Mai 2005 über den Schutz vor gefährlichen Stoffen und Zubereitungen (Chemikalienverordnung, ChemV; SR 813.11) umgesetzt.

<sup>322</sup> Vgl. act. no 265.

**Fillistorf:** Si mais

**Vertreter Parteien:** C'était pas indispensable d'avoir?

**Fillistorf:** Non c'était pas indispensable mais c'était

**Vertreter Parteien:** Ça c'est très intéressant !

**Fillistorf:** C'était très important et très péjorant pour nous de ne pas avoir la fonction DCC avec Telekurs parce que vu la position de Multipay sur le marché, une partie importante des clients ont l'acquiring chez Multipay. Tout ces gens là quand on va les visiter on a potentiellement un problème de DCC. Donc c'est un pack. Du moins sur cette partie là du marché. Si la partie de ce bloc là on va pouvoir le transférer Aduno tout une partie on ne peut pas parce que les commerçants veulent rester chez Telekurs, veulent respecter leur contrat d'acquiring, mais veulent cette fonction DCC. Et toute cette partie du marché là est importante. C'est pour cela qu'on a pas eu 100 % de ventes en moins mais on a eu 20 % de ventes en moins.

**Vertreter Parteien:** Je voudrais alors que ça soit indiqué dans le protocole que M. Fillistorf a dit que c'était pas indispensable et que ça concernait 20 % des ventes. Alors ca c'est quelque chose qui était important dans toute la discussion.

**Fillistorf:** Mais qu'est-ce que ca veut dire indispensable? C'était pas vital. C'est-à-dire que on a pas arrêté de vendre des terminaux. J'ai jamais dit qu'on avait arrêté de vendre des terminaux à cause de cette fonction on dépendait heureusement pas à 100 % de Telekurs, mais on dépendait beaucoup trop de Telekurs et on l'a vu. C'est pour cette partie de dépendance vis-à-vis de Telekurs et c'est sur cette partie là que nous avons souffert. Mais ce nombre de terminaux en moins pour une PME, si vous enlevez 20 % des terminaux que l'on vend par année c'est absolument énorme.

**Vertreter Parteien:** Mais c'est pas indispensable.

**Präsident Weko:** On replacera dans son contexte, mais ca sera verbalisé.

**Fillistorf:** C'est pas vital. Jeronimo n'a pas fait faillite. Mais Jeronimo a eu des difficultés à cause de ça.

341. Herr Fillistorf hat folglich die Aussage gemacht, der Zugang zur DCC-Funktion von Multipay sei nicht "indispensable" für den Verkauf von Terminals gewesen. Dies könnte als Hinweis dafür genommen werden, dass die Notwendigkeit des Inputs (Unerlässlichkeit) nicht gegeben sein könnte. Allerdings hat Herr Fillistorf anschliessend seine Aussage präzisiert und festgehalten, der Input sei in dem Sinne nicht unerlässlich gewesen, als dass Jeronimo nicht Konkurs gegangen sei. Er hat weiter betont, dass es sich für Jeronimo auf dem Markt sehr nachteilig ausgewirkt habe, dass die DCC-Funktion von Multipay nicht zugänglich war. Der verlorene Anteil an Kunden sei für ein KMU "enorm" gewesen. Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass ein Input nicht erst dann als notwendig gilt, wenn es ohne den Input zum Marktaustritt kommt, sondern bereits dann, wenn der Input notwendig ist, damit ein Unternehmen auf dem relevanten Markt wirksam konkurrieren zu können und er die negativen Folgen der Verweigerung nicht mindestens langfristig aufzufangen vermag (vgl. oben Rz. 332). Vor diesem Hintergrund stützen die Aussagen von Herrn Fillistorf die oben vorgenommene Analyse, wonach das Erfordernis der objektiven Notwendigkeit des Inputs erfüllt sein muss.

342. Es obliegt nicht der Weko zu beurteilen, ob das Zuwarten der Jeronimo im Nachgang zur Offenlegung wirtschaftlich sinnvoll gewesen ist. Die negative Entwick-

lung des Anteils von Jeronimo an den Terminalverkäufen in den Jahren 2005 und 2006 (vgl. unten Rz. 385) deutet jedenfalls darauf hin, dass die negativen Folgen der Verweigerung (vgl. oben Rz. 335) in der Folge nicht kompensiert werden konnten. Auch in den Folgejahren 2007 und 2008 waren die Verkäufe weiter rückläufig und Jeronimo verkaufte im Jahr 2008 nur noch etwa halb so viele Terminals wie noch im Jahr 2005. In derselben Zeitperiode hat Card Solutions ihre Terminalverkäufe steigern können. Dementsprechend hat Jeronimo seit dem Jahr 2006 bis zum Jahr 2009 erhebliche Marktanteile eingebüsst (gemessen an den in Betrieb befindlichen ep2-Terminals), während die Card Solutions ihre Marktstellung ausbauen konnte (vgl. vorne Rz. 271 f.).

343. Die Parteien haben im Schreiben vom 11. November 2010 beantragt, es sei abzuklären, wie viele Verkäufe von Jeronimo-Terminals seit deren DCC-Fähigkeit bei Multipay tatsächlich im Zusammenhang mit einem Multipay-Kunden und mit DCC erfolgt seien. Eine solche Erhebung ist aber für die Beurteilung des Sachverhaltes nicht notwendig. Die Parteien haben im Hearing angedeutet, dass bei Unerlässlichkeit der Funktion ein Anstieg der Verkäufe von Jeronimo-Terminals an Multipay-Kunden erwartet werden müsste. Diese Annahme erscheint nicht überzeugend. Herr Fillistorf hat im Hearing darauf hingewiesen, dass wichtige Kunden während der massgebenden Zeitperiode verloren gegangen sind, welche dann nicht mehr zurückgewonnen werden konnten.<sup>323</sup> Auch SIX hat ausgesagt, dass die Kunden, für die DCC von grossem Interesse war, von Multipay von Beginn weg aktiv angeworben wurden. Mit anderen Worten: zum Zeitpunkt der Zertifizierung von Jeronimo im Jahr 2009 dürften die meisten Kunden, für welche DCC von Bedeutung war, bereits über ein entsprechendes Terminal verfügt haben und aufgrund der Lebensdauer der Terminals noch kein Bedarf für ein neues aufgewiesen haben. In diese Richtung hatten sich Vertreter von SIX bereits anlässlich eines Treffens mit dem Sekretariat im November 2006 während der Vorabklärung geäussert. Die Vertreter von SIX hatten die Auffassung vertreten, der DCC-Markt sei "gesättigt". Die DCC-Funktion gebe es schon länger und alle potenziellen Händler seien von den Acquireern bearbeitet worden.<sup>324</sup>

344. Im Nachtrag vom 22. November 2010 führen die Parteien aus, dass lediglich [0–10] % der Jeronimo-Terminals bei Multipay-Händler über eine aufgeschaltete DCC-Funktion verfügen. Aus demselben Nachtrag geht hervor, dass bei [20–30] % der ep2-Terminals von Multipay-Händlern, die DCC-Funktion aufgeschaltet ist (bei [20'000–25'000] von insgesamt [100'000–110'000] ep2-Terminals). Der heutige marginale Anteil von Jeronimo-Terminals bei Multipay-Händlern mit DCC erscheint als weiterer Beleg für die wirksame Verdrängung der Jeronimo-Terminals bei diesen Händlern und taugt aus den oben erwähnten Gründen nicht als Indiz, für die fehlende Notwendigkeit der DCC-Funktion.

<sup>323</sup> Aussage Fillistorf: "Les quelques gros clients qui étaient concernés c'était fini, on a perdu ces clients là, avec eux c'était terminé, ils étaient parti pour une nouvelle génération d'appareils, nouvelle période, donc là on avait rien à faire avec ces clients là"; vgl. Act. No 265.

<sup>324</sup> Vgl. act. no 26 (Protokoll des Treffens) sowie act. no 41 (Bemerkungen der Parteien zum Protokoll).

### B.3.3.3.4 Wettbewerbsbehinderung

#### B.3.3.3.4.1 Allgemeines

345. In der schweizerischen Literatur wird teilweise postuliert, die Geschäftsverweigerung müsse zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen.<sup>325</sup> Dieselbe Position nehmen auch die Parteien in ihrer Stellungnahme ein.

346. Oben (Rz. 297 f.) wurde bereits ausgeführt, dass die Prüfung der einzelnen Tatbestände des Art. 7 Abs. 2 KG jeweils in Verbindung mit der Generalklausel gemäss Art. 7 Abs. 1 KG zu erfolgen hat. Gemäss dem eindeutigen Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 KG liegt eine missbräuchliche Verhaltensweise nicht erst dann vor, wenn andere Unternehmen von der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs ausgeschlossen werden. Es genügt eine Behinderung, d.h., es genügt, wenn ein Verdrängungseffekt vorliegt, welcher den wirksamen Wettbewerb einschränkt. In der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden wurde denn bei der Anwendung von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG bisher auch noch nie das Erfordernis einer Wettbewerbsbeseitigung verlangt, sondern es wurde jeweils geprüft, ob eine Behinderung des Wettbewerbs vorliegt:

- In der Untersuchung *Intensiv SA, Grancia*<sup>326</sup> hat die Weko eine unzulässige Geschäftsverweigerung festgestellt. Sie hat dabei zunächst unter dem Titel "Behinderung oder Benachteiligung" festgehalten: "Eine behindernde beziehungsweise benachteiligende Verhaltensweise liegt nach Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG namentlich dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Geschäftsbeziehungen (z.B. durch eine Liefer- oder Bezugssperre) verweigert."<sup>327</sup> Ob die Verweigerung zu einer Beseitigung des Wettbewerbs führen könnte, wurde nicht geprüft, hingegen wurde untersucht, ob sachliche Rechtfertigungsgründe vorliegen.
- In der Untersuchung *ETA SA*<sup>328</sup> wurden die Auswirkungen der Geschäftsverweigerung untersucht und die Weko gelangte zu folgender Schlussfolgerung: "Der Abbruch sämtlicher Geschäftsbeziehungen würde den Wettbewerb auf allen nachgelagerten Marktstufen erheblich beeinträchtigen und einige Marktteilnehmer in ihrer Existenz gefährden. [...] Kann das Verhalten von ETA in der Folge nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden, ist [...] der nachfolgende Lieferstopp [...] als missbräuchlich im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG zu qualifizieren."<sup>329</sup>
- In der Vorabklärung *Produktbündel "Talk and Surf"*<sup>330</sup> wurde festgehalten: "Rechtsprechung und Lehre verlangen für die Qualifikation einer Verhaltensweise als Verweigerung von Geschäftsbeziehungen als Missbrauch im Sinne von Artikel 7 KG zwei Anforderungen (vgl. z.B. *Watt/Migros-EEF*, RWP 2001/2, S. 284 f.). In einem ersten Schritt wird verlangt, dass durch die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen andere Unternehmen in Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden oder die Marktgegenseite benachteiligt wird. In einem zweiten Schritt ist zu fragen,

ob sich die Weigerung aus sachlichen Gründen rechtfertigen lässt. Die Begründung der Wettbewerbskommission im erwähnten Fall *Watt/Migros-EEF* wurde vom Bundesgericht als überzeugend befunden und vollständig gestützt (BGE 129 II 479, E. 6.5.3).

347. Auch in der schweizerischen Lehre wird mehrheitlich davon ausgegangen, dass eine unzulässige Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG dann vorliegt, wenn diese zu einer Wettbewerbsbehinderung führt, ohne dass sie sachlich gerechtfertigt werden kann.<sup>331</sup>

348. Die Diskussion um das Erfordernis einer Wettbewerbsbeseitigung ist im Zusammenhang mit der "Essential Facilities"-Doktrin zu sehen.<sup>332</sup> Gemäss dieser Doktrin gelten als "Essential Facilities" wichtige, nicht duplizierbare Infrastrukturen (z.B. Hafen, Flughafen). In Konstellationen, in denen der Zugang zu diesen verweigert wird, ist ein allfälliger Restwettbewerb auf dem ausschliesslich durch die Benutzung der Essential Facility bearbeitbaren Markt per se nicht möglich.<sup>333</sup> Es ist in solchen Fällen daher auch nicht problematisch, eine Wettbewerbsbeseitigung zu fordern, da eine solche regelmässig vorliegt. Von der "Essential Facilities"-Theorie ist die im vorliegenden Fall massgebende "Monopoly-leveraging"-Theorie abzugrenzen (vgl. Rz. 302 f. und 506 ff.). Bei letzterer geht es insbesondere um den Einsatz einer marktbeherrschenden Stellung auf einem Markt, um die Marktstellung auf einem zweiten Markt zu verbessern. Wäre das Unternehmen auf dem zweiten Markt bereits beherrschend, so wäre der Einsatz der beherrschenden Stellung auf dem ersten Markt gar nicht nötig. Durch das "Monopoly-leveraging" werden Unternehmen auf dem zweiten Markt behindert.<sup>334</sup>

<sup>325</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 127 ff. m.w.H., welche allerdings teilweise in Widerspruch zu den Ausführungen dieser Autoren in Art. 7 N 97 stehen, in der von einer *Schwächung* der aktuellen Konkurrenten und der *Erschwerung* des Marktzutritts von potenziellen Konkurrenten die Rede ist.

<sup>326</sup> RPW 2001/1, S. 95 ff.

<sup>327</sup> RPW 2001/1, S. 105 ff.; Rz. 47.

<sup>328</sup> RPW 2005/1, S. 128 ff.

<sup>329</sup> RPW 2005/1, S. 139, Rz. 130 f.

<sup>330</sup> RPW 2004/2, S. 357 ff.

<sup>331</sup> BORER (FN 115), Art. 7 N 12; REINERT (FN 288), Art. 7 N 10 ff., insbes. N 10 und 13; DUCREY (FN 105), Rz 1522 ff.; ZÄCH (FN 310), Rz. 656.

<sup>332</sup> Eine Definition der Essential Facility findet sich bei MILAN JOVANOVIĆ, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung, Immaterialgüter als Essential-Facilities: Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen, 2007, S. 4: "Essential Facilities [...] sind rechtlich oder faktisch monopolisierte Infrastrukturen, die ein Unternehmen zwangsläufig benutzen muss, um einen Markt bearbeiten zu können". Vgl. aus der ökonomischen Literatur MOTTA (FN 442), S. 66 ff.

<sup>333</sup> Vgl. JOVANOVIĆ (FN 332), S. 38.

<sup>334</sup> Vgl. JOVANOVIĆ (FN 332), 40 f.

349. Es ist darauf hinzuweisen, dass sowohl im schweizerischen Recht als auch im EU-Recht Skepsis besteht, ob der "Essential Facility"-Doktrin eine eigenständige Bedeutung zukommt.<sup>335</sup> Die Fallkonstellationen, welche von der „Essential Facility“-Doktrin erfasst werden, werden unter Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG subsumiert. In der Lehre wird hierzu Folgendes festgehalten: *"Die Zugangsverweigerung und die herkömmliche Geschäftsverweigerung unterscheiden sich nicht derart voneinander, als dass sich eine Beurteilung durch unterschiedliche Kriterien rechtfertigen würde."*<sup>336</sup> Daran lässt sich anschliessen, dass kein Grund besteht, wegen der spezifischen Gegebenheiten von "Essential Facilities"-Sachverhalten die allgemeinen Kriterien zu verschärfen und anstatt einer Wettbewerbsbehinderung eine Wettbewerbsbeseitigung zu verlangen, nur weil dieses Erfordernis im Falle einer tatsächlichen "Essential Facility" faktisch erfüllt ist.

350. In der schweizerischen Fallpraxis wurde denn auch in den Fällen, welche den Zugang zu Infrastruktureinrichtungen betroffen haben, die allgemeinen Kriterien für das Vorliegen einer unzulässigen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG festgehalten:

- Im Fall *Watt/Migros v. Entreprises électriques fribourgeoise (EEF)* weigerte sich EEF den Strom der Elektrizitätsgesellschaft Watt über ihr Netz zu leiten um die Migros zu versorgen. Die Weko hielt in ihrer Verfügung fest: *"Pour établir si ce refus constitue un comportement illicite d'une entreprise ayant une position dominante selon l'article 7 LCart, il faut procéder en deux temps. Premièrement, il faut établir si Watt ou Migros sont affectés dans leur capacité concurrentielle ou désavantagés comme partenaires de l'échange par ce refus des EEF. Dans un deuxième temps, il faut examiner si ce refus de se justifie par des motifs économiques."*<sup>337</sup> Der erste Punkt wurde dann unter dem Titel "Entrave de l'accès à la concurrence ou à son exercice" geprüft und bejaht.<sup>338</sup> Dieser Entscheid wurde in der Folge durch die REKO/WEF als „cas d'entrave“ bestätigt.<sup>339</sup> Schliesslich hat sich auch noch das Bundesgericht den Fall überprüft und hat festgehalten: *"La pratique d'une entreprise en position dominante est en principe illicite lorsque, sans aucune justification objective, elle entrave l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou l'exercice de celle-ci"*<sup>340</sup> Das Bundesgericht ist dann bei der Prüfung dieser Kriterien auf die "Essential-Facility"-Theorie eingegangen und hat im konkreten Fall festgestellt, dass der Wettbewerb beseitigt wird, ohne jedoch diese Beseitigung zu einem neuen Kriterium aufzuwerten.
- Auch in der Untersuchung *Flughafen Zürich/Valet Parking*<sup>341</sup> wurde die Verweigerung des Zugangs zu einer Infrastruktur, nämlich zu den Parkplätzen des Flughafens anhand der allgemeinen Kriterien gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG überprüft. Im Entscheid der Weko wird ausgeführt: *"Das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens ist grundsätzlich dann unzulässig, wenn es ohne sachlich gerechtfertigten Grund andere Unternehmen in der Ausübung des Wettbe-*

*werbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt."*<sup>342</sup>

351. Weiter ist zu berücksichtigen, dass es der Systematik des Art. 7 KG widersprechen würde, im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG eine Beseitigung des Wettbewerbs zu verlangen, während bei allen anderen Tatbeständen des Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung unbestrittenermassen genügt. Sämtliche Tatbestände des Art. 7 Abs. 2 KG sind in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 KG anzuwenden, welcher die allgemeinen Kriterien in einheitlicher Weise für alle Beispieltatbestände festlegt. Ebenso wenig ist es sachgerecht, bei einem einzigen Tatbestand von Abs. 2 die Hürden für den Nachweis des Missbrauchs höher zu setzen als bei den anderen und der Generalklausel, wie es opportun wäre, bei einem einzigen Tatbestand die Hürden tiefer zu setzen und damit ein "Einfallstor" für das Eingreifen der Behörden und die Sanktionierung zu öffnen. Dass ein unterschiedlicher Unzulässigkeitsmassstab für die einzelnen Tatbestände systemwidrig wäre, ist daraus ersichtlich, dass ein bestimmtes Verhalten – wie im vorliegenden Fall – gleichzeitig mehrere Tatbestände erfüllen kann.<sup>343</sup>

352. Zudem erscheint die Rechtslage in der EU, auf die sich die Parteien und einige Lehrmeinungen berufen, nicht restlos klar. In der Mitteilung der EU-Kommission zu den Prioritäten bei der Anwendung von Art. 82 EGV wird als Erfordernis genannt, dass die Lieferverweigerung wahrscheinlich den wirksamen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt ausschalten wird.<sup>344</sup> Bei der Konkretisierung dieses Kriteriums wird festgehalten, dass die Verweigerung eines objektiv notwendigen Inputs generell geeignet sei, den wirksamen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt unmittelbar oder im Laufe der Zeit auszuschalten.<sup>345</sup> Diese Passage ist im Zusammenhang mit den allgemeinen Erwägungen in der Mitteilung zu interpretieren, wonach dann von einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung auszugehen ist, wenn den Konkurrenten der Zugang zu Lieferquellen oder Märkten erschwert oder unmöglich gemacht wird.<sup>346</sup>

<sup>335</sup> Vgl. JOVANOVIC (FN 332), 42 f.; BORER (FN 115), Art. 7 N 13; ZÄCH, Rz. 667.

<sup>336</sup> BORER (FN 115), Art. 7 N 13.

<sup>337</sup> RPW 2001/2, S. 284 f., Rz. 169.

<sup>338</sup> RPW 2001/2, S. 285 f., Rz. 170 ff.

<sup>339</sup> REKO/WEF, RPW 2002/4, S. 695 f., E. 7.2.

<sup>340</sup> BGer, RPW 2003/4, S. 961 E. 6.5.1., vgl. auch E 6.1. und 6.4.1. in welchen ebenfalls der Begriff der "entrave" verwendet wird.

<sup>341</sup> RPW 2006/4, S. 625 ff.

<sup>342</sup> RPW 2006/4, S. 641 Rz. 99, vgl. auch Rz. 100.

<sup>343</sup> Vgl. auch den Fall *Teleclub vs. Cablecom* in RPW 2002/4, 557 ff., in welchem die Weko im Rahmen eines Massnahmenentscheides es als glaubhaft erachtete, dass die Verweigerung von Cablecom das Fernsehsignal von Teleclub über ihr Kabelnetz gleichzeitig die Tatbestände der Koppelung, der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen und der Einschränkung der technischen Entwicklung erfüllt.

<sup>344</sup> Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 81.

<sup>345</sup> Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 85.

<sup>346</sup> Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 19.

Als möglicher Beweis für eine wettbewerbswidrige Marktverschiessung wird denn auch nicht nur die vollständige Verdrängung von Wettbewerbern betrachtet, sondern etwa auch ein Anstieg des Marktanteils des marktbeherrschenden Unternehmens oder eine Verlangsamung seiner Marktanteilsverluste.<sup>347</sup> Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass die Mitteilung der EU darüber Auskunft gibt, welche Fälle des Behinderungsmissbrauchs *prioritär* zu behandeln sind. Es ist einsichtig, dass eine Geschäftsverweigerung, die zur Ausschaltung des wirksamen Wettbewerbs führen kann, eine höhere Priorität genießt als eine Geschäftsverweigerung, welche den wirksamen Wettbewerb "nur" beeinträchtigt. So wird gerade im Zusammenhang mit den Prüfkriterien für Lieferverweigerungen wiederholt, dass Praktiken welche alle Voraussetzungen erfüllen "*vorrangig*" zu prüfen sind.<sup>348</sup> Dies bedeutet jedoch nicht, dass eine Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs zulässig wäre. So wird im ausführlicheren "Discussion Paper zur Anwendung von Art. 82 EGV" der EU-Kommission vom Erfordernis eines "*likely market distorting foreclosure effect*" ausgegangen.<sup>349</sup> Kommt hinzu, dass die EU-Kommission bereits zweimal die Auffassung geäußert hat, dass bei der Beurteilung der Verweigerung von Schnittstelleninformationen, welche zur Herstellung von Interoperabilität notwendig sind, ein tieferer Standard anzusetzen ist als bei anderen Verweigerungen.<sup>350</sup> Schliesslich kann auf Stufe der Rechtsprechung des EuG durchaus in Frage gestellt werden, wie streng dieses sein Kriterium anwendet, dass die Verweigerung geeignet sein muss, den wirksamen Wettbewerb auszuschalten. Sowohl im Microsoft-Fall und noch vermehrt im aktuelleren Entscheid Clearstream werden die Anforderungen an dieses Kriterium eher tief angesetzt.<sup>351</sup> Im Clearstream-Fall wurde das Vorliegen des Kriteriums bejaht, obwohl neben des verweigerten direkten Zugangs zu Clearingdienstleistungen die Möglichkeit des indirekten Zugangs bestand, dieser aber mit Nachteilen behaftet war (knappere Fristen, ein größeres Risiko, höhere Kosten und mögliche Interessenkonflikte).<sup>352</sup> Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob der Massstab der in der europäischen Praxis tatsächlich ein anderer ist, zumal zwischen dem Erfordernis, dass die Verweigerung den Wettbewerb zu behindern hat und dem Erfordernis, dass die Verweigerung geeignet sein muss, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, ein fließender Übergang stattfindet. Es handelt sich um eine graduelle Frage, ab wann von einer Eignung zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auszugehen ist, so dass nicht von einem Widerspruch zwischen der schweizerischen und der europäischen Praxis ausgegangen werden kann, umso mehr als im konkreten Fall eine beträchtliche Wettbewerbsbehinderung stattgefunden hat (vgl. unten Rz. 355 ff). Wird die rechtsvergleichende Betrachtung ausgedehnt, so wird ersichtlich, dass diverse weitere Jurisdiktionen bei der Geschäftsverweigerung das Erfordernis der Wettbewerbsbehinderung kennen.<sup>353</sup>

353. In der ökonomischen Literatur ist anerkannt, dass eine Marktverschiessung nicht zum Marktaustritt der Konkurrenten auf dem nachgelagerten Markt führen muss. So werden marktverschiessende Verhaltensweisen oftmals nicht zum Ausbau der Marktstellung auf dem nachgelagerten Markt angewendet, sondern um eine

erodierende Marktstellung auf dem nachgelagerten Markt zu schützen oder eine frühere marktmächtige Position wiederherzustellen.<sup>354</sup> Zudem wurde in der neueren ökonomischen Literatur aufgezeigt, weshalb sich solche Verdrängungspraktiken für das marktbeherrschende Unternehmen lohnen können.<sup>355</sup>

354. Es ist schliesslich nicht zutreffend, dass das hier verwendete Erfordernis der Wettbewerbsbehinderung (statt Wettbewerbsbeseitigung) dazu führen würde, dass nur die Wettbewerber, nicht aber der Wettbewerb geschützt würde.<sup>356</sup> Auch eine Behinderung führt zu einer Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs an sich, da sich ein Unternehmen gegenüber seinen Konkurrenten einen Vorteil verschafft, welcher sich nicht aus der Wettbewerbsfähigkeit seiner Produkte oder Dienstleistungen ergibt.

### B.3.3.3.4.2 Die konkrete Wettbewerbsbehinderung

#### B.3.3.3.4.2.1 Einleitung

355. Die Geschäftsverweigerung hatte zur Folge, dass Jeronimo und andere Terminallieferanten Händlern, welche über einen Acquiring-Vertrag mit Multipay verfügten oder einen solchen abschliessen wollten, keine DCC-fähigen Terminals anbieten konnten. Umgekehrt formuliert war einzig Card Solutions in der Lage, diesen Händlern DCC-fähige Terminals zu verkaufen. Durch diese Verhaltensweise wurde der Wettbewerb auf dem Markt für ep2-zertifizierte POS-Terminals<sup>357</sup> eingeschränkt, indem er für ein bestimmtes Kundensegment (Multipay-Händler, welche an DCC interessiert sind), de facto vollständig ausgeschlossen wurde.

<sup>347</sup> Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 20.

<sup>348</sup> Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 81; vgl. auch die Formulierung in Rz. 83: "*Um festzustellen, ob eine Lieferverweigerung prioritär behandelt werden sollte [...]*".

<sup>349</sup> Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S 65 f.; vgl. auch S. 64: "*the refusal is likely to have a negative effect on competition*".

<sup>350</sup> Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S 68; Argumentation der EU-Kommission im Beschwerdeverfahren betreffend Microsoft Entscheid des EuG vom 17. September 2007 i.S. Microsoft (T-201/04), Rz. 275 ff., wobei das EuG die Frage eines tieferen Standards für solche Informationen offen lassen konnte, da es davon ausgegangen ist, das Verhalten von Microsoft sei geeignet gewesen, eine Beseitigung des Wettbewerbs zu bewirken. Vgl. auch die Publikation von RICHARD WHISH, Competition Law, 6. Aufl., 2009, 792, welche aufzeigt, dass die entsprechenden Äusserungen der Kommission im Discussion Paper durchaus nicht als überholt gelten sondern immer noch Aktualität genießen. Vgl. weiter ICN, Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival under Unilateral Conduct Laws, 2010, S. 23.

<sup>351</sup> Vgl. CLAUDIA SCHMIDT/WOLFGANG KERBER, Microsoft, Refusal to Licence Intellectual Property Rights, and the Incentives Balance Test off he EU Commission, Working Paper, 2008, erhältlich unter <http://ssrn.com/abstract=1297939> (29.11.2010), S. 11 ff.; ALISON JONES/BRENDA SUFRIN, EC Competition Law, 3. Aufl., 2008, S. 574.

<sup>352</sup> Vgl. EuG, Entscheid vom 9. September 2009 (T-301/4), Clearstream, Rz. 148 ff.

<sup>353</sup> Vgl. ICN, Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival under Unilateral Conduct Laws, 2010, S. 12 f.

<sup>354</sup> Vgl. PATRICK REY/JEAN TIROLE, A primer on foreclosure, in: Handbook of Industrial Organization III, Mark Armstrong/Rob Porter (Hrsg.), Chapter 33, 2007, S. 2145 ff. (2163), auch erhältlich in einer Version aus dem Jahr 2006 unter [www.idei.fr/doc/by/tirole/primer.pdf](http://www.idei.fr/doc/by/tirole/primer.pdf) (29.11.2010), S. 22.

<sup>355</sup> Vgl. MASSIMO MOTTA, The European Commission's Guidance Communication on article 82, E.C.L.R., 2009 (Issue 12), S. 593 ff. m.w.H.; vgl. auch hinten Rz. 507 ff.

<sup>356</sup> So aber AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 129.

<sup>357</sup> Nur ep2-zertifizierte Terminals sind überhaupt DCC-fähig.



356. Multipay hat geltend gemacht, die Behinderung von Jeronimo sei nicht erheblich, denn DCC sei nur für eine kleine Gruppe von Händlern von Interesse. Diese Gruppe treffe ihren Kaufentscheid indem sie die Gesamtpakete von Multipay/Card Solutions und Aduno/FCC/Jeronimo<sup>358</sup> vergleiche. Nach Auffassung von Jeronimo stellt DCC hingegen eine für den Kaufentscheid eines Händlers entscheidende Funktion dar und Jeronimo prognostizierte, dass sich die DCC-Fähigkeit zu einem Merkmal entwickeln werde, das ein Gerät einfach anbieten müsse, damit es überhaupt noch gekauft werde.

357. Der Argumentation von Multipay ist bereits rein dogmatisch entgegen zu halten, dass im Gegensatz zu Art. 5 KG bei den Tatbeständen gemäss Art. 7 KG das Merkmal der Erheblichkeit gesetzlich nicht vorgesehen ist. Sofern eine Benachteiligung oder Behinderung vorliegt, spielt der Grad ihrer Erheblichkeit für die Tatbestandsmässigkeit des Verhaltens keine Rolle. Die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung ist hingegen unter dem Titel der "Schwere" des unzulässigen Verhaltens im Rahmen der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen (Art. 2 Abs. 1 SVKG). Im vorliegenden Fall geht allerdings aus der nachfolgenden Darstellung der

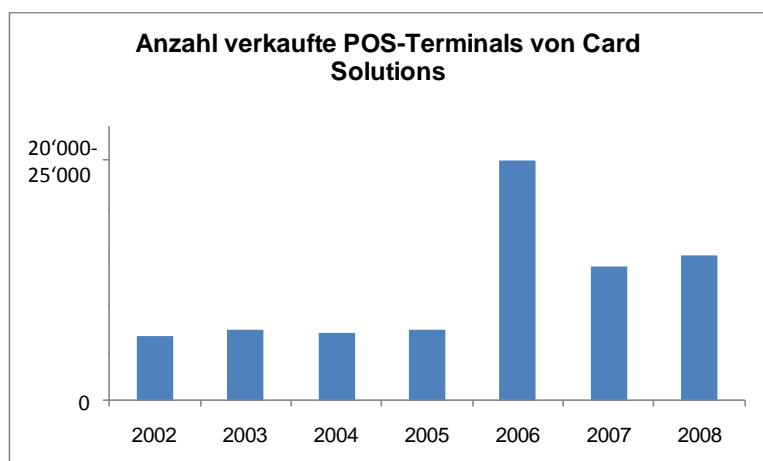
konkreten Wettbewerbsbehinderung hervor, dass diese beträchtliche Auswirkungen auf dem Terminalmarkt zur Folge hatte.

#### B.3.3.3.4.2.2 Dynamische Marktphase

358. Für die Beurteilung der Wettbewerbsbehinderung ist von Bedeutung, dass sich gemäss übereinstimmender Einschätzung von Multipay und Jeronimo der Terminalmarkt während der Zeitdauer der Geschäftsverweigerung in einer Umbruchphase befunden hat. Per 1. Januar 2005 hatten die internationalen Card Schemes (Visa und MasterCard) einen so genannten Liabilityshift (Haftungsumkehr) eingeführt (vgl. oben Rz. 256), was viele Händler dazu bewog, ihre alten, nicht EMV- und nicht ep2-zertifizierten Terminals durch Terminals der neuen Generation (d.h. EMV- und ep2-zertifizierte Terminals) zu ersetzen (vgl. auch oben Rz. 257). So haben beispielsweise die beiden grossen Detailhändler Migros und Coop im Jahr 2006 neue ep2-zertifizierte Terminals der Card Solutions gekauft.<sup>359</sup>

359. Die Marktentwicklung wird durch die nachfolgende Grafik, welche die Anzahl der verkauften POS-Terminals der Card Solutions als grösste Terminalanbieterin in den Jahren 2002–2008 wiedergibt, exemplarisch illustriert:

**Abbildung 14: Anzahl der verkauften POS-Terminals der Card Solutions (2002–2008)<sup>360</sup>**



360. Aus der Grafik geht hervor, dass die Verkäufe in den Jahren 2002–2005 relativ stabil waren um im Jahr 2006 stark anzusteigen und in den Folgejahren 2007 und 2008 auf einem höheren Niveau zu verbleiben. In dieser dynamischen Marktphase wurden auch neue Produkte und Dienstleistungen entwickelt,<sup>361</sup> so wurde namentlich die DCC-Funktion während derselben Zeitperiode auf den Markt gebracht.

361. Weiter ist zu beachten, dass aufgrund des ep2-Standards in der massgebenden Zeitperiode gleichzeitig eine Marktöffnung stattgefunden hat, da ep2-zertifizierte Terminals unabhängig vom Terminalanbieter bei jedem Acquirer eingesetzt werden können. Dadurch wurden die Voraussetzungen für einen wirksamen Wettbewerb auf dem Terminalmarkt geschaffen. Es ist zu diversen Markteintritten gekommen und beim Ersatz der früheren proprietären Systeme verfügten (und verfügen immer noch) die Händler über eine breite Produktpalette von verschiedenen Terminalanbietern. Der Wettbewerb hat auch zu tieferen Terminalpreisen geführt. Eine weitere

Folge der Marktöffnung war, dass die Marktanteile der Card Solutions (frühere 3C-Epsys) erodiert sind (von rund 95 % im Jahr 2001 auf noch [50–60] % im Jahr 2006). So konnte sich Jeronimo ab dem Jahr 2003 als starker Konkurrent etablieren, welcher im Jahr 2006 über einen beachtlichen Marktanteil von mehr als [20–30] % verfügte (vgl. zur Marktentwicklung ausführlich oben Rz. 269 ff.).

<sup>358</sup> Aduno bietet DCC zusammen mit dem Provider FCC an, vgl. vorne Rz. 284.

<sup>359</sup> Erläuterungen von Multipay/Card Solutions in act. no 103, S. 22.

<sup>360</sup> In der Grafik werden nicht nur die durch Card Solutions verkauften, sondern auch die vermieteten POS-Terminals erfasst. Die Anzahl vermietete Terminals betrug in den Jahren 2006–2008 jeweils unter [0–10] % der insgesamt erfassten Terminals.

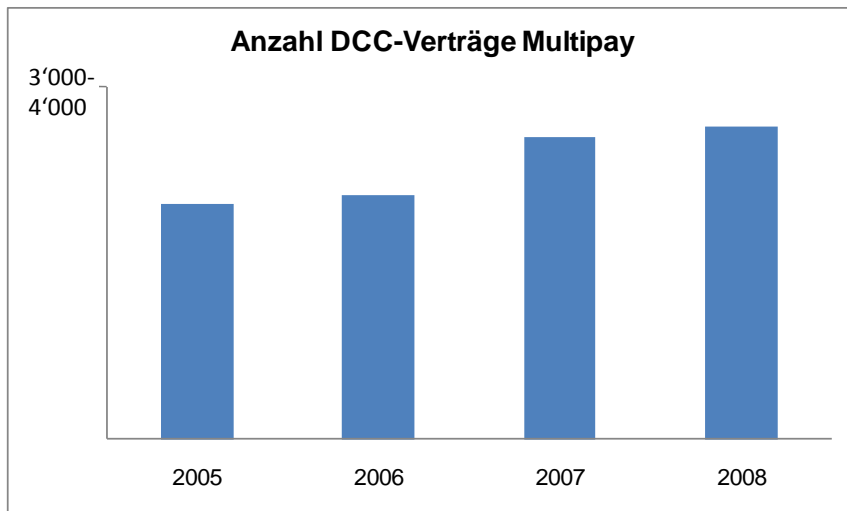
<sup>361</sup> Vgl. etwa die Stellungnahme von Carus (act. no 104), welche neben DCC beispielsweise das Aufladen von Mobiltelefonen via POS-Terminals, Tax Refund (Rückerstattung der MwSt. bei Ausfuhr des Produkts ins Ausland) oder Voucher Services (Ausdrucken und Einlösen von Coupons) als Innovationen erwähnt.

### B.3.3.3.4.2.3 Bedeutung von DCC

362. Während der soeben beschriebenen Umbruchphase auf dem Terminalmarkt begann Multipay ab März

2005 mit dem Abschluss von DCC-Verträgen. Die nachfolgende Abbildung zeigt die Anzahl abgeschlossener DCC-Verträge von Multipay von 2005 bis 2008:

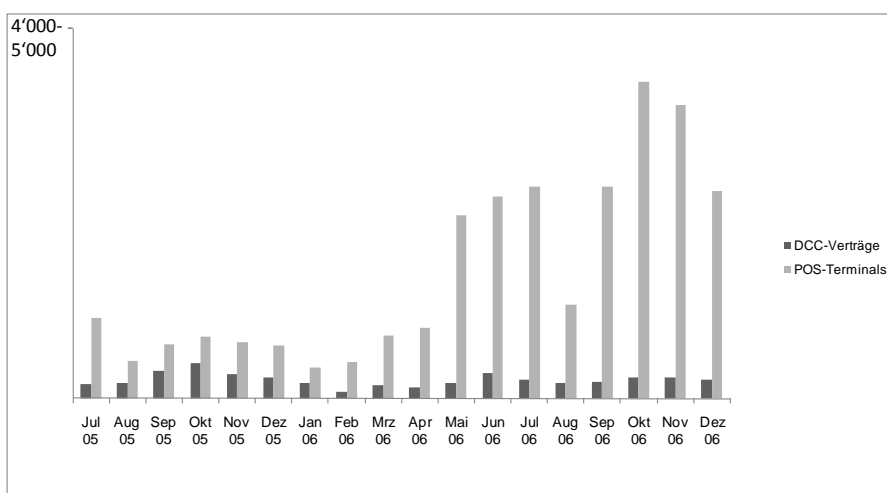
**Abbildung 15: Anzahl DCC-Verträge Multipay 2005–2008**



363. Die Anzahl abgeschlossener DCC-Verträge zeigt auf, dass diese Funktion durchaus von erheblicher Bedeutung ist. Seit dem Jahr 2005 wurden bis Ende 2008 mit insgesamt [10'000–15'000] Händlern DCC-Verträge abgeschlossen, was rund [10–20 %] aller Businesspartner von Multipay entspricht (vgl. zur Entwicklung der Umsätze und Transaktionen, bei welchen DCC zum Einsatz kommt und die ebenfalls die zunehmende Bedeutung von DCC aufzeigt, oben Rz. 288 ff.).

364. Wird die Entwicklung für die Zeit der Geschäftsverweigerung von Juli 2005 bis Dezember 2006 betrachtet, so präsentiert sich die Anzahl abgeschlossener DCC-Verträge von Multipay sowie die Anzahl verkaufter POS-Terminals von Card Solutions wie in der nachfolgenden Abbildung dargestellt:

**Abbildung 16: Anzahl DCC-Verträge Multipay und verkaufte POS-Terminals Card Solutions Juli 2005 – Dezember 2006**



365. Multipay bringt vor, dass die Gegenüberstellung von Terminalverkäufen und DCC-Verträgen aufzeige, dass die Verkäufe in erster Linie vom Wechsel auf die EMV- und ep2-Technologie getrieben werde, während die DCC-Funktionalität kaum Einfluss auf die Anzahl der verkauften Terminals habe.<sup>362</sup>

<sup>362</sup> Vgl. act. no 103, S. 24.

366. Vorab gilt es bezüglich dieser Argumentation eine Relativierung anzubringen. Während jeder Händler nur einen DCC-Vertrag abschliesst, ist die Zahl der Terminals pro Händler keineswegs auf 1 beschränkt. Rund [25–35] % der Händler haben in der massgebenden Zeitperiode mehr als 1 Terminal gekauft. Im Durchschnitt hat in dieser Zeit jeder Händler [2–3]<sup>363</sup> Terminals gekauft. Dies führt dazu, dass die Bedeutung der DCC-Verträge grösser ist, als es aufgrund der Grafik den Anschein macht. Die Parteien haben in ihrer Stellungnahme durch Einreichung der entsprechenden Ausschreibungsunterlagen nachgewiesen, dass die DCC-Funktion bei der Umrüstung der alten auf neue ep2-Terminals bei den beiden grossen Detailhändlern Migros und Coop keine Rolle gespielt hat. Dies hat einen zweifachen Effekt auf die obigen Ausführungen. Einerseits ist bei der Betrachtung der Abbildung 16 zu berücksichtigen, dass eine erhebliche Anzahl der Terminalverkäufe auf Migros und Coop entfallen. Würden diese abgezogen, so wäre die Differenz zwischen der Anzahl verkaufter Terminals und der Anzahl abgeschlossenen DCC-Verträge wesentlich kleiner. Andererseits sinkt gemäss Angaben der Parteien bei einer Nicht-Berücksichtigung der Terminalverkäufe von Migros und Coop die durchschnittliche Anzahl gekaufter Terminals pro Händler auf [1–2]. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass gemäss den eingereichten Unterlagen die Ausschreibungen von Migros und Coop bereits im Jahr 2004 erfolgten und damit zu einem Zeitpunkt, in dem die DCC-Funktion noch gar nicht angeboten wurde. Auch die Offerten der Card Solutions vom 1. Februar 2005 fanden zu einem Zeitpunkt statt, in welchem sich die DCC-Funktion noch nicht in der Marktausbreitungsphase befand. Zudem wurde aufgrund der Stellungnahme der Parteien ersichtlich, dass Migros und Coop in Folge ihrer Grösse über eine gewisse Nachfragemacht verfügen dürften (vgl. vorne Rz. 228). Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Anreiz für Multipay diese beiden Detailhändler als Acquiring-Kunden zu halten, dazu geführt hätte, Migros und Coop bei Interesse an DCC ein Angebot zu unterbreiten, unabhängig von der Wahl des Terminallieferanten. In diesem Sinne werden nachfolgend die Terminalverkäufe für Migros und Coop bei der Beurteilung der Wettbewerbsbehinderung ausgeblendet.

367. Für die übrigen Händler erschliesst sich die tatsächliche Bedeutung der DCC-Funktion, wenn daran erinnert wird, dass sich Terminals mit und ohne DCC-Funktion für den Händler preislich nicht unterscheiden. Die DCC-Funktion führt beim Händler somit zu zusätzlichen Einnahmen, da er an den DCC-Erträgen partizipiert, ohne dass für ihn zusätzliche Kosten bei der Terminalanschaffung anfallen würden.

368. Es ist Multipay/Card Solutions zuzustimmen, dass die Umstellung auf EMV- und ep2-Terminals der Hauptgrund für den starken Anstieg der Terminalverkäufe im Jahr 2006 darstellt (vgl. schon Rz. 358). Dies ist jedoch nicht der für die Beurteilung des vorliegenden Falles entscheidende Faktor. Entscheidend ist nämlich, dass bei der Auswahl eines neuen ep2-Terminals in dieser Umbruchphase die Terminals der Card Solutions über den Vorteil verfügten, als einzige die von der Multipay angebotene DCC-Funktion zu unterstützen.

369. Es gilt zu berücksichtigen, dass der Händler zum Zeitpunkt der Beschaffung eines neuen ep2-Terminals, i.d.R. bereits einen Acquiringvertrag abgeschlossen hat und damit einen bestimmten Acquirer gewählt hat (auch wenn keine Exklusivitätsklauseln vorgesehen sind, vgl. vorne Rz. 203 f.). Der Acquirer wird nicht in Abhängigkeit der Terminals gewählt, sondern umgekehrt das Terminal in Abhängigkeit des Acquirers. Im Jahr 2005 verfügten [80–90] % der Multipay-Händler über einen Acquiringvertrag mit einer Laufzeit von 2 Jahren oder mehr und [70–80] % über einen solchen mit einer Laufzeit von 3 Jahren oder mehr (vgl. Tabelle 2). Bei einem Grossteil dieser Händler kommt zum Zeitpunkt der Terminalbeschaffung der von Multipay geltend gemachte Wettbewerb zwischen der DCC-Lösung Multipay/Card Solutions und derjenigen von Aduno/FCC und einem Drittanbieter von Terminals (z.B. Jeronimo) nur eingeschränkt zum Tragen. Immerhin verfügt die Mehrheit der Händler über einen gültigen und laufenden Acquiringvertrag. Grundsätzlich ist dies heute nicht mehr problematisch, da der ep2-Standard sicherstellt, dass jedes ep2-zertifizierte POS-Terminal unabhängig vom Terminalanbieter bei jedem Acquirer funktioniert. Da die Funktionsfähigkeit der ep2-Terminals gewährleistet ist, treten der Preis und die anderen Terminaleigenschaften in den Vordergrund und sind für den Kaufentscheid massgebend. Bei der DCC-Fähigkeit handelt es sich um eine Terminaleigenschaft, welche für den Händler nur positive Auswirkungen zeitigt und bei der Beschaffung erst noch keinen Aufpreis zur Folge hat. Da jedoch das DCC-Angebot der Multipay nur mit den ep2-zertifizierten POS-Terminals der Card Solutions genutzt werden konnte, verfügten diese Terminals bei den Multipay-Händlern über einen klaren Wettbewerbsvorteil gegenüber den Terminals der Konkurrenten. Insbesondere für Händler mit zahlreichen Fremdwährungstransaktionen stellt die DCC-Fähigkeit unbestrittenermassen ein wichtiges Entscheidungskriterium dar. Aber auch bei zahlreichen anderen Händlern dürfte die DCC-Fähigkeit des Terminals eine Rolle gespielt haben, weil ein POS-Terminal während durchschnittlich 7–8 Jahren verwendet wird und der Händler sich so die DCC-Funktion als zukünftige Option offen halten kann.

370. Jeronimo hat sich im Mai 2007 wie folgt zur Bedeutung von DCC geäussert: *"Es ist nochmals mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob die DCC-Funktionalität angeboten werden kann oder nicht, seit 2005 in den allermeisten durch Jeronimo geführten Verkaufsgesprächen eine zentrale Bedeutung gespielt hat. Der Umstand, dass der Kunde für diese Funktionalität nichts bezahlt, aber damit Rückvergütungen oder Gebührennachlässe generieren kann, hat vollumfänglich genügt, dass diese Funktionalität jeweils hauptsächlich diskutiert wurde. Dabei war es völlig nebensächlich, ob der entsprechende Kunde tatsächlich mit Fremdwährungstransaktionen rechnen konnte oder nicht. Bloss in etwa 10% der Verkaufsgespräche war DCC kein Thema.*

<sup>363</sup> Berechnung aufgrund der Angaben aus dem Fakturierungssystem der Card Solutions (SBS). Act. no 103, Beilage 8a. Berücksichtigt wurden alle Verkäufe mit dem Belegtyp "Rechnung" vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006.

*Daran kein Interesse zeigten nur diejenigen (wenigen) Geschäfte, die nur Debitkartentransaktionen anbieten oder diejenigen, die offensichtlich und absehbar keine ausländischen Kunden haben". Die Terminallieferanten Jeronimo, PaySys und Ingenico haben diverse wichtige Unternehmen ("Key Accounts") genannt, die sie in den Jahren 2005/2006 deshalb als Kunden verloren hatten, weil sie Händlern kein Terminal anbieten konnten, welches die DCC-Funktion der Multipay unterstützte. Dabei wurden insbesondere Unternehmen aus den Bereichen Tourismus (z.B. Bergbahnen) und Bijouterie erwähnt.<sup>364</sup>*

371. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass während der Zeitdauer der Geschäftsverweigerung Drittanbieter von ep2-zertifizierten POS-Terminals den Multipay-Händlern aufgrund der Behinderung keine gleichwertigen Konkurrenzprodukte anbieten konnten. Bei den Multipay-Händlern, welche während dieser Periode einen DCC-Vertrag abgeschlossen haben, wurde der Wettbewerb folglich de facto beseitigt. Hatte sich ein Multipay-Händler entschieden, einen DCC-Vertrag abzuschliessen, so kam für ihn nur noch ein Card Solutions-Terminal in Frage, da ansonsten der Vertrag für ihn nutzlos war. Dass er dann trotz laufendem Acquiringvertrag und DCC-Vertrag mit Multipay ein Terminal eines anderen Anbieters gewählt oder gar das „Paket“ gewechselt hätte (zu Aduno/FCC/Drittanbieter), war faktisch ausgeschlossen. Bezüglich der Multipay-Händler, welche in der massgebenden Zeitperiode einen DCC-Vertrag mit Multipay geschlossen haben, war daher der Wettbewerb zwischen den Terminalanbietern de facto beseitigt.

#### **B.3.3.3.4.2.4 Terminalverkäufe der Card Solutions an Multipay-Händler**

372. Die Card Solutions hat in der massgebenden Zeitperiode vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 [25'000–30'000] DCC-fähige POS-Terminals für insgesamt CHF [35–45] Mio. verkauft.<sup>365</sup>

373. Da aus dem Fakturierungssystem der Card Solutions nicht hervorgeht, wie viele dieser Terminals an Multipay-Händler verkauft wurden, wird nachfolgend eine Annäherungsrechnung basierend auf zwei Elementen vorgenommen:

- (1) Vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 wurden insgesamt [25'000–30'000]<sup>366</sup> ep2-zertifizierte Terminals der Card Solutions in Betrieb genommen.<sup>367</sup> Davon sind [25'000–30'000] bei der Multipay aufgeschaltet worden. Dies bedeutet, dass in der massgebenden Zeitperiode [90–100] % der Card-Solutions-Terminals bei Multipay-Händlern aufgeschaltet wurden.
- (2) Am Ende des Jahres 2006 waren [80–90] % der ep2-zertifizierten Terminals der Card Solution bei Multipay im Einsatz (am Ende des Jahres 2009 waren es sogar [85–95] %).

374. Wird nun bei einer vorsichtigen Annäherungsrechnung vom tieferen Wert von [80–90] % ausgegangen, so hat Card Solutions in der massgebenden Zeitperiode rund [20'000–25'000] Terminals für eine Verkaufssumme von rund CHF [30–40] Mio. an Multipay-Händler verkauft. Davon abzuziehen sind gemäss der Stellungnahme der Parteien [10'000–15'000] Terminals, die an

Migros und Coop verkauft wurden. Es verbleiben daher – konservativ geschätzt – [10'000–15'000] Terminals für eine Verkaufssumme von rund CHF [15–25] Mio. Bei diesen Terminalverkäufen standen aufgrund der Behinderung die ep2-zertifizierten POS-Terminals von Jeronimo und anderer Drittanbieter nicht als gleichwertige Konkurrenzprodukte zur Auswahl.

#### **B.3.3.3.4.2.5 Terminalverkäufe der Card Solutions an Multipay-Händler mit DCC-Vertrag**

375. Aus dem Fakturierungssystem der Card Solutions lässt sich nicht entnehmen, wie viele Terminals an Multipay-Händler mit DCC-Vertrag verkauft wurden. Es ist hingegen bekannt, dass Multipay vom Juli 2005 bis zum Dezember 2006 [3'500–4'500] DCC-Vertragspartner zugelassen hat.

376. Die Parteien haben aufgrund des Antrags des Sekretariates Auswertungen weiterer Datenbanken vorgenommen, welche dem Sekretariat nicht zur Verfügung standen.<sup>368</sup> Durch die Auswertungen und den Abgleich dieser Datenbanken konnte eruiert werden, wie viele Händler, die in der massgebenden Zeit einen DCC-Vertrag geschlossen, in derselben Zeitperiode auch ein ep2-zertifiziertes Terminal der Card Solutions gekauft und die DCC-Funktion aufgeschaltet haben. Es handelt sich gemäss Angaben der Parteien um [1'000–2'000] Händler.

377. Bezüglich dieser [1'000–2'000] Händler kann folglich eine Marktverschliessung als erstellt gelten. Bezüglich der restlichen [1'500–2'500] Händler, welche in der fraglichen Zeitperiode einen DCC-Vertrag abgeschlossen aber kein Terminal der Card Solutions gekauft haben, gehen die Parteien davon aus, dass keine Wettbewerbsbehinderung vorliegt. Sie führen dabei aus, dass

- gewisse Händler allenfalls bereits vor der Vertragsunterzeichnung über ein ep2-zertifiziertes Terminal der Card Solution verfügt hätten;
- zum Teil bei Vertragsabschlüssen die Option einer DCC-Funktion gewählt worden sei, ohne dass die Funktion genutzt worden sei bzw. ohne dass gleichzeitig oder kurzfristig nach Abschluss der Option seitens des Händlers ein Kauf erfolgt sei, z.B. aus technischen Gründen (Kassenintegration, Kommunikationsleitungen, etc.);

<sup>364</sup> Vgl. act. no 101, act. no 1. Eine Nachverfolgung der Wechsel der Händler von einem Terminalanbieter zu einem anderen während der Zeitdauer der Geschäftsverweigerung ist nicht möglich, da die entsprechenden Daten von den Terminalherstellern nicht erhoben werden und dementsprechend nicht erhältlich waren.

<sup>365</sup> Angaben aus dem Fakturierungssystem der Card Solutions (SBS). Das SBS enthält keine Angaben zu Verträgen mit Acquirem oder DCC-Funktionalitäten. Vgl. act. no 103, Beilage 8a. Berücksichtigt wurden alle Verkäufe mit dem Belegtyp "Rechnung" in der massgebenden Zeit.

<sup>366</sup> Die Diskrepanz zwischen der Anzahl verkaufter Terminals und der Anzahl aufgeschalteter Terminals ergibt sich daraus, dass Fakturierung und Aufschaltung des Terminals auseinanderfallen. So wurden in der massgebenden Zeit Terminals aufgeschaltet, welche zu einem früheren Zeitpunkt fakturiert wurden.

<sup>367</sup> Angaben aus dem Terminalmanagementsystem der Card Solutions (SCS). Vgl. act. no 103, Beilage 8b. Im SCS werden alle erforderlichen technischen Informationen pro Terminal aufgeführt, u.a. Aufschaltdatum, Vertrag mit Multipay, DCC-Vertrag. Eine Zuordnung eines Terminals vom SCS zum SBS ist nicht gewährleistet.

<sup>368</sup> Vgl. act. no 242.

- es sich bei der DCC-Funktion zudem um eine Vertragsoption handle, die im Rahmen des üblichen Akzeptanzvertrags durch Ankreuzen eines zusätzlichen Feldes abgeschlossen werden konnte. Das Ankreuzen der Option habe keine Kosten verursacht, so dass es vorkommen könne, dass ein Händler die DCC-Option wähle, ohne dass er jedoch kurz- oder mittelfristig die Absicht habe, diese zu nutzen bzw. hierfür ein Terminal zu kaufen.
- Die Auffassung, dass bezüglich dieser [1'500–2'500] Händler keine Wettbewerbsbehinderung vorliege, greift zu kurz. Das erste Argument hat eine gewisse Berechtigung, wobei die Bedeutung dieser Händler nicht überschätzt werden darf. Aus den Projektstatusberichten der Card Solutions geht hervor, dass die Mehrheit der Händler bei Abschluss des DCC-Vertrages noch nicht über ein ep2-fähiges Terminal verfügte (die entsprechende Passagen der Berichte sind in Tabelle 8 wiedergegeben). Bezüglich der Händler, die in die zweite oder dritte Kategorie fallen, muss festgehalten werden, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die spätere Verhaltensanpassung der Parteien nicht absehbar war. Die Händler mussten davon ausgehen, dass sie die DCC-Funktion nur mit einem Terminal der Card Solutions nutzen können. Für diese Händler wäre die Terminalwahl ebenfalls vorbestimmt gewesen, wenn die Parteien nicht unter dem Druck des kartellrechtlichen Verfahrens Drittanbieter zugelassen hätten. Die Wettbewerbsbehinderung mag sich in der Folge allenfalls nicht realisiert haben, was aber bei einer Beurteilung des Behinderungspotenzials der Verhaltensweise aus damaliger Sicht irrelevant ist. Dass sich die Behinderung für diese Händler in einer "ex post"-Betrachtung nicht unmittelbar ausgewirkt hat, kann im Rahmen der Sanktionierung berücksichtigt werden.

378. Theoretisch müsste die Anzahl der restlichen Händler [1'500–2'500] noch mit dem von den Parteien berechneten Faktor von [1–2]<sup>369</sup> multipliziert werden (durchschnittliche gekaufte Anzahl Terminals pro Händler) um das Potenzial der Wettbewerbsbehinderung genauer zu bestimmen. Im Sinne der Vermeidung einer vorgespiegelten Scheingenauigkeit kann hierauf jedoch verzichtet werden. Während dieser Faktor die Anzahl betroffener Terminals grundsätzlich erhöht, führt die Berücksichtigung der Händler, die bereits vorgängig über ein ep2-zertifiziertes POS-Terminal der Card Solutions verfügten, zu einer Verminderung der entsprechenden Anzahl. Es kann davon ausgegangen werden, dass sich die beiden Elemente in etwa die Waage halten, so dass die Verhaltensweise das Potenzial hatte, rund [1'500–2'500] Terminalkäufe zu präjudizieren.

379. Aufgrund dieser Erwägungen ergibt sich, dass in der massgebenden Zeitperiode nachweislich [0–10] % der gesamten Terminalverkäufe der Card Solutions<sup>370</sup> ([25'000–30'000]) von einer Marktverschliessung betroffen waren.<sup>371</sup> Die Verhaltensweise hatte zudem aus damaliger Sicht das Potenzial, den Kauf von weiteren [1'500–2'500] Terminals zu prädestinieren, was einem

Anteil von weiteren [0–10] % an den Terminalverkäufen von Card Solutions entspricht.

380. Die Parteien führen aus, bei der Berechnung der behaupteten Marktverschliessung unterliege der Antrag einem Denkfehler. Es müsse geprüft werden wie hoch der prozentuale Anteil der eingeschränkten Verkäufe in Relation zum gesamten Marktpotenzial sei. Die Parteien berechnen für das Jahr 2006 ein Marktpotenzial für die Umrüstung auf ep2-Terminals von [50'000–70'000] Terminals. Die im Antrag als problematisch bezeichneten Verkäufe würden demnach weniger als 2 % dieses Marktpotenzials ausmachen. Es könne daher nicht von einer Marktverschliessung oder Behinderung gesprochen werden.

381. Der Vorwurf eines Denkfehlers ist unbegründet. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass zum Zeitpunkt der Behinderung das Verhalten der Multipay geeignet war, einen weitaus grösseren Anteil des Gesamtmarktpotenzials zu verschliessen. Erst die später erfolgte Aufgabe des Verhaltens hat dazu geführt, dass der Markt wieder geöffnet wurde. Wenn denn schon eine Berechnung des Anteils der von einer Wettbewerbsbeseitigung betroffenen Terminals des gesamten Marktpotenzials durchgeführt werden sollte, so muss sie auf die damals vorliegenden Umstände abstellen. Von den [1'000–2'000] betroffenen ep2-zertifizierten POS-Terminals wurden [0–1'000] im Jahr 2005 verkauft, was rund [0–5] % der in diesem Jahr insgesamt auf dem Markt abgesetzten ep2-Terminals entspricht. Der Verkauf der restlichen [1'000–2'000] betrifft das Jahr 2006 und entspricht rund [0–5] % aller auf dem Markt verkauften ep2-Terminals. Ohne Aufgabe des Verhaltens wäre folglich das gesamte restliche Marktpotenzial von einer entsprechenden Marktverschliessung von ca. [0–5] % betroffen gewesen. Dabei basieren diese Zahlen nur auf dem Anteil der Terminals, bei welchen effektiv eine Wettbewerbsbeseitigung stattgefunden hat. Wie oben bereits dargelegt, ist jedoch die Anzahl Terminals, bei welchen zwar keine Beseitigung aber doch eine Behinderung der anderen Terminalanbieter stattgefunden hat erheblich grösser. Bezüglich [10'000–15'000] in der massgebenden Zeitperiode verkauften Terminals der Card Solutions konnten die anderen Terminalanbieter nicht mit einem gleichwertigen Angebot konkurrieren. Dies entspricht – wiederum konservativ geschätzt – rund [15–25] % der gesamten Verkäufe von ep2-zertifizierten POS-Terminals durch sämtliche Terminalanbieter während dieser Zeit. Würde nun das Gedankenspiel der Parteien in Bezug auf das gesamte Marktpotenzial fortgeführt, so müsste davon ausgegangen werden, dass ohne die aus damaliger Sicht nicht vorhersehbare Aufgabe des Verhaltens der Parteien die Behinderungssituation bei mindestens [15–25] % der Terminals fortbestanden hätte.

<sup>369</sup> Vgl. oben Rz. 366.

<sup>370</sup> Ausgehend von [20'000–25'000] verkauften Terminals gemäss Rz. 372.

<sup>371</sup> Dies entspricht rund [0–10] % der Verkäufe der Card Solutions an Multipay Händler (ausgehend von [20'000–25'000] Terminals gemäss Rz. 374).

Der Mindestanteil von [15–25] % ergibt sich dadurch, dass die in den Jahren 2005 und 2006 realisierten grossen Terminalkäufe von Migros und Coop nicht als von der Behinderung betroffene Verkäufe der Card Solutions qualifiziert wurden. Da der Grossteil der von Card Solutions verkauften ep2-Terminals bei der Schwestergesellschaft Multipay zum Einsatz kommt, entsprach die maximal denkbare Wettbewerbsbehinderung bezüglich des damaligen Marktpotenzials folglich approximativ dem Marktanteil der Card Solutions.

#### B.3.3.3.4.2.6 Behinderungswirkung aus Sicht der Drittanbieter von POS-Terminals

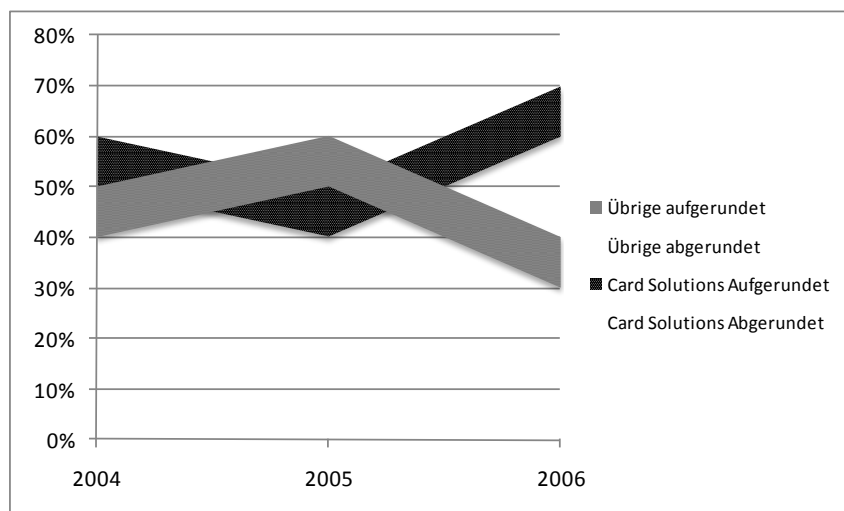
382. Wird die Situation aus der Sicht von Jeronimo betrachtet, so ist – ausgehend von einem Preis von CHF 1'179.- für das günstigste und von CHF 2'790.- für das teuerste Jeronimo-Terminal – von einem Marktvolumen von CHF 19–30 Mio.<sup>372</sup> auszugehen, bei dem Jeronimo aufgrund der Behinderung nicht als gleichwertiger Konkurrent gegenüber Card Solutions auftreten konnte bzw. von einem Volumen von CHF 3–4.8 Mio.<sup>373</sup>, von wel-

chem Jeronimo de facto vollständig ausgeschlossen wurde. Entsprechendes gilt für die anderen Terminalanbieter.

383. Die Grössenordnung der Behinderung wird deutlich, wenn berücksichtigt wird, dass Jeronimo als grösster Konkurrent von Card Solutions in der Zeit von Juli 2005 bis Dezember 2006 insgesamt [5'000–6'000] Terminals verkauft hat. PaySys hat rund [4'000–5'000] Terminals abgesetzt und alle anderen Anbieter haben weniger als [4'000] Terminals verkauft. Dies bedeutet, dass schon nur die faktische Verschlussung des Zugangs zu den Händlern, welche tatsächlich einen DCC-Vertrag mit Multipay abgeschlossen haben, rund einem Drittel des Absatzes eines der beiden grösseren Terminalanbieter während der massgebenden Zeitperiode bzw. der Hälfte des Absatzes der kleineren Anbieter entspricht.

384. Die nachfolgende Abbildung zeigt die Marktanteile der verschiedenen Terminalanbieter gemessen an der Anzahl verkauften Terminals für die Jahre 2004–2006.<sup>374</sup>

Abbildung 17: Anteile an den Terminalverkäufen 2004–2006



385. Die Abbildung veranschaulicht, dass die Card Solutions im Jahr 2006 eine eigentliche Trendumkehr bewirken konnte. Während die Marktanteile der Card Solutions seit dem Jahr 2001 stark erodierten (vgl. oben Rz. 361) und die Konkurrenten bis zum Jahr 2005 Marktanteile gewinnen konnten, hat sich die Situation im Jahr 2006 gekehrt. Die Card Solutions konnte ihren Anteil an den verkauften Terminals massiv um über [20–30] Prozentpunkte auf rund [60–70] % ausbauen während alle anderen Terminalanbieter Marktanteile verloren haben<sup>375</sup> und Hauptkonkurrent Jeronimo stark zurückgebunden wurde. Der Anteil von Jeronimo an den Terminalverkäufen hat sich im Jahr 2006 gegenüber den beiden Vorjahren mehr als halbiert und ist auf rund [10–20] % eingebrochen.

386. Die obige Grafik gibt die Entwicklung des Gesamtmarktes an, d.h. sie enthält auch die Terminalverkäufe an Migros und Coop. Würde ein hypothetischer Markt ohne die Käufe von Migros und Coop bestimmt, so wären sowohl die Marktanteilsgewinne der Card Solutions

als auch die Marktanteilsverluste der Konkurrenten etwas weniger ausgeprägt, wenn auch immer noch deutlich vorhanden.<sup>376</sup>

<sup>372</sup> Das Volumen ergibt sich auf der Basis der [10'000–15'000] Terminals gemäss Rz. 374.

<sup>373</sup> Das Volumen ergibt sich auf der Basis der [1'000–2'000] Terminals gemäss Rz. 376.

<sup>374</sup> Im Gegensatz hierzu wurde in den Rz. 271 ff. der Marktanteil der Terminalanbieter anhand der in Betrieb befindlichen Terminals gemessen. Nicht berücksichtigt wurden die Terminalanbieter ARS und Ingenico (damals XA SA), welche keinen vollständigen Datensatz einliefern konnten.

<sup>375</sup> Ausnahme bildet die Carus, welche erst im Jahr 2005 in den Markt eingetreten ist (im Jahr 2004 hat Carus in der Schweiz lediglich [0–10] Terminals verkauft).

<sup>376</sup> Die Card Solutions würde in diesem Fall ihren Marktanteil von [40–50] % auf [50–60] % um [10–20] Prozentpunkte steigern, während Hauptkonkurrent Jeronimo um [10–20] Prozentpunkte von [20–30] % auf einen Marktanteil von [10–20] % einbricht.

### B.3.3.3.4.2.7 Hearing und Eingabe der Parteien zum Hearing

#### a. Hearing

387. Anlässlich des Hearings haben die Parteien erneut ausgeführt, dass die Nichtoffenlegung der Schnittstelleninformationen "nicht zu einer Wettbewerbsbehinderung oder Beseitigung führen [konnte]. 95 % aller verkauften Terminals von SIX waren von dieser Funktion nicht betroffen. 98 % des Marktpotenzials war völlig frei verfügbar."<sup>377</sup> Die Bedeutung der DCC-Funktion wurde weiter mit dem Hinweis relativiert, dass nur rund [0–10] % aller Transaktionen auf ausländische Karteninhaber entfallen.<sup>378</sup> Sofern DCC aufgeschaltet sei, würden ca. 10–25 %<sup>379</sup> der Transaktionen mit DCC-Umrechnung bezahlt. Die Frage eines Kommissionsmitglieds nach dem Anteil der heute in der Schweiz betriebenen Terminals, die über einen DCC-Vertrag verfügen, wurde wie folgt beantwortet:

- **CEO Card Solutions:** "Sie können davon ausgehen, dass die neuen Terminals von uns und auch von unseren Konkurrenten, die über die letzten 2–3 Jahre verkauft wurden, wahrscheinlich alle DCC fähig sind. Rein vom Hardware und Software her, alle. Aber wir kennen die anderen Acquirer nicht und wir wissen nicht, was sie für Verträge haben."
- **CEO Multipay:** "Es sind [5'000–10'000]. Es kann sein, dass [1'000–3'000] davon DCC gar nie anwenden, weil sie vergessen haben, wie es funktioniert. Man muss schon etwas machen, und wenn pro Monat nur zwei Transaktionen getätigt werden, dann vergisst man das. [...] Ich würde sagen, dass wir im Moment etwa [5'000–10'000] Kunden haben, die DCC bewusst aufgeschaltet haben und beim Rest unserer Kunden, unter anderem Migros/Coop, ist DCC kein Thema."
- **Rechtsvertreter der Parteien:** "Man sieht das auch aus den Akten. Per 31.12.2008 haben wir [100'000–120'000] Terminals eingegeben und Terminals mit DCC waren [10'000–20'000], also etwa [5–15] %."

388. Die Bedeutung der DCC-Funktion für den Terminalmarkt wurde anschliessend während des Hearings von Herrn Fillistorf thematisiert. Während dieser Anhörung wurden u.a. folgende Aussagen gemacht:

- **Fillistorf:** "On avait deux problèmes qu'on sentait sur le marché. L'un avec les clients importants, c'est-à-dire ceux qui avaient nos terminaux depuis des années, qui s'intéressaient à nos terminaux et qui avaient l'acquiring chez Telekurs. Ces gens-là voulaient la possibilité de choisir leur terminal et de choisir leur acquéreur sans avoir de blocage entre les deux. Le DCC provoquait ce blocage. Ce qui les obligeait à choisir soit Jeronimo avec un autre acquéreur soit Telekurs avec Telekurs, Multipay avec SIX. On a eu plusieurs fois des commerçants qui refusaient, qui regrettaient, de devoir absolument choisir un camp et de ne pas avoir la liberté de pouvoir choisir leur terminal et leur acquirer."

A côté de cela on a beaucoup de petits clients qui ne connaissaient pas DCC mais à qui Telekurs proposait DCC comme un élément de différenciation. DCC a été proposé dans des pharmacies, dans des boulangeries, des lieux qui n'avaient pas d'intérêt de DCC. Pour que le DCC soit intéressant il faut une majorité de clientèle étrangère potentiellement avec des transactions relativement élevées et, dans le cas présent, il n'y avait pas d'intérêt à présenter à ces branches là le DCC. Mais pour le commerçant c'était potentiellement un revenu à la fin de l'année, même si ça représentait quelques dizaines de francs, c'est un revenu quand même et dans le doute il prenait tout chez Telekurs, le terminal et l'acquiring. Donc pour nous sur le marché, on a perdu beaucoup de petites affaires auprès de petits clients qui représentaient la majorité de nos clients."

- **Fillistorf:** "Mais la fonction DCC est indispensable sur le marché suisse. Beaucoup plus importante que dans d'autres pays. Le marché suisse était un des marchés qui démarrait fort avec le DCC, parce que tous les touristes, les étrangers qui viennent en Suisse, sont potentiellement des utilisateurs de DCC, ce qui n'est pas le cas dans un pays européen ou une bonne partie de son tourisme se fait par d'autres clients européens et on parle pas de DCC puisque la monnaie est la même. Donc certains pays, comme la Suisse, qui plus est avec le commerce qu'on connaît, le luxe, est un pays DCC typique. La Suisse, Singapour, etc, c'est dans ces pays là que le DCC a démarré fortement. Donc c'est aussi à ce moment là que le DCC démarrait et c'était important d'avoir DCC en Suisse."
- **CEO Multipay:** "Ich möchte da nur anfügen, praktisch kein Key-Account von Multipay im Acquiring hat DCC. Praktisch kein Grosskunde hat DCC, aus den heute Nachmittag erwähnten Gründen. Man muss da immer wieder auf dem Laufenden sein. DCC kommt dort zum Einsatz, wo ein Potenzial ist von den Touristen. Das ist nicht die Bäckerei in Lützelflüh und es ist nicht die Metzgerei in Burgdorf."

<sup>377</sup> Vgl. act. no 264.

<sup>378</sup> Die von den Parteien erwähnte Zahl vermittelt ein falsches Bild. Wird auf dem als relevant abgegrenzten Markt für die Kreditkarten Visa und MasterCard der Anteil Transaktionen ausländischer Karteninhaber in der Schweiz (AIS) am Total der Transaktionen gemessen, so ergibt sich, dass bei Multipay über die Jahre 2005 bis 2008 [20–30] % des Transaktionsvolumens (MSV) und [20–30] % der Transaktionen auf ausländische Karteninhaber in der Schweiz entfallen.

<sup>379</sup> In früheren Eingaben haben die Parteien diesen Wert mit rund [40–50] % beziffert, vgl. act. no 103, S. 39 sowie Beilage 20m (interne Präsentation); act. no 12, S. 21.

- **Fillistorf:** "Je suis absolument d'accord que le DCC n'est pas fait pour une boulangerie ni une charcuterie, mais néanmoins vos vendeurs l'ont utilisé pour les boulangers et les charcuteries. C'était un argument de vente dans toutes les branches. Des pharmacies, des branches qui ne sont pas des branches DCC [...] Par contre tous les clients qu'on a cités sont pour nous des gros clients. Peut-être pas pour vous. Mais pour nous, un [Name Firma] avec 100 et quelques terminaux, un [Name Firma] et [Name Firma] avec 600 et quelques terminaux, [Name Firma], [Name Firma], 150 terminaux, pour nous c'est des gros clients. Il faut voir quelle est la notion de gros clients pour Telekurs et pour Jeronimo. Et tous ces gens là veulent travailler avec du DCC [...] [Name Firma] nous a annoncé le chiffre d'économies, le chiffre de revenu qu'ils estimaient faire avec le DCC. C'est très important. C'est presque 2/3 du prix du renouvellement de son parc de terminaux. Donc en une année ils récupèrent 2/3 de l'investissement sur les terminaux. C'est pas négligeable, l'intérêt est très important. Et [Name Firma] c'est un target direct pour DCC. Mais aujourd'hui il y a du DCC presque partout."

#### **b. Eingabe der Parteien**

389. In ihrer Eingabe vom 11. November 2010 haben die Parteien geltend gemacht, derzeit verfügten von über [85'000–95'000] Vertragspartnern im Acquiring lediglich [4'000–5'000] über einen DCC-Vertrag, was lediglich [0–10] % entspreche. Im Nachtrag vom 22. November 2010 haben sie ergänzt, dass per 17. November 2011 [10–20] % der Terminals bei Multipay-Händlern in der Lage seien, DCC aktiv zu nutzen ([20'000–25'000] Terminals von insgesamt [130'000–140'000] Terminals).

390. SIX bringt weiter vor, Herr Fillistorf habe mehrfach ausgeführt, dass Multipay DCC an Apotheken, Bäckereien und Metzgereien angeboten habe und hierdurch Jeronimo bezüglich dieser Kunden viele Geschäfte verloren habe ("on a perdu beaucoup de petites affaires auprès de petits clients qui représentaient la majorité de nos clients"). Tatsächlich verfügten nur [0–50] Bäckereien (von mehr als 2000 Bäckereien und Konditoreien in der Schweiz = [0–2] %), [25–75] Apotheken (von 1731 bei Pharma Suisse registrierten Apotheken = [0–5] %) und weniger als [0–20] Metzgereien (von ca. 1500 Metzgereien in der Schweiz = [0–2] %) über einen DCC-Vertrag mit Multipay. Aufgrund der absolut minimalen Anzahl von Kleinstkunden in diesen Bereichen sei jedoch schon auf dieser Basis klar, dass es faktisch unmöglich sei, dass Jeronimo bei derartigen Kunden aufgrund der DCC-Funktion eine Vielzahl von Geschäften hätte verlieren können. Die entsprechenden Aussagen von Herrn Fillistorf würden folglich nicht den Tatsachen entsprechen.

391. Bezüglich der von Herrn Fillistorf genannten Grosskunden von Jeronimo sei abzuklären, aus welchen Gründen die genannten Unternehmen keine Jeronimo-Terminals gekauft hätten, wie viele Terminals dies betroffen habe und bei wievielen Verkaufsgesprächen DCC effektiv von Relevanz gewesen sei. In diesem Zusammenhang seien die entsprechenden Kunden und Kun-

dengruppen entweder insgesamt oder stichprobenweise nach deren Überlegungen und Entscheidungsgrundlagen im Zusammenhang mit dem Kauf von Terminals zu befragen. Zudem sei Jeronimo aufzufordern, sämtliche Dokumentationen im Zusammenhang mit Verkaufsgesprächen in den Jahren 2005 und 2006 dem Sekretariat zuzustellen und den Parteien sei Einsicht in diese Akten zu gewähren.

392. Weiter bringen die Parteien vor, Herr Fillistorf habe im Hearing angegeben, dass 60-80 % bzw. 90 % der Terminals mit der DCC-Funktion verkauft würden. Diese Aussage sei entweder falsch oder irreführend, da weniger als [0–5] % der Multipay-Händler über einen DCC-Vertrag verfügen würden. Es sei daher der tatsächliche Anteil zu eruieren.

393. Schliesslich verlangen die Parteien, die Behinderungswirkung des Verhaltens sei für den gesamten CCV-Konzern zu betrachten. Es sei daher abzuklären, wie viele Terminals der CCV-Konzern weltweit verkauft habe.

394. Letztlich bringen die Parteien vor, der Nachweis einer Behinderungswirkung sei nicht erbracht, weil die betroffenen Kunden nicht nach ihren Entscheidungsgrundlagen beim Terminalkauf befragt worden seien.

#### **c. Würdigung des Hearings und der Eingabe der Parteien**

395. Der Ansicht der Parteien, die Behinderungswirkung sei nicht nachgewiesen, kann nicht gefolgt werden. Die Untersuchung hat sich gerade nicht darauf beschränkt, einen Nachweis bezüglich einzelner Kunden zu erbringen, was angesichts der Anzahl betroffener Händler eher illustrativen Charakter gehabt hätte. Selbst wenn den Parteien gefolgt würde und nur bezüglich der [1'000–2'000] Händler, welche gleichzeitig einen Terminal gekauft und einen DCC-Vertrag geschlossen haben, von einer Behinderung bzw. Beseitigung des Wettbewerbs ausgegangen würde, so ist Wirkung des Verhaltens bereits für eine derart grosse Anzahl Händler nachgewiesen, dass sich eine Befragung der durch Herrn Fillistorf genannten Grosskunden erübrigt. Die wettbewerbsbehindernde Wirkung des Verhaltens ist bereits dadurch genügend nachgewiesen, dass der Wettbewerb in der massgebenden Zeitperiode bezüglich [1'000–2'000] Händlern beseitigt wurde. Wird diese Verschliesung in Relation zu den Verkaufszahlen des grössten Konkurrenten Jeronimo während derselben Zeitperiode gesetzt [5'000–6'000 Terminals], so ergibt sich ein Wert von rund [25–35] %. Der Missbrauch ist bereits damit erstellt. Kommt hinzu, dass die anlässlich des Hearings und in der Eingabe vorgebrachten Einwände der Parteien – wie nachfolgend aufgezeigt wird – zu keiner neuen Einschätzung der Bedeutung der DCC-Funktion führen.

396. Die Parteien versuchen, die Bedeutung der DCC-Funktion damit zu relativieren, dass heute nur noch [4'000–5'000] Multipay-Händler über einen DCC-Vertrag verfügten. Diese Anzahl ist erstaunlich tief, war doch während des Hearings noch die Sprache von rund [5'000–10'000] Kunden und geht doch aus den durch die Parteien während der Untersuchung eingereichten Zahlen hervor, dass von 2005–2008 eine erheblich grössere Anzahl Händler einen DCC-Vertrag abgeschlossen hat.



Die Zahlen in der nachfolgenden Tabelle stammen alle- samt von den Parteien:<sup>380</sup>

**Tabelle 9: Anzahl abgeschlossene DCC-Verträge 2005–2008**

Tabelle : Abgeschlossene DCC-Verträge													
	Jan	Feb	Mrz	Apr	Mai	Jun	Jul	Aug	Sep	Okt	Nov	Dez	Total
2005	0	0	100-200	100-200	100-200	200-300	100-200	100-200	300-400	400-500	200-300	200-300	2000-3000
2006	100-200	0-100	100-200	100-200	100-200	300-400	200-300	100-200	200-300	200-300	200-300	200-300	2000-3000
2007	200-300	200-300	200-300	200-300	200-300	200-300	300-400	200-300	200-300	200-300	100-200	100-200	2000-3000
2008	100-200	200-300	100-200	200-300	200-300	200-300	300-400	200-300	200-300	300-400	200-300	300-400	3000-4000
<b>Gesamttotal Abgeschlossener DCC-Verträge 2005-2008:</b>													<b>10000-15000</b>

397. Die Tabelle zeigt auf, dass in den Jahren 2005–2008 über [10'000–15'000] DCC-Verträge abgeschlossen wurden. Selbst wenn angeblich nur noch [4'000–5'000] Verträge aktuell sind, zeigt die Tabelle auf, dass im Verlaufe der Zeit DCC für eine weitaus grössere Anzahl Händler immerhin derart von Interesse war, dass sie einen DCC-Vertrag abgeschlossen haben. Massgebend ist aber, dass der heutige Bestand weniger geeignet ist die Bedeutung von DCC während den Jahren 2005 und 2006 wiederzugeben als zeitnahe Zahlen. Die Parteien haben im Mai 2007 folgende Angaben gemacht: "Total von TKM selektionierte und zugelassene DCC-Vertragspartner Januar 05–Dezember 06: [4'000–5'000]".<sup>381</sup> Per Ende 2006 hatten [50'000–60'000] Händler einen Acquiringvertrag für Kredit- oder Debitkarten mit Multipay abgeschlossen.<sup>382</sup> Damit verfügten Ende 2006 rund [0–10] % dieser Händler über einen DCC-Vertrag. Der CEO von Multipay hat anlässlich des Hearings darauf hingewiesen, dass DCC-Kunden in der Regel über mehrere Terminals verfügen.<sup>383</sup> Im Hearing wurde in diesem Zusammenhang angegeben, aus den Akten gehe hervor, dass per Ende 2008 rund [15'000–20'000] Terminals bei Multipay "mit DCC" gewesen seien, was rund [0–10] % aller Terminals entspreche. Es ist zutreffend, dass die Parteien in der Untersuchung eingegeben haben, dass Ende 2008 bei [15'000–20'000] Terminals die DCC-Funktion aufgeschaltet war.<sup>384</sup> Allerdings verwenden die Parteien bei ihrer Anteilsberechnung die falsche Gesamtzahl Terminals. Massgebend sind nicht alle Terminals (in den [100'000–120'000] Terminals, welche von den Parteien als Gesamtanzahl verwendet werden, finden sich noch alte Terminals, Tankstellenautomaten und ATMs), sondern nur die als relevanter Markt definierten ep2-POS-Terminals. Per 31.12.2008 betrug deren Anzahl gemäss Angaben der Parteien [60'000–70'000]. Daraus folgt, dass per Ende 2008 die Händler bei rund [20–30] % ihrer neuen, DCC-fähigen ep2-Terminals auch die DCC-Funktion aktiviert hatten. Die gleichen Vorbehalte sind bezüglich der Anteilsberechnung der Parteien im Nachtrag vom 22. November 2010 anzubringen. Ausgehend von der massgebenden Anzahl ep2-Terminals von [100'000–110'000] ergibt sich, dass [15–25] % der Terminals bei Multipay-Händlern in der Lage waren die DCC-Funktion aktiv zu nutzen (DCC-Vertragsoption und Aufschaltung).

398. Bezüglich der von Fillistorf erwähnten Grosskunden [Name Kunde], [Name Kunde], [Name Kunde], [Name Kunde] und [Name Kunde], lässt sich feststellen, dass [Name Kunde], [Name Kunde] und [Name Kunde] zu denjenigen Branchen gehören, in welchen auch nach Einschätzung der Parteien Interesse an DCC besteht. Es sind dies Branchen mit internationaler Kundschaft,

namentlich Hotellerie, Gastronomie, Tourismus und Sport, Autovermietung, Mode, Schmuck und Uhren.<sup>385</sup> Es lässt sich zudem belegen, dass alle diese Unternehmen in der massgebenden Zeitperiode (5. Juli 2005 bis 8. Dezember 2006) ep2-Terminals von Card Solutions gekauft<sup>386</sup> ([Name Kunde]: [0–100] Terminals; [Name Kunde]: [0–100] Terminals; [Name Kunde]: [0–100] Terminals; [Name Kunde]: [0–100] Terminals und [Name Kunde]: [0–100] Terminals; insgesamt [200–300] Terminals für rund CHF [500'000–1'000'000]) und diese bei Multipay als Acquirer aufgeschaltet, einen DCC-Vertrag abgeschlossen und die DCC-Funktion aktiviert haben<sup>387</sup> ([Name Kunde]: [0–100] Terminals aufgeschaltet; [Name Kunde]: [0–100] Terminals; [Name Kunde]: [0–100] Terminals; [Name Kunde]: [0–100] Terminals; insgesamt [200–300] Terminals). Die Zahlen bestätigen die Aussagen von Herrn Fillistorf anlässlich des Hearings. Diese früheren Grosskunden von Jeronimo haben sich entschieden, das DCC-Angebot ihres Acquirers Multipay zu nutzen, so dass für sie nur der Kauf eines Card Solutions-Terminal in Frage gekommen ist. Jeronimo wurde bei diesen Kunden durch Card Solutions *de facto* verdrängt.

<sup>380</sup> Vgl. act. no 151 und 103.

<sup>381</sup> Damit übersteigt die Anzahl DCC-Verträge im Jahr 2006 die von den Parteien geltend gemachte Anzahl im Jahr 2010. Dies wirft die Frage auf, ob die Berechnung der Parteien der Anzahl von [1'000–2'000] Terminals, die im Jahr 2005 und 2006 verkauft wurden und die gleichzeitig mit einem DCC-Vertrag und einer DCC-Aufschaltung verbunden waren, nicht zu tief liegt. Bei der Berechnung sind nämlich nur Terminals eingeflossen, die zum (grundsätzlich nicht relevanten) Zeitpunkt der Auswertung im Juni 2010 über einen aktiven Multipay-Acquiringvertrag verfügten für den mindestens bei einem Brand die DCC-Vertragsoption aktiviert war (vgl. act. no 246). Da aber wie bereits erwähnt auch bei einer Anzahl von [1'000–2'000] Terminals von einem Missbrauch auszugehen ist, ist eine weitere Überprüfung der Angaben der Parteien nicht erforderlich.

<sup>382</sup> Vgl. act. no 161.

<sup>383</sup> Aussage CEO Multipay: "Kunden haben ja mehrere Terminals. Wenn ich [5'000–10'000] Kunden sage, das sind ja meistens Hotelbetriebe und haben in der Regel mehrere Terminals. Es sind auch grössere Betriebe. Es sind nicht Blumenhändler in Lützenflüh, die ein Terminal haben. Der Schnitt ist eher noch höher", vgl. act. no 264.

<sup>384</sup> Act. no 151.

<sup>385</sup> Vgl. act. no 264, vgl. weiter die Mitteilungen zu DCC auf der Homepage von Multipay vom 23. Mai 2005 ([www.telekurs-multipay.com/DE/tkmpch\\_index/tkmpch\\_home/tkmpch\\_news/tkmpch\\_news\\_info/tkmpch\\_news\\_info\\_archive.htm?&id=24204](http://www.telekurs-multipay.com/DE/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_news/tkmpch_news_info/tkmpch_news_info_archive.htm?&id=24204); 29.11.2010) und vom 6. Juni 2005 ([www.telekurs-multipay.com/DE/tkmpch\\_index/tkmpch\\_home/tkmpch\\_news/tkmpch\\_news\\_info/tkmpch\\_news\\_info\\_archive.htm?&id=25350](http://www.telekurs-multipay.com/DE/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_news/tkmpch_news_info/tkmpch_news_info_archive.htm?&id=25350); 29.11.2010).

<sup>386</sup> Vgl. act. no 103, Beilage 8b (Fakturierungssystem SBS von Card Solutions).

399. Bezüglich der Behinderung in Zusammenhang mit den von Herrn Fillistorf anlässlich der Anhörung erwähnten Kleinkunden, haben die Parteien die Äusserungen von Herrn Fillistorf offensichtlich missverstanden. Herr Fillistorf hat nicht ausgeführt, dass Jeronimo wegen DCC eine Vielzahl von Händlern aus den Branchen der Bäckereien, Metzgereien und Apotheken verloren habe. Herr Fillistorf hat im Hearing Händler mit 1-3 Terminals als "petits clients" definiert und nicht nur die Händler aus den drei genannten Branchen. Diese wurden vielmehr durch Fillistorf als Beispiel dafür aufgeführt, dass SIX selbst in Branchen, in denen DCC nicht von Interesse ist, mit dieser Funktion geworben habe. Die Eingabe der Parteien bestätigt nun, dass Multipay tatsächlich auch DCC-Verträge in Branchen abgeschlossen hat, welche gemäss übereinstimmender Einschätzung der Parteien und von Herrn Fillistorf für DCC eigentlich uninteressant sind. Wird die Aussage von Herrn Fillistorf in dem Sinne verstanden, dass er viele Kleinkunden mit 1-3 Terminals verloren hat, weil Multipay bei diesen DCC als Verkaufsargument benutzt hat, so lässt sich dies mit folgender Werbebotschaft von Multipay belegen:<sup>388</sup>

**DCC: Installieren und sofort profitieren**

Noch nie war es für Sie so einfach, Ihren Kunden einen Extra-Service zu bieten und gleichzeitig Ihren Kommissionssatz bis zu einem vollen Prozentpunkt zu senken. Dynamic Currency Conversion DCC von Telekurs Multipay, die automatische Währungsumwechslung direkt am Terminal, ist sofort betriebsbereit, kinderleicht zu bedienen und dank Währungsgewinn auch finanziell äusserst attraktiv.

**Mehr Kundenzufriedenheit, weniger Kommission**

Für die Kunden einen Mehrwert zu schaffen, ist nicht nur grossen "Häusern" vorbehalten und verlangt auch nicht zwingend einen finanziellen Kraftakt. Dass daraus aber gleich im Handumdrehen ein konkreter Gewinn resultiert, ist trotzdem ungewöhnlich. DCC macht's möglich. Mithilfe dieser Währungsumwechslung erkennt das Terminal selbständig, in welchem Land eine Kreditkarte ausgestellt worden ist. Das zahlt sich für Sie von Beginn an durch zufriedeneren und deshalb oftmals kaufstärkere Kunden und reduzierte Gebühren ab der ersten Fremdwährungstransaktion aus; nicht nur, wenn Sie ein Fünf-Sterne-Hotel führen, sondern auch als Betreiber einer kleinen Pension oder Besitzer eines Sportgeschäfts. Von Vorteil ist dies auch vor allem dann, wenn Sie regelmässig internationale Kundenschaft bedienen, wie das in erster Linie in Branchen wie Hotellerie, Gastronomie, Tourismus und Sport, Autovermietung, Mode oder Schmuck und Uhren der Fall ist.

**Plug&Play**

Für alle Vertragspartner gilt aber, dass der Aufwand für den Betrieb der automatischen Währungsumwechslung äusserst gering ist, nicht nur bei der Installation – Sie benötigen dafür Terminals der neusten, ep2-fähigen Generation –, sondern vor allem auch in der täglichen Arbeit. Dank Plug&Play ist DCC sofort einsatzbereit und die Handhabung einfach und unkompliziert.

Erste Erfahrungen zeigen, dass Karteninhaber und Vertragspartner gleichermaßen auf ihre Rechnung kommen. Gäste und Kunden fühlen sich noch besser umsorgt, Sie steigern Ihr Renommée und reduzieren Ihren Kommissionssatz.

Weitere Informationen zur automatischen Wechselkursrechnung finden Sie auf unserer Website im Kapitel "Service" unter Dynamic Currency Conversion. Dort können Sie sich auch direkt für unseren neuen Service anmelden. Sie können nur profitieren.

400. Multipay spricht hier direkt die kleineren Händler an, DCC ist nicht nur für grosse "Häuser" wie 5-Sterne-Hotels, sondern auch für eine kleine Pension oder ein Sportgeschäft interessant. Dabei werden die Vorteile angepriesen und der Aufwand (entgegen den Ausführungen des CEO von Multipay während dem Hearing) als äusserst gering beschrieben. So waren im Terminalmanagementsystem SCS der Card Solutions unzählige kleine Händler aus den Branchen Gastronomie, Hotellerie, Sportgeschäfte, Bergbahnen und Mode zu finden, aber beispielsweise auch einige Coiffeursalons, Buchläden oder Ärzte, welche im Mai 2007 über ein Terminal verfügten, welches während der massgebenden Zeitperiode aufgeschaltet wurde und gleichzeitig einen DCC-Vertrag abgeschlossen und DCC auf dem Terminal aktiviert hatten.

401. Es ist schliesslich nochmals zu betonen, dass auch bei den Multipay-Händlern, die in der massgebenden Zeit ein Terminal der Card Solutions gekauft haben, und die nicht gleichzeitig einen DCC-Vertrag abgeschlossen haben, von einer Behinderung auszugehen ist, weil die DCC-Funktion geeignet war, ihren Kaufentscheid zu beeinflussen. Die Bedeutung der DCC-Funktion beim Terminalkauf ist beispielsweise daran ersichtlich, dass Multipay und Card Solutions bei der Lancierung ihres neuen Terminals Da Vinci jeweils hervorgehoben haben, dass dieses DCC-fähig sei: *"Das Telekurs davinci erfüllt die höchsten Ansprüche, die der Handel heutzutage an ein Terminal stellen kann. Dazu gehört neben ep2/EMV-Fähigkeit und dem automatischen Fremdwährungsumwandler DCC erstmals ein Internet-fähiger Minicomputer"*.<sup>389</sup> Im Februar 2005 war das Thema DCC auf der Startseite der Homepage von Card Solutions platziert, mit dem Hinweis darauf, dass sämtliche Card Solutions-Terminals DCC-fähig seien (vgl. zum Ganzen unten Rz. 443).

<sup>387</sup> Die Parteien haben Ende Mai 2007 dem Sekretariat die Daten des Terminalmanagementsystems SCS eingereicht (act. no 103, Beilage 8a). Aus diesem System werden pro Terminal aufgeführt: Aufschaltdatum, Kundenname und Adresse, Artikelbezeichnung, Multipay-Vertrag (J/N), DCC auf Terminal aktiviert (J/N), DCC-Fähigkeit des Terminals J=ep2. In act. no 246 wird als Problem bei der Datenermittlung der Umstand genannt, dass der Datenbestand im SCS nicht historisch verfügbar sei. Somit sei nicht eruiert, ob ein Terminal im Zeitpunkt des Verkaufs in der Lage war DCC zu verarbeiten (Terminalsoftware), der DCC-Indicator (für den DCC-Vertrag) gesetzt war und der DCC aktiviert war. Da der beim Sekretariat eingereichte Datensatz von Ende Mai 2007 stammt, d.h. in zeitlicher Nähe zur Aufgabe des Verhaltens im Dezember 2006, erscheint das durch die Parteien vorgebrachte Problem als wenig relevant. Es ist möglich aufzuzeigen, ob ein während der massgebenden Periode aufgeschaltetes Terminal spätestens im Mai 2007 mit einem DCC-Vertrag verbunden und ob die Funktion aktiviert war.

<sup>388</sup> Mitteilung von Multipay vom 6. Juni 2005 ([www.telekurs-multipay.com/DE/tkmpch\\_index/tkmpch\\_home/tkmpch\\_news/tkmpch\\_news\\_info/tkmpch\\_news\\_info\\_archive.htm?id=25350](http://www.telekurs-multipay.com/DE/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_news/tkmpch_news_info/tkmpch_news_info_archive.htm?id=25350); 29.11.2010).

<sup>389</sup> Mitteilung auf der Homepage von Multipay vom 14. Dezember 2004 ([www.currency-iso.org/de/tkmpch\\_index/tkmpch\\_home/tkmpch\\_news/tkmpch\\_news\\_info/tkmpch\\_news\\_info\\_archive.htm?id=23253](http://www.currency-iso.org/de/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_news/tkmpch_news_info/tkmpch_news_info_archive.htm?id=23253); 29.11.2010); vgl. auch die weitgehend identische Aussage im Kundenmagazin Accept 03/04, S. 4 ([www.telekurs-multipay.com/de/accept03\\_dez2004](http://www.telekurs-multipay.com/de/accept03_dez2004); 29.11.2010).

402. Angesichts der obigen Erwägungen sowie der weiteren Ausführungen in der vorliegenden Verfügung kann das Vorliegen einer Wettbewerbsbehinderung als erstellt gelten, so dass die von den Parteien in ihrer Eingabe vom 11. November 2010 verlangten (und teilweise im Schreiben vom 26. November 2010 wiederholten) weiteren Sachverhaltsabklärungen nicht erforderlich sind. In diesem Zusammenhang ist zudem darauf hinzuweisen, dass die Wettbewerbsbehörden im Rahmen ihrer Auskunftsbefugnisse durchaus den Versuch unternommen haben, von den Terminalanbietern Angaben zu allen Kunden zu erhalten, die sie während der massgebenden Zeitperiode verloren haben. Die Terminalanbieter (inklusive Jeronimo) haben angegeben, sie würden über keine differenzierte Übersicht der Kunden verfügen, die in den Jahren 2005 und 2006 als Kunden verloren gegangen seien.<sup>390</sup> Von Interesse ist in diesem Zusammenhang, dass auch Card Solutions die Frage nach einer Übersicht der verlorenen Kunden abschlägig beantwortet hat. Der Wortlaut der Frage war wie folgt: *"Reichen Sie bitte eine elektronische Liste derjenigen Firmen ein, welche seit der Einführung von DCC als Kunden von TKC verloren gegangen sind (Kauf eines anderen Terminals). Geben Sie an, welche von diesen Kunden auch den Acquiringvertrag mit TKM gekündigt haben. Geben Sie zudem – sofern bekannt – den Kündigungsgrund an"*. Die Antwort lautete: „Die Frage nach konkreten Firmen kann nicht beantwortet werden, da uns detaillierte Informationen dazu fehlen. Beim Kauf eines Terminals handelt es sich in der Regel um eine einmalige Gelegenheit. So kauft der Kunde in der Schweiz meistens ein Terminal und verwendet dieses während 7–10 Jahren. Der Kunde ist nicht verpflichtet, einen Wartungsvertrag für das Terminal abzuschliessen. Daher ist TKC nicht bekannt, wenn ein Kunde ‚verloren‘ geht, weil er ein anderes Terminal kauft. Es gibt auch Kunden, die Terminals von mehr als einem Terminalhersteller einsetzen. Die Aussendienstmitarbeiter berichten zwar mündlich, wenn sie ein erhofftes Geschäft nicht abschliessen konnten, doch wird dies nicht systematisch erfasst“. Die Parteien haben weiter angegeben: "Es wird bei TKM nicht erfasst, bei wie vielen Händlern die DCC-Funktion im Verkaufsgespräch nicht angeboten worden ist". Aus diesen Antworten wird ersichtlich, dass die Parteien nun Beweismassnahmen verlangen, welche teilweise bereits durchgeführt worden sind und bei denen sie selbst nicht in der Lage waren, die entsprechenden Angaben einzuliefern. Bezüglich der Protokolle, die von Jeronimo einverlangt werden sollen, ist noch klarzustellen, dass Herr Fillistorf im Hearing ausgesagt hat, es bestünden Protokolle der internen Treffen der Terminalverkäufer von Jeronimo nicht aber Protokolle der Verkaufsgespräche dieser Verkäufer mit den Kunden.

403. Weiter ist festzuhalten, dass die Aussage von Herrn Fillistorf, dass 90 % der Terminals mit der DCC-Funktion verkauft würden, mit einer in den Akten befindlichen schriftlichen Eingabe von Jeronimo übereinstimmt.<sup>391</sup> In diesem Aktenstück hat Jeronimo ausgeführt, dass ein einziges (integriertes) Terminal-Modell von Jeronimo bei Multipay-Händlern nicht DCC-fähig ist. Auf dieses Modell würden rund 10 % der Terminals entfallen. Vor diesem Hintergrund ist die Aussage von Herrn Fillistorf so zu verstehen, dass 90 % der ausgelieferten Jeronimo-Terminals DCC-fähig sind. Dies stimmt auch mit der

oben wiedergegebenen Aussage des CEO von Card Solutions überein, dass heutzutage grundsätzlich alle Terminals DCC-fähig sind. Weitere Abklärungen zu diesem Punkt sind daher nicht erforderlich (vgl. auch oben Rz. 343).

404. Schliesslich ist auch der Antrag der Parteien, es seien die weltweiten Terminalverkäufe des CCV-Konzerns zu eruieren und bei der Beurteilung der Behinderungswirkung zu berücksichtigen, abzulehnen. Der durch die Parteien verfolgte Ansatz zur Beurteilung der Behinderungswirkung ist falsch. Massgebend ist die Behinderungswirkung auf dem relevanten Markt. Dieser ist der schweizerische Markt für ep2-zertifizierte POS-Terminals (vgl. Rz. 251 ff.). Die Terminal-Verkäufe des CCV-Konzerns auf anderen, namentlich ausländischen Märkten haben keine Auswirkungen auf die Behinderungswirkung auf dem relevanten Markt.

#### **B.3.3.3.4.2.8 Ergebnis bezüglich der konkreten Wettbewerbsbehinderung**

405. Während der Zeitdauer der Verweigerung konnte die Card Solutions ihre Marktanteilsverluste gegenüber der Konkurrenz nicht nur stoppen, sondern ihren Marktanteil massiv ausbauen. Diese Entwicklung wurde massgeblich durch die Behinderung im Bereich DCC beeinflusst. Es kann festgehalten werden, dass von Juli 2005 bis Dezember 2006 Card Solutions rund [10'000–15'000] POS-Terminals verkauft hat, bei welchen aufgrund der Geschäftsverweigerung der wirksame Wettbewerb behindert wurde. Bezüglich [1'000–2'000] Händlern ist es zu einer Wettbewerbsbeseitigung gekommen. Zudem hatte die Verhaltensweise der Parteien das Potenzial, den Kauf von weiteren [1'500–2'500] Terminals zu prädestinieren.

406. Im Ergebnis kann den Ausführungen der Parteien nicht gefolgt werden, wonach das Verhalten der Parteien nur einen derart geringen Effekt auf dem Markt gehabt habe, dass gar nicht von einer Beseitigung oder Behinderung der Wettbewerbs gesprochen werden könne. Zunächst ist eine Wettbewerbsbeseitigung beim Verkauf von [1'000–2'000] Terminals bereits ein genügender Effekt, um von einer Behinderung des Wettbewerbs auszugehen. Hinzu kommt, dass bei einer Beurteilung des Verhaltens aus damaliger Sicht das Behinderungspotenzial bedeutend war, zumal auch nicht absehbar war, dass die Parteien ihr Verhalten aufgeben würden. Die Beurteilung der Parteien berücksichtigt zudem nicht, dass ein Terminalkauf auch dann von der Möglichkeit der Inanspruchnahme der DCC-Funktion beeinflusst sein kann, wenn diese Option in der Folge nicht in Anspruch genommen wird. Die Aufgabe des Verhaltens führt zu einer Reduktion der massgebenden Behinderungsdauer aber nicht zu einer anderen materiellen Beurteilung des Verhaltens selbst.

#### **B.3.3.3.5 Sachliche Rechtfertigungsgründe**

##### **B.3.3.3.5.1 Allgemeines**

407. Das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens ist nur dann missbräuchlich, wenn es sich

<sup>390</sup> Vgl. act. no 94.

<sup>391</sup> Act. no 149.

nicht durch sachliche Rechtfertigungsgründe ("legitimate business reasons") rechtfertigen lässt.<sup>392</sup>

408. Als sachliche Rechtfertigungsgründe kommen zunächst betriebswirtschaftliche Gründe ("kaufmännische Grundsätze"<sup>393</sup>) in Frage. Solche sind gegeben, wenn die Verhaltensweise objektiv notwendig ist.<sup>394</sup> Zulässiges Verhalten ist etwa dann anzunehmen, wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen nicht anders verhält, als es auch ein Unternehmen ohne gesteigerten Markteinfluss in der gleichen Situation tun würde.<sup>395</sup> Als sachliche Gründe kommen weiter auch Effizienzgründe in Frage.<sup>396</sup>

409. Eine Rechtfertigung aus sachlichen Gründen kommt nur dann in Frage, wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehalten wird. Dies bedeutet namentlich, dass keine alternativen Verhaltensweisen zur Verfügung standen, welche sich weniger wettbewerbsverfälschend ausgewirkt hätten (Gebot der Unerlässlichkeit).<sup>397</sup>

410. Bei der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen ist insbesondere zu prüfen, ob diese zum Schutz von Investitionen oder – gerade im Zusammenhang mit der Offenlegung von geistigem Eigentum oder von Schnittstelleninformationen – zur Gewährleistung der Innovationsanreize für das marktbeherrschende Unternehmen notwendig ist.<sup>398</sup>

#### B.3.3.3.5.2 Vorbringen von Multipay/Card Solutions

411. Multipay/Card Solutions haben im Verlauf des Verfahrens folgende Gründe vorgebracht, welche als sachliche Rechtfertigungsgründe in Frage kommen:

- Technische Gründe

- Zertifizierungsanforderungen der Card Schemes
- Schutz von Investitionen und Anreizen für Innovationen

412. Nachfolgend wird geprüft, ob diese Elemente die wettbewerbsbehindernde Verhaltensweise von Multipay/Card Solutions zu rechtfertigen vermögen.

#### B.3.3.3.5.2.1 Technische Gründe

413. Multipay hat zu Beginn des Verfahrens zahlreiche technische Rechtfertigungsgründe für das eigene Verhalten geltend gemacht. Namentlich würde die Zulassung eines Terminals von einem anderen Anbieter zu erheblichem Anpassungsbedarf im Verarbeitungssystem führen und damit einen unverhältnismässig hohen Aufwand verursachen.

414. Im Schlussbericht der Vorabklärung hat das Sekretariat darauf hingewiesen, dass Multipay/Card Solutions gar nie ernsthaft geprüft haben, welche technischen Lösungsmöglichkeiten bestehen könnten. Namentlich wurde die durch Jeronimo vorgeschlagene Lösung zunächst auch unter Berufung auf technische Gründe kategorisch abgelehnt und erst anlässlich des Treffens vom 8. Dezember 2006 wurde Bereitschaft gezeigt, Lösungsmöglichkeiten zwischen den Multipay/Card Solutions und Jeronimo "auszuloten".<sup>399</sup> Das Sekretariat erachtete vor diesem Hintergrund die technischen Einwände von Multipay bereits zum damaligen Zeitpunkt als nicht stichhaltig.<sup>400</sup>

415. In der Zwischenzeit bieten Jeronimo und Ingenico Terminals an, welche auf der Basis der Schnittstellen- und Terminalspezifikationen der Card Solutions entwickelt wurden und die von Multipay zur DCC-Funktion zugelassen wurden.

**Tabelle 10: DCC-Implementierung von Drittanbietern**

Terminalanbieter	Pilot	Kontrollierte Verbreitung	Freigabe
CCV-Jeronimo	26.09.2008	12.11.2008	08.04.2009
Jeronimo Pinpad (für cCredit)	03.10.2008	05.12.2008	09.02.2009
Ingenico	07.11.2008	24.02.2009	15.04.2009

416. Die Implementierung war nicht nur möglich, sondern der dafür benötigte Aufwand von Multipay/Card Solutions hat sich in engen Grenzen gehalten: *"Im Rahmen der Aufschaltung eines neuen Terminal-Typs entsteht dem Acquirer, und demnach im Anwendungsfall auch SIX, ein gewisser Zusatzaufwand im Zusammenhang mit der Prüfung des Terminals und der Konfiguration der eigenen Systeme für die Zusammenarbeit mit dem Terminal. Dieser Aufwand beläuft sich je nach Qualität der Umsetzung durch den jeweiligen Hersteller insgesamt auf bis zu ca. 7–8 Arbeitstage. Die Kosten pro Tag werden auf ca. CHF [500–1'500.-] geschätzt. Der Aufwand bezieht sich insgesamt auf alle notwendigen Vorkehrungen des Acquirers und schliesst auch die Funktionsfähigkeit der DCC-Funktion ein. Für die DCC-Funktion kann je nach Qualität der Umsetzung durch den Hersteller mit einem Aufwand von bis zu ca. 1–2*

<sup>392</sup> Vgl. Verfügung der Weko vom 19. Oktober 2009 i.S. Swisscom ADSL II, Rz. 27 (erhältlich unter [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch), Rubrik Aktuell/Letzte Entscheide; 29.11.2010); RPW 2008/4, S. 579, Rz. 174; RPW 2008/3, S. 397, Rz. 128; BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 569.

<sup>393</sup> Vgl. BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 569.

<sup>394</sup> Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 28 ff.

<sup>395</sup> Vgl. RPW 2004/3, S. 884 f., E. 4.5.; vgl. auch RPW 2008/4, S. 579, Rz. 174 f.

<sup>396</sup> Vgl. RPW 2004/3, S. 798 ff., Rz. 69 ff.; Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 30. Vgl. zum Ganzen ausführlich AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 63 ff.

<sup>397</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 69 ff. und 135; CLERC, (FN 192) Art. 7 LCart N 83; Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 28 ff.

<sup>398</sup> Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 89 f.; Entscheid der EU-Kommission vom 24. März 2004 i.S. Microsoft (COMP/C-3/37.792), Rz. 709 ff.

<sup>399</sup> Vgl. act. no 39, S. 5.

<sup>400</sup> Vgl. Act. no 54, Rz. 116.

*Arbeitstagen gerechnet werden.*<sup>401</sup> Dies bedeutet, dass der Aufwand für die Aufschaltung der DCC-Funktion wesentlich geringer ist als derjenige für die Aufschaltung eines neuen Terminal-Typs und Gesamtkosten von rund CHF [1'000.- bis CHF 3'000.-] entspricht. Damit dürften die ursprünglichen Einwände von Multipay/Card Solutions, welche einen unverhältnismässigen technischen Anpassungsbedarf vorbrachten, widerlegt sein.

#### **B.3.3.3.5.2.2 Zertifizierungsanforderungen der Card Schemes**

417. Im Zusammenhang mit den Zertifizierungsanforderungen der Card Schemes hat Multipay zunächst in genereller Weise geltend gemacht, die strengen Auflagen der Card Schemes würden der Zulassung von Terminals anderer Anbieter als Card Solutions entgegen stehen. Zudem hat Multipay konkret vorgebracht, dass eine Offenlegung der Schnittstellen erst nach der definitiven Zertifizierung der Card Schemes zweckmässig sei. Auf diese beiden Vorbringen wird nachfolgend getrennt eingegangen:

##### **a. Zertifizierungsanforderungen**

418. Multipay hat zu Beginn des Verfahrens ausgeführt, für die Beschränkung von DCC auf einen Terminalanbieter gebe es sachliche Gründe, denn nur so könne sichergestellt werden, dass die strengen Auflagen der Card Schemes beim Gebrauch von DCC eingehalten würden. Diese Auflagen betreffen insbesondere die Aufklärungspflichten der Händler gegenüber dem Karteninhaber, was eine entsprechende Schulung der Händler bedinge. Die Card Schemes überprüfen mittels Stichproben die Einhaltung dieser Auflagen. Falls die Kontrollen nicht zufriedenstellend ausfallen, drohen dem Acquirer Sanktionen, im Extremfall der Lizenzentzug. Die Risiken einer suboptimalen Zusammenarbeit, welche entweder auf ein unzureichendes Terminal, eine schlecht funktionierende Schnittstelle zwischen Terminal und Acquiring oder auf eine ungenügende Schulung der Händler zurück geführt werden könnte, seien gross und liessen sich nur ausschliessen, wenn gewisse Mindeststandards gewährleistet seien.<sup>402</sup>

419. Die Vorgaben der Card Schemes im Bereich des Ablaufs der DCC-Transaktion am Terminal betreffen insbesondere folgende Elemente: der Karteninhaber muss unbedingt die Wahl haben, die DCC-Transaktion durchzuführen (in seiner Heimwährung) oder in der lokalen Währung zu bezahlen; er muss zudem über Wechselkurs und Gebühren informiert werden.<sup>403</sup> Es handelt sich dabei um Vorgaben, welche weitgehend über entsprechende Ausgestaltung der DCC-Software gelöst werden können.<sup>404</sup> Durch die Offenlegung der Spezifikationen gegenüber den Drittanbietern kann sichergestellt werden, dass die Abläufe auf deren Terminals dem Ablauf auf einem Card Solutions-Terminal entsprechen. Zudem haben Jeronimo und andere Terminalhersteller zu diesem Zeitpunkt bereits DCC-Lösungen mit anderen Acquirern und DCC-Providern angeboten und waren daher mit den Vorgaben der Card Schemes durchaus vertraut. Jedenfalls sind bei der Aduno schon zu Beginn des Jahres 2005 Terminals von drei verschiedenen Herstellern aufgeschaltet worden (Jeronimo, Comtrain, Carus). Bereits zum damaligen Zeitpunkt konnte das Risiko, dass Multipay aufgrund der Zulassung von ande-

ren Terminalherstellern Sanktionen oder gar ein Lizenzentzug drohen könnte, als gering eingestuft werden.<sup>405</sup> Diese Einschätzung wird aus heutiger Sicht dadurch bestätigt, dass zwischenzeitlich die auf der Basis der offengelegten Spezifikationen entwickelten Terminals der Drittanbieter keine negativen Auswirkungen auf die Zertifizierung durch die Card Schemes gehabt haben. Bei der Aduno verfügen mittlerweile sämtliche Anbieter über DCC-fähige Terminals (inklusive Card Solutions).

420. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Schulung der Händler einzugehen. Multipay hat ausgeführt, die Schulung der Händler habe durch den Acquirer zu erfolgen. Die Schulung werde aufwändiger, wenn verschiedene Terminals verwendet würden. Multipay sei nicht bereit, die Verantwortung für die Schulung von Händlern zu übernehmen, welche DCC über Terminals von Drittanbietern beziehen möchten. Dem gilt es entgegenzuhalten, dass die DCC-Schulung der Händler auf jeden Fall erfolgen muss, unabhängig davon, von welchem Anbieter das Terminal stammt. Die Schulung umfasst die Verhaltensregeln für den Händler (z.B. jeden Inhaber einer ausländischen Karte vor der DCC-Transaktion anfragen, ob er in seiner Kartenwährung bezahlen möchte; alle DCC-Informationen, die den Karteninhaber betreffen, zwingend gut sichtbar zu platzieren; den Karteninhaber auf Anfrage über die Dienstleistung DCC und die Rechte des Karteninhabers zu informieren etc.).<sup>406</sup> Diese Verhaltensregeln bestehen unabhängig vom benutzten Terminal, so dass der hierfür benötigte Schulungsaufwand identisch sein dürfte. Bei der Schulung wird auch der Ablauf am Terminal erläutert und eine Testtransaktion durchgeführt.<sup>407</sup> Dieser Ablauf ist aber bei Terminals, welche aufgrund der Card Solutions-Spezifikationen entwickelt wurden, identisch mit demjenigen eines Card Solutions-Terminals. Auch kann dasselbe Schulungs- und Informationsmaterial verwendet werden. Bereits im Schlussbericht hat daher das Sekretariat ausgeführt, es sei nicht einzusehen, weshalb der Schulungsaufwand, je nachdem ob ein Terminal von Card Solutions oder von einem Drittanbieter eingesetzt wird, unterschiedlich hoch ausfallen sollte. Weiter wurde darauf hingewiesen, ein marktbeherrschendes Unternehmen verhalte sich unzulässig, wenn es einen Aufwand, welcher für eine Schwestergesellschaft ohne Weiteres übernommen werde, Drittanbietern verweigern würde. Auch bezüglich dieses Punktes zeigt ein Vergleich mit Aduno (welche von Beginn weg mehrere Terminals zugelassen hat) sowie mit der heutigen Situation bei Multipay auf, dass die DCC-Schulung der Händler offenbar problemlos bewältigt werden kann, selbst wenn diese über ep2-zertifizierte POS-Terminals unterschiedlicher Anbieter verfügen. Der Schulungsaufwand dürfte

<sup>401</sup> Act. no 151.

<sup>402</sup> Vgl. act. no 12, Rz. 68 ff.

<sup>403</sup> Vgl. act. no 103, Beilage 14a.

<sup>404</sup> Was auch tatsächlich geschehen ist. Im Rahmen der Rezertifizierung von DCC bei Visa wurde die DCC-Software derart angepasst, dass der Karteninhaber am Terminal explizit gefragt wird, ob DCC als Option erwünscht ist oder nicht. Vgl. act. no 180, Beilage 13.

<sup>405</sup> Vgl. den Schlussbericht vom 10. Januar 2007, Rz. 117 ff. (act. no 54).

<sup>406</sup> Vgl. act. no 41.

<sup>407</sup> Vgl. act. no 41.

nicht oder jedenfalls nicht in einem Ausmass erhöht worden sein, als dass er als sachlicher Grund für die Geschäftsverweigerung gelten könnte. Dabei ist zu beachten, dass ein sachlicher Rechtfertigungsgrund stets in einem angemessenen Verhältnis zur Verweigerung stehen muss. Ein allenfalls geringfügig erhöhter Schulungsaufwand vermag daher die Geschäftsverweigerung nicht zu rechtfertigen.

421. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die Zertifizierungsanforderungen der Card Schemes, inklusive der von ihnen verlangten Schulung der Händler, keinen sachlichen Grund für die Geschäftsverweigerung bilden.

#### b. Offenlegung vor "definitiver" Zertifizierung

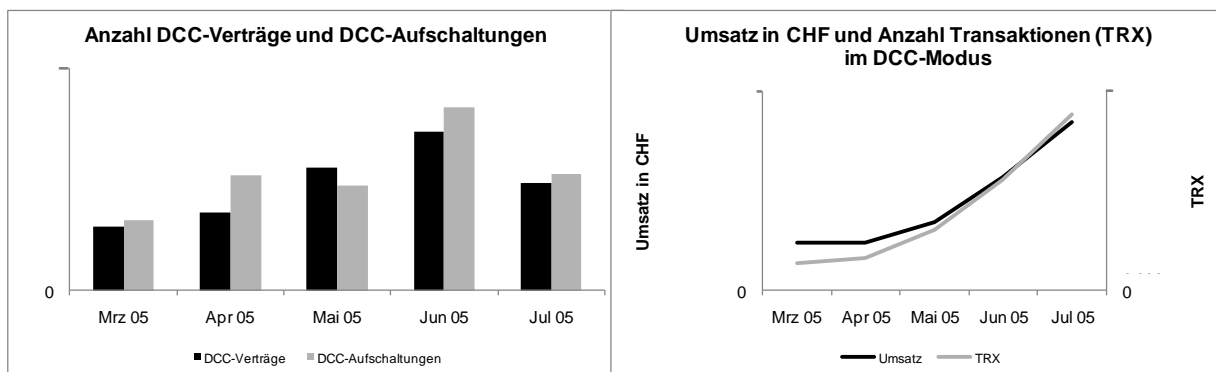
422. Multipay bringt vor, die Anfrage von Jeronimo im Juli 2005 sei zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem sich das Produkt DCC noch in der Entwicklung befunden habe.<sup>408</sup> Eine Offenlegung von Schnittstellen sei erst dann zweckmässig und sinnvoll, wenn das entsprechende Produkt vollständig entwickelt und marktfähig sei. Dabei verweist Multipay darauf, dass am 5. Juli 2005 noch keine Zertifizierung durch Visa erfolgt war. Vielmehr habe Visa im Dezember 2005 eine Sistierung der DCC-Lösung der Multipay verlangt. Sie habe signifikante Anpassungen gefordert und zusätzliche Zertifizierungsbedingungen festgelegt. Im Rahmen der Rezertifizierung bestehe auch die Möglichkeit, eine besser geeignete technische Lösung zur Gewährleistung der Wahlfreiheit des Karteninhabers zu präsentieren. Für die Wiederzulassung musste die verbesserte DCC-Lösung eine Rezertifizierung und anschliessend einen zweimonatigen Requalifikationsprozess durchlaufen, welcher erst im April 2006 abgeschlossen worden sei. Im Zeitpunkt des Schreibens der Jeronimo vom 20. Februar 2006 sei die

DCC-Lösung der Multipay/Card Solutions noch nicht rezertifiziert gewesen (Rezertifizierung am 1. März 2006). Im Zeitpunkt des Schreibens der Van de Velden Holding B.V. vom 17. März 2006 sei die Requalifizierung noch ausstehend gewesen (vgl. zum zeitlichen Ablauf auch Tabelle 8: Zeittabelle).

423. Entgegen den Ausführungen von Multipay hat zum Zeitpunkt der Anfrage der Jeronimo vom 5. Juli 2005 durchaus ein marktfähiges Produkt vorgelegen und die Offenlegung der Schnittstelleninformationen wäre möglich gewesen. Dies ergibt sich klar aus den Projektstatusberichten und dem Marktverhalten der Multipay:

- Gemäss dem Projektstatusbericht vom 8. März 2005 erfolgte per 1. März 2005 die Überführung des Pilotbetriebs in den regulären Betrieb.<sup>409</sup> Während im Pilotbetrieb die Anzahl Terminals beschränkt ist, gibt es im regulären Betrieb keine solchen Beschränkungen mehr (sog. "Ausbreitungsphase").<sup>410</sup>
- Bereits im Februar 2005 acquirierte Multipay DCC-Verträge mit Startdatum 1. März 2005.<sup>411</sup>
- Die folgenden Abbildungen zeigen auf, dass ab März 2005 bis zur Anfrage im Juli 2005 die Anzahl durch Multipay abgeschlossener DCC-Verträge, die Anzahl Terminals der Card Solutions, die in dieser Zeit mit der DCC-Funktion aufgeschaltet wurden, sowie der Umsatz und die Anzahl Transaktionen bei welchen die DCC-Funktion zum Einsatz gekommen ist, Grössenordnungen erreicht haben, welche klar belegen, dass das Produkt ab dem 1. März 2005 nicht nur marktfähig war, sondern auch erfolgreich am Markt eingeführt wurde.

Abbildung 18: Entwicklung der DCC-Funktion bei Multipay von März bis Juli 2005<sup>412</sup>



- Im Projektstatusbericht vom 5. Juli 2005 wurde festgehalten: "Im Juni wurden gut [20'000–25'000] Transaktionen für knapp CHF [0–10] Mio. im DCC Modus abgewickelt. Bis heute (05.07.) sind rund [1'000–1'500] Händler mit DCC-Verträgen im PASS [= Payment Acquiring Service System] erfasst. Davon sind gut [400–500] mit einem DCC fähigen ep2 Gerät ausgerüstet und machen aktiv DCC Transaktionen. Weitere ca. [0–100] VPs haben ein ep2 Terminal, aber machen noch keine DCC Transaktionen. Rund ½ der Händler mit

DCC Vertrag haben noch kein ep2 Terminal von TKC [= Telekurs Card Solutions]".<sup>413</sup>

<sup>408</sup> Vgl. act. no 103, S. 44 f.

<sup>409</sup> Vgl. Projektstatusbericht vom 8. März 2005, act. no 180, Beilage 5.

<sup>410</sup> Vgl. Projektstatusbericht vom 8. Februar 2005, act. no 180, Beilage 5.

<sup>411</sup> Vgl. Projektstatusbericht vom 8. Februar 2005, act. no 180, Beilage 5.

<sup>412</sup> Anzahl DCC-Verträge und Anzahl DCC-Aufschaltungen (aufgeschaltete Card Solutions-Terminals mit DCC-Funktion) sowie Umsatz in CHF und Anzahl Transaktionen im DCC-Modus.

<sup>413</sup> Projektstatusbericht vom 5. Juli 2005, act. no 180, Beilage 5.

424. Es kann daher festgehalten werden, dass ab dem 1. März 2005 ein marktfähiges und auch tatsächlich kommerzialisiertes Produkt vorhanden war. Zum Zeitpunkt der Anfrage von Jeronimo am 5. Juli 2005 kann aufgrund der dargestellten Daten die Markteinführung sogar schon als fortgeschritten bezeichnet werden.

425. Multipay weist darauf hin, dass zum Zeitpunkt der Anfrage noch diverse Anpassungen an der DCC-Lösung offen waren. Es handelt sich um die folgenden Funktionen: "Manual Entries im PASS für DCC Transaktionen"; "Tip"-Funktion (=Trinkgeld-Funktion), Kursabfrage-Funktion auf dem Terminal, Erweiterung der Anzahl möglicher DCC-Währungen und Anpassungen aufgrund der Monitoring Anforderungen von Multipay.<sup>414</sup> Aus den obigen Daten geht allerdings hervor, dass diese ausstehenden Anpassungen nicht dazu geführt haben, dass Multipay/Card Solutions bei sich selber die Aufschaltung von DCC-fähigen Terminals unterbrochen hätte. Es handelt sich um Anpassungen und Weiterentwicklungen, wie es sie im Software-Bereich bei jedem Produkt gibt. Es handelt sich um Zusätze und Verbesserungen, welche die Marktfähigkeit des Produktes nicht in Frage stellen. Zum Vergleich kann etwa darauf hingewiesen werden, dass selbst die ep2-Spezifikationen von Zeit zu Zeit angepasst werden und mittlerweile bei der Version 5.0.1. angelangt sind. Es kann weiter darauf hingewiesen werden, dass die offenen Punkte Multipay/Card Solutions nicht daran gehindert haben, zum gleichen Zeitpunkt in dem die Verweigerung gegenüber Jeronimo geschehen ist, mit der Firma [Name Firma] eine Implementierung von DCC für die [Name Firma] (Hotellösung) auszuarbeiten.<sup>415</sup> Die Argumente, welche gegen eine Offenlegung der Schnittstelleninformationen gegenüber anderen Terminalanbietern vorgebracht werden, haben daher bei der Zusammenarbeit mit Unternehmen, welche nicht in Konkurrenz mit Card Solutions auf dem Terminal Markt stehen, keine Rolle gespielt. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme vor, die Entwicklung der Hotellösung durch [Name Firma] habe nicht beendet werden können und sei eingestellt worden. Es ist nicht ersichtlich, weshalb das (erst aus der heutigen Perspektive bekannte) Scheitern dieses Projektes, etwas daran ändern sollte, dass es zu einem Zeitpunkt in Angriff genommen wurde, in dem Jeronimo eine Offenlegung von Schnittstelleninformationen verweigert wurde. Im Kundenmagazin Accept wurde in der Ausgabe 03/05 über die Anbindung an das Fidelio-System berichtet und zudem kommuniziert, dass die DCC-Hotellösung auch für andere Softwarehersteller offen sei.<sup>416</sup>

426. Ähnliches gilt für das durch Visa verlangte Rezertifizierungsverfahren. Zwar trifft es zu, dass aufgrund der Anforderungen von Visa die DCC-Software überarbeitet werden musste und dass zu Beginn des Prozesses Visa mit Schreiben vom 16. Dezember 2005 verlangt hatte, dass DCC während einer zweimonatigen Requalifikationsperiode bei maximal 100 Händlern aufgeschaltet bleiben dürfe. Allerdings hat SIX mit Schreiben vom 19. Januar 2006 bei Visa erfolgreich beantragt, auf die Reduktion auf 100 Händler zu verzichten. Während der Rezertifizierung und Requalifikation ist es in der Folge zu keinen Einschränkungen bezüglich der DCC-Funktion gekommen. Während der Zeit von Dezember 2005 bis zum April 2006 hat Multipay nicht nur den Status quo

gehalten, sondern sogar [800–900] neue DCC-Verträge abgeschlossen. Zudem wurden weitere [1000–1100] Terminals der Card Solutions mit der DCC-Funktion aufgeschaltet. Insgesamt wurden in dieser Zeit rund [450'000–500'000] Transaktionen im DCC-Modus abgewickelt, was einem Umsatz von rund CHF [140–150] Mio. entspricht. Diese Zahlen belegen, dass der Rezertifizierungs- und Requalifikationsprozess keinen wesentlichen Einfluss auf das Marktverhalten von Multipay/Card Solutions gehabt hat.

427. Die Bedeutung des Rezertifizierungs- und Requalifikationsprozess wird durch folgende Umstände weiter relativiert:

- Von der Rezertifizierung und Requalifikation war nicht nur Multipay, sondern zahlreiche europäische Acquirer betroffen, deren DCC-Lösungen als ungenügend taxiert wurden. Dabei war die Frage, ob die POS-Terminals nur von einem oder von mehreren Anbietern eingesetzt werden, nicht relevant. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass Aduno, welche ihre DCC-Lösung mit mehreren Terminalanbietern umgesetzt hat, die Anforderungen der Card Schemes erfüllt hat und keine Rezertifizierung durchlaufen musste.
- Der zeitliche und finanzielle Aufwand für die Anpassung der DCC-Software der Card Solutions war eher unbedeutend. Der entsprechende "Change Request" wurde am 10. Januar 2006 erstellt und mit CHF [10'000–20'000.--] (bzw. [10–20] Personentagen) veranschlagt. Im Vergleich dazu betrug das Projektbudget bis zu diesem "Change Request" CHF [500'000–600'000.-]. Die Rezertifizierung erfolgte bereits am 1. März 2006.
- Für Multipay stand offenbar bereits von Anfang an fest, dass die neuen Anforderungen erfüllt werden können. Im Business Meeting der Multipay vom 16. Januar 2006 wurde festgehalten: "*Kommunikation gegen aussen: wir sind zertifiziert*".<sup>417</sup>

428. Entscheidend ist zudem, dass keine Kausalität zwischen dem Rezertifizierungs- und Requalifikationsprozess und der Geschäftsverweigerung besteht. Bei der Geschäftsverweigerung gegenüber anderen Terminalherstellern handelt es sich um einen Grundsatzentscheid, welcher bei Multipay spätestens am 20. Juli 2005 feststand (vgl. oben Rz. 314). Im Protokoll der gemeinsamen Geschäftsleitungssitzung von Multipay und Card Solutions vom 9. Januar 2006 wurde Traktandum 9: "Zusammenarbeit mit anderen Terminalherstellern/DCC" wie folgt protokolliert: "Die GL bestätigt die

<sup>414</sup> Vgl. Change Requests vom 8. Februar und 8. April 2005, act. no 180, Beilagen 7 und 8.

<sup>415</sup> Projektstatusbericht vom 5. Juli 2005, act. no 180, Beilage 5.

<sup>416</sup> Accept 03/05, S. 7 ([www.telekurs-multipay.com/de/accept03\\_dez2005](http://www.telekurs-multipay.com/de/accept03_dez2005); 29.11.2010).

<sup>417</sup> Act. no 103, Beilage 22 t.

bisherige Haltung, dass für andere Terminalhersteller die DCC-Lösung nicht freigegeben wird (ebenso andere Dienstleistungen wie z.B. topup)". Diese Passage macht deutlich, dass die Geschäftsverweigerung für Multipay und Card Solutions nicht in Zusammenhang mit der in derselben Sitzung behandelten Rezertifizierung durch Visa stand. Die Verweigerung wurde vielmehr bereits früher beschlossen ("bestätigt bisherige Haltung") und ist eine kategorische, welche nicht nur DCC, sondern auch andere Dienstleistungen betrifft. Es handelte sich daher um eine geschäftspolitische Strategie von Multipay und Card Solutions bezüglich DCC und anderen Dienstleistungen, nicht mit anderen Terminalherstellern zusammenzuarbeiten. Gerade das Element, dass auch andere Dienstleistungen als DCC nicht freigegeben werden sollten, zeigt auf, dass das Rezertifizierungsverfahren von Visa bezüglich DCC für die Geschäftsverweigerung gar keine Rolle gespielt hat. Dies wird weiter dadurch bestätigt, dass Multipay/Card Solutions auch nach der definitiven Rezertifizierung und Requalifikation nicht auf das am 17. März 2006 nochmals klar formulierte Anliegen der Jeronimo auf Offenlegung der Schnittstelleninformationen zurückgekommen ist.

429. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass weder die Zertifizierungsanforderungen der Card Schemes an sich noch das Rezertifizierungsverfahren von Visa als legitime business reasons für die Geschäftsverweigerung zu qualifizieren sind.

430. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme vom 16. September 2010 vor, im Rahmen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung sei das Sekretariat mit den Parteien einverstanden gewesen, dass eine Zugangsgewährung zu Schnittstelleninformationen nicht vor Abschluss der Test und Zertifizierungsphase erfolgen müsse. Die Parteien leiten dies aus einer Passage aus dem Vorschlag des Sekretariates vom 9. Juni 2010 für eine einvernehmliche Regelung ab, welche wie folgt lautete:<sup>418</sup>

Die Gewährung von Zugang zu Produkten der SIX Group AG erfolgt wenn das Produkt marktfähig ist, und nicht mehr aufgrund von Tests oder Zertifizierungen potenziell angepasst werden muss. Es besteht somit grundsätzlich keine Pflicht im Sinne von Ziff. 4.1 und 4.2 zur Gewährung von Zugang zu Produkten der SIX Group AG

- (i) bevor die Produkte der SIX Group AG, für welche Zugang verlangt wird, eine Test- und Zertifizierungsphase (z.B. durch die Card Schemes) definitiv abgeschlossen haben, oder
- (ii) vor definitivem Abschluss der Test- und Zertifizierungsphase ohne Zertifizierung bei Produkten der SIX Group AG, die getestet aber nicht von den Card Schemes zertifiziert werden müssen.

431. Es sei einzig eine restriktive Ausnahme bezüglich der Offenlegung von Schnittstelleninformationen vorgesehen worden für den Fall, dass sich die Drittpartei zu einer Haftungsübernahme verpflichtete und die Card Schemes ihr Einverständnis erklärten. Bezüglich des Elements des Zeitpunktes der Zugangsgewährung sei daher ein Konsens gefunden worden. Dies gehe auch aus dem Schreiben der Parteien vom 24. Juni 2010 hervor, in welchem zur Kenntnis genommen wird, "dass auch das Sekretariat davon ausgeht, dass eine Zugangsgewährung zu den Schnittstelleninformationen vor

Abschluss der Test- und Zertifizierungsphase grundsätzlich nicht erfolgen muss".<sup>419</sup>

432. Dem Vorbringen der Parteien muss auf verschiedenen Ebenen entgegnet werden. Zunächst gilt es ganz allgemein festzustellen, dass Ausführungen und Äusserungen des Sekretariates die Weko bei der Beurteilung der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einer Verhaltensweise nicht zu binden vermögen. Die Weko ist als Entscheidbehörde weder an den Antrag noch an andere Schreiben und Aussagen des Sekretariates gebunden: nach explizitem Wortlaut von Art. 30 Abs. 1 KG steht die Entscheidbefugnis in der Hauptsache allein der Weko zu.<sup>420</sup> Im Zusammenhang mit der Frage der Sanktionierbarkeit eines Verhaltens hat das Bundesverwaltungsgericht denn auch kürzlich festgehalten, dass der zuständige Abteilungsleiter nicht ermächtigt ist, die Sanktionskompetenz der Weko durch fallspezifische Zusicherungen auszusetzen und hat weiter seine Rechtsprechung bestätigt, dass derartige Zusicherungen auch keinen Vertrauensschutz zu begründen vermögen.<sup>421</sup> Nichts anderes gilt, wenn das Sekretariat eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG abschliesst, denn diese bedarf der formellen Genehmigung durch die Weko (Art. 29 Abs. 2 KG). Selbst wenn eine einvernehmliche Regelung zwischen den Parteien und dem Sekretariat zustande gekommen wäre, so hätte die Weko über die Möglichkeit verfügt, ihr die Genehmigung zu versagen.<sup>422</sup> Zudem ist es ausgeschlossen, dass die einvernehmliche Regelung die materiell-rechtliche Beurteilung zum Gegenstand haben kann. Sachverhalt und Rechtsfragen sind nicht verhandelbar, sondern von der rechtsanwendenden Behörde hoheitlich zu entscheiden.<sup>423</sup> Bereits aus diesem Grund können Aussagen des Sekretariates während Verhandlungen zu einer einvernehmlichen Regelung keinen Einfluss auf die rechtliche Beurteilung des Falles durch die Weko haben. Dies ist im Übrigen auch deshalb sachgerecht, weil ein eigentliches Verhandeln, welches i.d.R. auch Veränderungen der Position des Sekretariates bedingt,<sup>424</sup> verunmöglicht würde, wenn danach jedes Mal die während den Verhandlungen gemachten Äusserungen, Kompromisse oder "Zugeständnisse des Sekretariates von den Parteien verwertet" werden könnten, selbst wenn diese dann nicht Gegenstand der einvernehmlichen Regelung werden oder eine einvernehmliche Regelung wie im vorliegenden Fall gar nicht zustande kommt.

<sup>418</sup> Vgl. act. no 208.

<sup>419</sup> Vgl. act. no 217a.

<sup>420</sup> Vgl. ZIRLICK/TAGMANN (FN 197), Art. 30 N 56.

<sup>421</sup> Vgl. BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigruppe gg. Weko i.S. Richtlinien über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (B2977/2007), E. 7.4.5.4. unter Hinweis auf BVGer, Urteil vom 3. Oktober 2007 i.S. Unique (B-2157/2006) E. 4.2.6 (publiziert in RPW 2007/4, S. 653 ff.).

<sup>422</sup> Vgl. ZIRLICK/TAGMANN (FN 197), Art. 29 N 93.

<sup>423</sup> Vgl. ZIRLICK/TAGMANN (FN 197), Art. 29 N 30 m.w.H.

<sup>424</sup> Vgl. BGer, RPW 2004/2, S. 661 f., E. 3.4.7.



433. Inhalt der einvernehmlichen Regelung ist i.d.R. die konkrete Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung für die Zukunft.<sup>425</sup> Im vorliegenden Fall haben die Parteien ihr Verhalten bereits vor der Untersuchungseröffnung angepasst. Die einvernehmliche Regelung sollte denn auch gar nicht eine zukünftige Lösung für den konkreten Fall beinhalten, sondern gemäss dem Entwurf des Sekretariates "den Zugang zu Schnittstelleninformationen, zum Zweck der Herstellung und Gewährleistung der Interoperabilität von POS-Terminals betreffend Produkte der SIX Group AG, welche Händlern und Dienstleistungsanbietern im Zusammenhang mit dem Acquiring von Kredit- und Debitkarten angeboten werden"<sup>426</sup> regeln und damit eine Lösung zu finden, welche – wie in der Stellungnahme der Parteien ausgeführt – im Interesse des gesamten Industriezweiges sein sollte. Da der Entwurf eine generelle Lösung für die Zukunft darstellen sollte, erscheint es umso weniger nachvollziehbar, weshalb er die Beurteilung des vergangenen Verhaltens im konkreten Fall präjudizieren sollte.

434. Die Vorbringen der Parteien scheitern nicht nur bereits an diesen grundsätzlichen Hürden, sondern sind auch inhaltlich unzutreffend. Die durch die Parteien wiedergegebene Passage des Entwurfs der einvernehmlichen Regelung wird durch folgenden Abschnitt ergänzt:<sup>427</sup>

Sofern jedoch das Card Scheme nicht ausdrücklich die Verwendung von Terminals eines Drittherstellers ausschliesst und sich die Drittpartei gegenüber der SIX Group AG uneingeschränkt zur Übernahme der Haftung und sämtlicher Kosten und Risiken, die sich aus der Zugangsgewährung ergeben (insbesondere gegenüber den Card Schemes und den Händlern, sowie gegenüber anderen Entwicklern sowie für allfällige Zusatzaufwände der SIX Group AG) verpflichtet, wird die SIX Group AG die Schnittstelleninformationen dieser Drittpartei vor definitivem Abschluss der Test- und Zertifizierungsphase offen legen.

435. Nach Auffassung des Sekretariates sollte es sich dabei nicht wie von den Parteien vorgebracht um eine "restriktive Ausnahme" handeln, sondern grundsätzlich dazu führen, dass Schnittstelleninformationen bereits vor dem definitivem Abschluss der Test- und Zertifizierungsphase offengelegt werden müssen, sofern die Drittanbieter die Haftung übernehmen. Ob eine solche Haftungsübernahme der Drittanbieter eine realistische Option dargestellt hätte und ob die Offenlegungsmodalitäten für die Drittanbieter überhaupt sinnvoll gewesen wären, sollte in einem Markttest geklärt werden. Das Sekretariat hat bereits zu Beginn der Verhandlungen zur Bedingung gemacht, dass ein Markttest durchgeführt wird. Im Begleitschreiben zum Entwurf vom 9. Juni 2010 wurde nochmals festgehalten: "Das Sekretariat möchte daran erinnern, dass es bei einer grundsätzlichen Einigung vor der Unterzeichnung noch einen Markttest durchführen wird und sich je nach Ergebnis des Markttests vorbehält, Anpassungen zu verlangen oder vom Abschluss einer EVR Abstand zu nehmen". Dieser Vorbehalt des Sekretariates macht deutlich, dass bezüglich keinem Punkt des Entwurfes ein definitiver Konsens bestand, sondern die einvernehmliche Regelung nur unterzeichnet worden wäre, wenn diese durch die anderen Marktteilnehmer als sinnvoll erachtet worden wäre. Die Verhandlungen wurden durch das Sekretariat aber abgebrochen, bevor ein solcher Markttest durchgeführt werden konnte. In mate-

rieller Hinsicht ist die Auffassung der Parteien abzulehnen, dass eine Zugangsgewährung zu Schnittstelleninformationen nicht vor Abschluss der Test und Zertifizierungsphase erfolgen muss. Es kann in diesem Zusammenhang auf den Microsoft-Entscheid verwiesen werden, welcher eine Offenlegung der Schnittstelleninformationen zu dem Zeitpunkt vorsieht, in welchem ein neues Produkt potenziellen Kunden als Beta-Version zu Testzwecken zur Verfügung gestellt wird.<sup>428</sup>

436. Zum Schluss gilt es darauf hinzuweisen, dass selbst wenn der Rechtsauffassung der Parteien gefolgt würde, dass eine Offenlegung der Schnittstelleninformationen grundsätzlich erst nach Abschluss der Test- und Zertifizierungsphase erfolgen müsste, bezüglich DCC die Voraussetzungen für eine Zugangsgewährung erfüllt gewesen wären. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme in diesem Zusammenhang vor, die Behauptung, es habe sich bei der DCC-Funktion um ein marktfähiges Produkt gehandelt, sei reine Spekulation und aktenwidrig. Auch sei es aktenwidrig zu behaupten, es bestehe keine Kausalität zwischen der "Test- und Pilotphase" und der Nichtoffenlegung gegenüber Drittanbietern. Dem kann nicht gefolgt werden. In den obigen Erwägungen wurde nachgewiesen, dass es sich bei der DCC-Funktion nicht nur um ein marktfähiges Produkt gehandelt hat, sondern um ein tatsächlich am Markt eingeführtes Produkt und das Rezertifizierungsverfahren für die Verweigerung der Offenlegung nicht kausal war. An dieser Stelle werden die Hauptgründe nochmals wiederholt:

- Aus den internen Dokumenten geht eindeutig hervor, dass die DCC-Funktion per 1. März 2005 am Markt eingeführt wurde. Der Projektstatusbericht vom 8. März 2005 hält fest: "*Der Pilotbetrieb wurde Ende Februar abgeschlossen und in den regulären Betrieb überführt*"<sup>429</sup>. Dies entspricht auch der externen Kommunikation: im Geschäftsbericht der Telekurs Group für das Jahr 2005 wurde festgehalten: "*Die im Februar 2005 lancierte automatische Währungsumrechnung Dynamic Currency Conversion (DCC) erwies sich von Beginn weg als Erfolg*".<sup>430</sup> Die Markteinführung lässt sich schliesslich anhand der Entwicklung der Vertragsabschlüsse sowie der im DCC-Modus vorgenommenen Transaktionen belegen (vgl. oben Rz. 423).

<sup>425</sup> Vgl. ZIRLICK/TAGMANN (FN 197), Art. 29 N 26 ff. m.w.H.

<sup>426</sup> Vgl. act. no 208.

<sup>427</sup> Vgl. act. no 208.

<sup>428</sup> Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 24. März 2004 i.S. Microsoft (COMP/C-3/37.792), Rz. 1009.

<sup>429</sup> Projektstatusbericht vom 8. März 2005, act. no 180, Beilage 5

<sup>430</sup> Vgl. Telekurs Geschäftsbericht 2005, S. 11, [www.telekurs.com/de/dl\\_tkhoch\\_company\\_publications\\_gb05.pdf](http://www.telekurs.com/de/dl_tkhoch_company_publications_gb05.pdf) (29.11.2010).

- Zum Zeitpunkt der Anfragen von Jeronimo und der anderen Terminalanbieter sowie zum Zeitpunkt der Information des CEO von Multipay an der Geschäftsleitungssitzung der Card Solutions vom 20. Juni 2005, "dass für Geronimo kein DCC angeboten wird" war noch gar nicht bekannt oder absehbar, dass Visa eine Rezertifizierung und Requalifizierung verlangen würde. Das erste Schreiben von Visa datiert nämlich erst vom 16. Dezember 2005. Für die vorgängige Verweigerung kann daher gar keine Kausalität bestehen.
  - Auch danach ist das Rezertifizierungsverfahren nicht kausal für die Verweigerung. Aus dem Protokoll der gemeinsamen Geschäftsleitungssitzung von Multipay und Card Solutions vom 9. Januar 2006 geht hervor, dass es sich um einen *strategischen Entscheid* handelt, bezüglich DCC und anderen Dienstleistungen nicht mit anderen Terminalanbietern zusammenzuarbeiten, welcher unabhängig vom Rezertifizierungsverfahren für die Nichtoffenlegung ausschlaggebend ist (vgl. oben Rz. 428). Dies wurde durch Multipay gegenüber Jeronimo auch mit folgenden Worten klar kommuniziert: "Wir haben in der Geschäftsleitungssitzung von letzter Woche das Thema diskutiert und es wurde beschlossen, dass wir grundsätzlich firmenintern entwickelte Dienstleistungen nicht freigeben"<sup>431</sup> (vgl. oben Rz. 315). Auch auf das bereits nach der Rezertifizierung eingegangene Schreiben der Van de Velden Holding B.V. wurde nicht etwa auf die noch ausstehende Requalifizierung hingewiesen, sondern Multipay antwortete mit dem Einzeiler "Bezüglich Ihres Ersuchens betreffend DCC Multipay sehen wir keine Veranlassung unsere Position zu ändern"<sup>432</sup> (vgl. oben Rz. 428).
437. Anlässlich des Hearings haben die Parteien erneut vorgebracht, dass sich DCC zum Zeitpunkt der Anfragen in einer Pilotphase befunden habe. Dabei haben die Vertreter der Parteien erstmals vorgebracht, es sei ein Pilot mit [500–600] Händlern durchgeführt worden:
- CEO Multipay: "Das [Tests mit echten Händlern] muss man machen. Unabhängig von DCC, wenn ein neues Terminal auf den Markt kommt – es gibt ja diese ep2, wo der Handel dabei ist – damit man das möglichst effizient und kostengünstig macht, gibt man das Terminal in einer Pilot- bzw. Testphase frei. Dann schaut man während 1–2 Monaten, wie alles läuft. Vorher macht man Laborversuche, die man in-house macht. Damit wirklich nachgewiesen werden kann, dass ein Terminal richtig funktioniert, hat man die Möglichkeit Pilots zu fahren. Dann wird zertifiziert. Nach dieser Zertifizierung gibt es Roll-Outs. Man kann sich fragen, wie viele es braucht: Braucht man 50, 500, 5'500. Das ist eine individuelle Sache. Wir haben mit [0–100] angefangen und dann mit[500–500]."
  - CEO Multipay: "Der erste Roll-Out kam Mitte 2005, bevor die Software durch Card Solutions überarbeitet wurde. Es war sehr wichtig, dass die Kunden den Karteninhabern immer fragen: Willst Du mit Deiner Währung zahlen oder willst Du in Schweizer Franken zahlen? Das war ein Must. Als dann Tests durch Visa und MasterCard gemacht wurden, hat man festgestellt, dass viele Kunden das nicht gefragt haben. [...] Unsere Software-Applikation wurde dann verbessert. Card Solutions hat das gehandhabt, dass nicht nur der Händler Ja/Nein drücken muss, sondern auch der Karteninhaber selber. Das ist eine Software-Applikationsänderung gewesen, die in der zweiten Phase des Pilots stattgefunden hat. Dann wurde rezertifiziert und dann ging es zu den Testkäufen und dann hiess es: Ja, euer System ist gut. Ihr könnt damit ein Roll-Out machen. Das war im 2006."
  - CEO Multipay auf Frage des Präsidenten der Weko, ob jeder Kunde die DCC-Funktion erhalten habe: "Nein, weil wir gezielt repräsentativ Kunden ausgesucht haben. Das hätten auch 1'500 sein können, nicht nur [500–500]. Wir hatten ein repräsentatives Sample."
  - CEO Multipay auf Frage des Präsidenten der Weko, ob denn Kunden abgelehnt worden sind: "Ich sage hier Nein, weil mir kein Fall bekannt ist" und "Es ist mir nicht bekannt. Ich weiss es nicht. Ich glaube nicht".
  - CEO Card Solutions: "Wir haben gesagt, dass wir ca. 600 Pilotkunden wollten. Wenn wir 600 gehabt hätten, und das Hotel in Zermatt auch noch kommen würde, ich nehme an, dass wir Ja gesagt hätten. Aber nicht bei vielen mehr, weil wir das alles noch managen mussten. Das waren aber bestehende Kunden."
438. Vorab ist auf eine Ungereimtheit in den Aussagen des CEO von Multipay hinzuweisen. In seiner ersten oben wiedergegebenen Aussage erklärte er zunächst den üblichen Testablauf. Zuerst erfolgen in-house Laborversuche, anschliessend wird eine Pilotphase durchgeführt. Dann wird zertifiziert. Nach der Zertifizierung erfolgt der "Roll-Out." In seiner zweiten oben wiedergegebenen Aussage, gibt er an, der erste Roll-Out sei Mitte 2005 gekommen. Diese Aussage steht im Widerspruch zu den anderen Voten, in welchen geltend gemacht wird, man habe sich zu diesem Zeitpunkt immer noch in der zeitlich vorgelagerten Pilotphase befunden.
439. Die durch den CEO von Multipay erwähnten Entwicklungsphasen entsprechen grundsätzlich den Phasen, die ein Terminal im Rahmen seiner ep2-Zertifizierung zu durchlaufen hat. Vor der ep2-Zertifizierung muss eine Pilotphase erfolgreich abgeschlossen werden. Die Pilotphase wird mit rund 5–50 Terminals durchgeführt und dauert mind. 5 Wochen und max. 3 Mte. Bei bedienten Terminals müssen mindestens 1000 Transaktionen mit Maestro/MasterCard und 1000 Transaktionen mit Visa/V-PAY absolviert werden.<sup>433</sup> Werden diese Anforderungen an den Pilot für die
- 
- <sup>431</sup> Act. no 103, Beilage 19b.  
<sup>432</sup> Act. no 103, Beilage 19g.  
<sup>433</sup> Vgl. Business Use Case Specification: ep2 Certification Process, Version 5.1.0, Ziff. 8 ([www.eftpos2000.ch/website/cms/upload/formulare/ca/BUC-Certification.pdf](http://www.eftpos2000.ch/website/cms/upload/formulare/ca/BUC-Certification.pdf); 29.11.2010).

Zertifizierung eines Terminals betrachtet, so zeigt sich wie unwahrscheinlich es ist, dass für eine Zusatzapplikation eine Pilotphase mit über [500–600] Kunden, über eine Zeitdauer von mehr als einem Jahr und über ein Volumen von über [200'000–250'000] Transaktionen im Wert von rund CHF [80–90] Mio. durchgeführt wird.

440. Ausschlaggebend ist jedoch, dass es für die Durchführung einer Pilotphase mit [500–600] ausgesuchten Kunden keinerlei Anhaltspunkte in den Akten gibt, weder in den Projektstatusberichten für DCC noch in den Protokollen der Geschäftsleitungssitzungen von Multipay oder Card Solutions. Die entsprechenden Aussagen im Hearing können vielmehr durch schriftliche Dokumente, die von den Parteien selber stammen, widerlegt werden. Folgende Passagen stammen aus den Projektstatusberichten (PB) der Card Solutions (vgl. auch schon oben Tabelle 8).<sup>434</sup>

- *PB vom 2.12.2004:* "Die Testphase ist abgeschlossen [...] Die Pilotphase wird ab 18.1. mit zuerst drei Zürcher Hotels starten. Weitere Hotels in Crissier, Arosa, Bad Ragaz und St. Moritz werden folgen [...]".
- *PB vom 8.2.2005:* Der produktive Pilot hat am 20.1. begonnen. [...] Die anfänglichen Schwierigkeiten mit der Terminalsoftware konnten ausgeräumt werden. Sowohl Terminal wie Host [...] verarbeiten DCC Transaktionen ohne Probleme. **Der Pilot dauert bis Ende Februar ([10–20] Terminals in [10–20] Hotels). Ab 1.3. beginnt die Ausbreitungsphase.** TKM acquirit bereits heute DCC Verträge mit Startdatum 1.3."
- *PB 8.3.2005:* "**Der Pilot wurde Ende Februar abgeschlossen und in den regulären Betrieb überführt**".
- *PB 10.5.2005 (falsch datiert):* "Bis heute (14.6.) sind knapp **[800–900]** Händler mit DCC Verträgen im PASS erfasst. Davon sind rund [200–300] mit einem DCC fähigen ep2 Gerät ausgerüstet und machen aktiv DCC Transaktionen. Weitere ca. [0–100] VPs haben ein ep2 Terminal, aber machen noch keine DCC Transaktionen. Rund ½ der Händler mit DCC Vertrag haben noch kein ep2 Terminal von TKC".
- *PB 13.09.2005:* "Bis heute sind gut **[2'000–2'100]** Händler mit DCC Verträgen im PASS erfasst. **Davon sind gut [700–800] mit einem DCC fähigen ep2 Gerät ausgerüstet und machen aktiv DCC Transaktionen**".

441. Die Projektstatusberichte belegen, dass die Pilotphase mit einer beschränkten Anzahl Terminals durchgeführt und Ende Februar 2005 abgeschlossen wurde. Danach folgte die Ausbreitungsphase. Bereits im Juni 2005 hatte Multipay mit mehr Händlern DCC-Verträge abgeschlossen als den im Hearing behaupteten [500–600] Kunden. Im September 2005 machten dann auch bereits mehr Händler aktiv DCC-Transaktionen als die behaupteten [500–600] Kunden. Die Berichte zeigen weiter auf, dass die Anzahl Händler und Terminals während der massgebenden Zeitperiode kontinuierlich zugenommen hat, was ebenfalls der Grundkonzeption eines Pilots widerspricht. Die Projektstatusberichte zei-

gen weiter auf, dass die Mehrheit der Händler, welche einen DCC-Vertrag schlossen, "noch" über "kein ep2 Terminal von TKC" verfügten. Dies belegt einerseits, dass bei einer Mehrheit der Händler, die einen DCC-Vertrag abgeschlossen haben, nicht einfach die DCC-Software auf ein bestehendes Terminal aufgespielt werden konnte, sondern dass jene zuerst noch ein Terminal kaufen mussten. Andererseits wird deutlich, dass damit gerechnet wurde, dass diese Kunden ein Card Solutions-Terminal kaufen würden.

442. Auch im Protokoll der Geschäftsleitungssitzung von Card Solutions vom 30. Mai 2005 findet sich eine Passage, welche der behaupteten Testphase mit [500–600] Kunden widerspricht: "R. Oechslin bringt das Thema DCC zur Diskussion und äussert seine Unzufriedenheit mit dem **Stand der Kampagne im Sales**. Als Massnahme wurden **[1'000–2'000]** Adressen zur Bearbeitung an den Aussendienst von TKC übergeben."<sup>435</sup>

443. Neben diesen internen Quellen wurde die Lancierung auf dem Markt auch extern kommuniziert. Auf den Jahresbericht 2005 der Telekurs Group wurde bereits hingewiesen (vgl. oben Rz. 436). Aber bereits am 6. Februar 2005 wurde die Kundschaft auf der Homepage der Card Solutions über das neue Angebot informiert.<sup>436</sup> Direkt auf der Startseite fand sich unter "Aktuelles" folgender Hinweis: "*Automatische Währungsumwandlung (DCC). Die Dynamic Currency Conversion funktioniert auf allen ep2-Terminals der Telekurs Card Solutions*". Wurde dieser Hyperlink angeklickt, so folgten weitere Informationen: "*Die Dynamic Currency Conversion (DCC) ist eine neue Dienstleistung von Telekurs Multipay [...] DCC verlangt Terminals der neuen Generation. Die Dynamic Currency Conversion funktioniert auf ep2-fähigen Terminals (davinci, EPSYS smash). Wenn Sie bereits Terminals der neuen Generation im Einsatz haben, können Sie die Software mit wenig Aufwand updaten. Zudem benötigen Sie einen gültigen DCC-Vertrag mit Telekurs Multipay. Verfügbar ist unsere neue Dienstleistung ab Februar 2005.*"<sup>437</sup> Neben der Bestätigung, dass die Funktion im Frühjahr 2005 lanciert wurde, zeigen diese Passage auch auf, dass ein anlässlich des Hearings vorgebrachter Einwand, dass DCC zunächst nur für eine Produktfamilie aufgeschaltet worden sei,<sup>438</sup> unzutreffend ist.

<sup>434</sup> Alle Projektstatusberichte finden sich in Beilage 5 zu act. no 180, Hervorhebungen in den nachfolgenden Zitaten hinzugefügt.

<sup>435</sup> Act. no 103, Beilage 21b, Hervorhebung hinzugefügt. An dieser Geschäftsleitungssitzung waren u.a. Vertreter von Card Solutions anwesend, welche auch bei der Anhörung Auskunft erteilt haben (Herrn [CEO Card Solutions und Vertreter Card Solutions], Herr [CEO Multipay] war entschuldigt).

<sup>436</sup> Vgl. die Homepage [www.telekurs-card-solutions.com](http://www.telekurs-card-solutions.com) in der Version vom 6. Februar 2005 im Internet Archive (<http://web.archive.org/web/20050206155230/http://www.telekurs-card-solutions.com>; 29.11.2010).

<sup>437</sup> Vgl. <http://web.archive.org/web/20050112102032/www.telekurs-card-solutions.com/dcc.asp> (29.11.2010); Hervorhebung hinzugefügt.

444. Aber auch die Multipay verkündete am 18. Februar 2005 öffentlich den Abschluss der Pilotphase: *"DCC: Dynamisch auf Erfolgskurs! Die Dynamic Currency Conversion (DCC) bewährte sich in einem Pilotversuch mit namhaften Schweizer Hotels. Die Vorteile von DCC liegen auf der Hand, für Sie und Ihre internationale Kundschaft: Kredit- oder Maestro-Zahlungen werden bequem, schnell, sicher und automatisch in 13 Fremdwährungen umgerechnet. Und dabei profitieren Sie sogar noch von tieferen Gebühren und der neusten Terminalgeneration! Dass sich DCC im täglichen Einsatz bewährt, davon überzeugten sich rund 10 führende Schweizer Hotels in einem zweimonatigen Pilotversuch. Die Hotellerie, mit vielen ausländischen Kunden eine ideale Testbranche, prüfte die neue Dienstleistung von Telekurs Multipay auf Herz und Nieren – und war begeistert! [...] Als erster Schweizer Acquirer bietet Ihnen Telekurs Multipay diese vorteilhafte Dienstleistung mit einem EMV/ep2-fähigen Terminal (z. B. EPSYS smash, Telekurs davinci) an. Im Kapitel «Service» finden Sie unter Dynamic Currency Conversion weitere Informationen dazu. Haben wir Ihr Interesse geweckt? Kontaktieren Sie uns, wir unterbreiten Ihnen gerne ein Angebot."*<sup>439</sup> Am 6. Juni 2005 erfolgte eine weitere Information durch Multipay, welche mit einer Pilotphase nicht kompatibel erscheint, sondern die Vermarktung von DCC durch Multipay belegt: *"DCC: Installieren und sofort profitieren. Noch nie war es für Sie so einfach, Ihren Kunden einen Extra-Service zu bieten und gleichzeitig Ihren Kommissionssatz bis zu einem vollen Prozentpunkt zu senken. Dynamic Currency Conversion DCC von Telekurs Multipay, die automatische Währungsumwechslung direkt am Terminal, ist sofort betriebsbereit, kinderleicht zu bedienen und dank Währungsgewinn auch finanziell äusserst attraktiv. [...] Weitere Informationen zur automatischen Wechselkursumrechnung finden Sie auf unserer Website im Kapitel "Service" unter Dynamic Currency Conversion. Dort können Sie sich auch direkt für unseren neuen Service anmelden. Sie können nur profitieren."*<sup>440</sup>

445. Gleichzeitig wurde das Produkt auch aktiv beworben. Das Thema DCC wurde im Zusammenhang mit der Einführung dieses Angebots im Jahr 2005 in jeder Ausgabe des Kundenmagazins von Multipay namens "accept" thematisiert.<sup>441</sup> Der erste Artikel findet sich bereits in accept 03/04: "DCC: So dynamisch – und profitabel – war die Umrechnung in Fremdwährungen noch nie". Im Jahr 2005 enthielt dann jede Ausgabe Ausführungen zu DCC: accept 01/05: "DCC: Das Wechselwunder"; in der Ausgabe 02/05 folgten gleich zwei Artikel: "DCC jetzt auch für kassenintegrierte Terminals" und "DCC: Die ultimative Outdoor-Lösung". Schliesslich in Accept 03/05 der Beitrag "Premiere im Seedamm Plaza: Fidelio mit DCC".

446. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auch unter Berücksichtigung der Stellungnahme der Parteien sowie ihrer Ausführungen anlässlich des Hearings am Ergebnis festzuhalten ist, dass sich DCC während der relevanten Zeitperiode nicht mehr in einer Pilotphase befunden hat und das Rezertifizierungsverfahren von Visa keine "legitimate business reasons" für die vorgenommene Verweigerung von Geschäftsbeziehungen begründet. Etwas anderes ergibt sich auch nicht unter

Berufung auf die (aus dem Gesamtzusammenhang gerissenen) Äusserungen des Sekretariates im Rahmen der Verhandlungen für eine einvernehmliche Regelung.

### B.3.3.3.5.2.3 Investitions- und Innovationsanreize

#### a. Investitions- und Innovationsanreize als Begründung für die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen

447. In der ökonomischen Lehre wird der Tatbestand der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen ("refusal to deal") in erster Linie als eine Problematik der Investition wirtschaftlicher Ressourcen und der Innovation verstanden. Bei der Prüfung des Vorliegens von "legitimate business reasons" im Sinne von Effizienzgründen sind daher gerade im Zusammenhang mit der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen die Investitions- und Innovationsanreize generell zu berücksichtigen.<sup>442</sup>

448. Wenn das verweigerte Gut das Resultat von gewichtigen und riskanten Investitionen darstellt, so ist im Rahmen der Anwendung von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG dafür Sorge zu tragen, dass der Investitions- und Innovationswille der Unternehmen langfristig nicht beeinträchtigt wird.<sup>443</sup>

449. Vor diesem Hintergrund, d.h. zur Sicherstellung von Investitions- und Innovationsanreizen, kann einem marktbeherrschenden Unternehmen allenfalls die Möglichkeit gewährt werden, die Belieferung an Dritte für eine bestimmte Mindestperiode zu verweigern, damit sich die Investitionen bezahlt machen können, selbst wenn ein solches Verhalten zu einer zeitweisen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs führt. Demgegenüber kann der Umstand, dass Dritten Zugang zum Geschäftsverkehr mit dem marktbeherrschenden Unternehmen gewährt wird, sowohl die Wettbewerbssituation verbessern als auch seinerseits wiederum Investitionen zur Folge haben (z.B. von den zugelassenen Dritten).<sup>444</sup> Die EU-Kommission hält hierzu fest: *"Enforcement policy towards refusals to supply has to take into account both the effects of having more short-run competition and the possibility of long-run effects on investment incentives."*<sup>445</sup>

<sup>438</sup> Vgl. act. no 264.

<sup>439</sup> Vgl. das Informationsarchiv auf der Website von Multipay ([www.telekurs-multipay.com/de/tkmpch\\_index/tkmpch\\_home/tkmpch\\_news/tkmpch\\_news\\_info/tkmpch\\_news\\_info\\_archive.htm?id=23878](http://www.telekurs-multipay.com/de/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_news/tkmpch_news_info/tkmpch_news_info_archive.htm?id=23878); 29.11.2010), Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>440</sup> Vgl. das Informationsarchiv auf der Website von Multipay ([www.telekurs-multipay.com/de/tkmpch\\_index/tkmpch\\_home/tkmpch\\_news/tkmpch\\_news\\_info/tkmpch\\_news\\_info\\_archive.htm?id=25350](http://www.telekurs-multipay.com/de/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_news/tkmpch_news_info/tkmpch_news_info_archive.htm?id=25350); 29.11.2010), Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>441</sup> Alle Ausgaben abrufbar unter: [www.telekurs-multipay.com/DE/tkmpch\\_index/tkmpch\\_home/tkmpch\\_customerservice/tkmpch\\_customerservice\\_publications/tkmpch\\_customerservice\\_publications\\_accept/tkmpch\\_customerservice\\_publications\\_acceptarchive.htm](http://www.telekurs-multipay.com/DE/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_customerservice/tkmpch_customerservice_publications/tkmpch_customerservice_publications_accept/tkmpch_customerservice_publications_acceptarchive.htm) (29.11.2010).

<sup>442</sup> Vgl. REY/TIROLE (FN 354), S. 75 ff.; MASSIMO MOTTA, Competition Policy, Theory and Practice, Cambridge 2004, S. 64 ff.; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 112 m.w.H.

<sup>443</sup> Vgl. MOTTA (FN 355), S. 65 f.

<sup>444</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 197), Art. 7 N 113 m.w.H.

<sup>445</sup> Vgl. Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), Rz. 213.

450. In der Literatur und Praxis wird die Frage des Innovations- und Investitionsschutzes als Rechtfertigung für die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen vor allem im Zusammenhang mit "Essential Facilities"<sup>446</sup> sowie immaterialgüterrechtlich geschützten Innovationen diskutiert.<sup>447</sup> Da im vorliegenden Fall die Verweigerung von Schnittstelleninformationen zur Diskussion steht, wird nachfolgend auf den zweiten Themenkomplex eingegangen.

### **b. Investitions- und Innovationsanreize im Zusammenhang mit Immaterialgüterrechten**

451. Im Zusammenhang mit der Prüfung der vorbehaltenen Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 2 KG wurde festgehalten, dass im Rahmen der materiellen kartellrechtlichen Prüfung die Zielsetzungen des Immaterialgüterrechts angemessen zu berücksichtigen sind (vgl. Rz. 112 und 131).

452. Die Zuerkennung von immaterialgüterrechtlichen Exklusivrechten für einen begrenzten Zeitraum soll Anreize für technische Innovationen schaffen. Die Exklusivitätsrechte verbessern die Aussicht der Unternehmen, ihre Innovationskosten zu decken bzw. ihre Investitionen zu amortisieren. Während der Schutzdauer wird der Imitationswettbewerb ausgeschaltet und das innovierende Unternehmen wird vor Trittbrettfahrern geschützt.<sup>448</sup> Allerdings stellt die Tatsache, dass das von der Geschäftsverweigerung betroffene Gut immaterialgüterrechtlich geschützt ist, nicht per se eine Rechtfertigung für die Verweigerung dar.<sup>449</sup>

453. Zur Prüfung der Frage, ob die Verweigerung des Zugangs zu immaterialgüterrechtlich geschützten Gütern sachlich gerechtfertigt ist, hat die EU-Kommission den sogenannten "Incentives Balance Test" entwickelt. Es handelt sich dabei nicht um einen mathematischen Test, sondern darum, dass eine Abwägung erfolgt, ob die durch eine Zwangslizenz bzw. Offenlegung von Schnittstelleninformationen bewirkte Reduktion der Innovationsanreize für das marktbeherrschende Unternehmen durch die erhöhten Innovationsanreize der Wettbewerber übertroffen wird.<sup>450</sup>

### **c. Investitions- und Innovationsanreize im konkreten Fall**

#### **aa) Vorbringen der Multipay**

454. Multipay hat vorgebracht, sie habe gute Gründe gehabt, die DCC-Spezifikationen nicht gegenüber Jeronimo zu öffnen. Im Vordergrund stehe hier der Investitionsschutz für die in den vergangenen Jahren getätigten bedeutenden Investitionen.<sup>451</sup> Die sofortige Pflicht zur Zwangslizenzierung (wenige Monate nach der Marktreife eines Produkts) verwehre einem Unternehmen im dynamischen Wettbewerb den Anreiz zum Streben nach Innovationen und Weiterentwicklungen, da gleich nach der Markteinführung Dritthersteller die Funktionalitäten des neuen Produkts imitieren könnten, ohne selbst ein neues Produkt anzubieten.<sup>452</sup>

455. Es gilt nun zu prüfen, ob im konkreten Fall die Geschäftsverweigerung deshalb gerechtfertigt werden kann, weil sie der Sicherstellung von Investitions- und Innovationsanreizen dient. Dabei sind im Sinne eines Incentive Balance Tests einerseits die Investitions- und

Innovationsanreize von Multipay/Card Solutions und andererseits der anderen Terminalanbieter zu berücksichtigen.

#### **bb) Offenlegung von Schnittstelleninformationen**

456. Bei der Prüfung, ob im vorliegenden Fall ein Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 2 KG vorliegt, wurde ausführlich darauf eingegangen, weshalb Schnittstellen und Schnittstelleninformationen urheberrechtlich nicht geschützt sind. Dabei wurde dargelegt, dass die Verpflichtung zur Offenlegung von Schnittstelleninformationen das auch im Zusammenhang mit den Investitions- und Innovationsanreizen zentrale Thema des Imitationsschutzes nicht tangiert, da die Zielsetzung der Offenlegung die Herstellung von Interoperabilität ist (vgl. oben Rz. 117 ff., insbesondere Rz. 124). Mit anderen Worten kann festgehalten werden, dass ein Produkt nicht wegen seiner Schnittstellen und der entsprechenden Schnittstelleninformationen entwickelt wird. Die Innovation stellt das Produkt dar, aus dessen Vermarktung die dafür aufgewendeten Investitionen amortisiert bzw. Gewinne erzielt werden können. Die Investitions- und Innovationsanreize würden beeinträchtigt, wenn Konkurrenten ermöglicht würde, dieses Produkt zu kopieren. Die Schnittstellen sind demgegenüber nur die Übergänge zu anderen Produkten. Ihre Offenlegung ermöglicht nicht die Kopie des Produkts, sondern die Entwicklung ergänzender Produkte.

457. Es wurde ebenfalls bereits darauf eingegangen, dass die Verweigerung von Schnittstelleninformationen eine typische Fallkonstellation der missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen darstellt und auf internationaler Ebene wichtige Leitentscheide von Kartellbehörden vorliegen, welche eine Offenlegung der Schnittstelleninformationen erzwungen haben (vgl. oben Rz. 303).

<sup>446</sup> Vgl. statt vieler ausführlich AMSTUTZ/CARRON (FN 197), Art. 7 N 112 und 143 ff.

<sup>447</sup> Vgl. statt vieler ausführlich AMSTUTZ/CARRON (FN 197), Art. 7 N 115 ff. und 148.

<sup>448</sup> Vgl. ausführlich zu den klassischen Begründungen des Immaterialgüterschutzes ANDREAS HEINEMANN, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, Tübingen 2002, S. 12 ff.; vgl. auch FIALA (FN 119), S. 3 ff.

<sup>449</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 148 m.w.H.

<sup>450</sup> Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 24. März 2004 i.S. Microsoft (COMP/C-3/37.792), Rz. 709–712 und 783; vgl. auch FRANÇOIS LÉVÊQUE, Innovation, leveraging and essential facilities: Interoperability licencing in the EU Microsoft case, World Competition 28, 2005, S. 71 ff., öffentlich zugänglich im Internet unter [www.cerna.ensmp.f/Documents\\_leveraging\\_and\\_essential\\_facilities:\\_Interoperability\\_licencing\\_in\\_the\\_EU\\_Microsoft\\_case.pdf](http://www.cerna.ensmp.f/Documents_leveraging_and_essential_facilities:_Interoperability_licencing_in_the_EU_Microsoft_case.pdf) (29.11.2010), März 2005, S. 7 ff.; CLAUDIA SCHMIDT/WOLFGANG KERBER, Microsoft, Refusal to Licence Intellectual Property Rights, and the Incentives Balance Test of the EU Commission, Working Paper, 2008, erhältlich unter <http://ssrn.com/abstract=1297939> (29.11.2010), S. 2, 7 f.; PIERRE LAROUCHE, The European Microsoft Case at the Crossroads of Competition Policy and Innovation, 2008, TILEC Discussion Paper No. 2008-021, erhältlich unter <http://ssrn.com/abstract=1140165> (29.11.2010), S. 11 f.

<sup>451</sup> Act. no 12, S. 16.

<sup>452</sup> Act. no 151, S. 9.

458. Entsprechend diesen Ausführungen geht auch die EU-Kommission davon aus, dass die Verweigerung von Schnittstelleninformationen einen besonders problematischen Fall der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen darstellt, bei dem die Anforderungen an eine kartellrechtliche Verpflichtung zur Offenlegung tiefer als in anderen Konstellationen anzusetzen sind: *"even if such information [information needed for interoperability] may be considered a trade secret it may not be appropriate to apply to such refusals to supply information the same<sup>453</sup> high standards for intervention."<sup>454</sup>*

459. Im Fall "Microsoft" gelangte die EU-Kommission zum Ergebnis, dass der nicht-diskriminierende Zugang zu Schnittstelleninformationen zu mehr Innovationen auf dem nachgelagerten Markt führt, als wenn nur der Inhaber der Schnittstelleninformationen Applikationen zu seinem Produkt entwickelt.<sup>455</sup> In der ökonomischen Literatur wird teilweise vorgebracht, es gebe Gründe zur Annahme, dass in Computermärkten aus einer wohlfahrtsökonomischen Perspektive die beste Lösung offene Schnittstellen in Verbindung mit einem immaterialgüterrechtlichen Schutz für Hard- und Software darstellen würde.<sup>456</sup> Eine Offenlegung von Schnittstelleninformationen erscheint insbesondere dann als gerechtfertigt, wenn ähnlich wie bei einer Essential Facility ein "Flaschenhals" (bottleneck) besteht, welcher eher eine Folge von Grössen- und Verbundvorteilen im Markt und weniger das Ergebnis einer innovativen Geschäftsstrategie des marktbeherrschenden Unternehmens ist.<sup>457</sup> In der Literatur wird denn auch ausgeführt, dass Schnittstellen marktbeherrschender Unternehmen oftmals *de facto*-Standards bilden, welche als wesentliche Einrichtungen qualifiziert werden können.<sup>458</sup>

460. Auf den konkreten Fall übertragen bedeutet dies, dass den Investitions- und Innovationsanreizen als Rechtfertigungsgrund bereits deshalb nur eine beschränkte Bedeutung zukommt, weil die Verweigerung die Schnittstelleninformationen betroffen hat, welche die Terminalhersteller zur Herstellung von Interoperabilität mit der von Multipay angebotenen DCC-Lösung benötigt hätten. Die Gefahr einer Verdrängung von Investitions- und Innovationsanreizen ist vor allem dann gegeben, wenn der Programmcode offengelegt werden muss, so dass eine Imitation des Produktes ermöglicht wird.<sup>459</sup> Dies war *in casu* nicht der Fall. Weiter ist zu berücksichtigen, dass Multipay auf dem Markt für das Acquiring der Kreditkarten Visa und MasterCard sowie auf dem Markt für das Acquiring der Debitkarte Maestro marktbeherrschend ist. Das Acquiring-Geschäft ist – wie weiter vorne aufgezeigt (vgl. Rz. 226 ff.) –, durch Grössen- und Verbundvorteile geprägt. Die Bedeutung des Zugangs zu den Schnittstelleninformationen für die DCC-Funktion ergibt sich nicht aus dessen Innovationsgehalt, sondern aus der den sehr hohen Marktanteilen von Multipay im Acquiring kombiniert mit dem Umstand, dass DCC für den Händler eine Standardoption darstellt. Aufgrund dieser Elemente kommt der von Multipay angebotenen DCC-Funktion die Bedeutung eines *de-facto* Standards zu, was für dessen Offenlegung spricht.

461. Nach diesen Erwägungen, welche im vorliegenden Fall bereits grundsätzlich das Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung aus Gründen des Investitions- und Innovationssschutzes fraglich erscheinen lassen, wird nach-

folgend konkret auf die Investitions- und Innovationsanreize von Multipay/Card Solutions sowie der anderen Terminalanbieter eingegangen.

### **cc) Investitions- und Innovationsanreize von Multipay/Card Solutions**

462. Es gilt zu betonen, dass DCC nicht eine Innovation respektive ein neues Produkt von Multipay und Card Solutions darstellt, sondern dass diese Dienstleistung bereits vor der Lancierung durch Multipay und Card Solutions in zahlreichen europäischen Ländern angeboten wurde. So hat beispielsweise die zur Global Refund Gruppe gehörende FCC die DCC-Dienstleistung bereits im Jahr 2001 in England auf den Markt gebracht (in Zusammenarbeit mit Barclays).<sup>460</sup> FCC hat ihre Geschäftstätigkeit in der Schweiz im Juli 2003 mit der Unterzeichnung eines Zusammenarbeitsvertrags mit der Cornèr Banca begonnen. Dieser Vertrag wurde im Jahr 2005 auf die Aduno übertragen. Die ersten DCC-Transaktionen der Kooperation FCC/Aduno erfolgten im Februar 2005, beinahe gleichzeitig mit der Markteinführung von DCC durch Multipay.

463. Die Innovationsleistung von Multipay/Card Solutions ist daher auf eine eigenständige Umsetzung der DCC-Dienstleistung beschränkt mit teilweise von der Konkurrenz abweichenden Produkteigenschaften (z.B. mehr Währungen). Die Grundidee der Währungsumrechnung direkt am POS-Terminal sowie das Geschäftsmodell, wonach die Einnahmen zwischen Acquirer, DCC-Provider und Händler aufgeteilt werden, stammt nicht von Multipay/Card Solutions, sondern war bereits in zahlreichen Ländern im Markt eingeführt. Es stellt sich daher die Frage, ob der Schutz von Innovationsanreizen im vorliegenden Fall überhaupt zur Diskussion steht, jedenfalls liegt höchstens ein sehr beschränkter Innovationsgehalt vor.

<sup>453</sup> Dies bezieht sich auf die übrigen Praktiken, welche unter den Tatbestand der Geschäftsverweigerung fallen (vgl. Rz. 243).

<sup>454</sup> Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), Rz. 241; vgl. auch die entsprechende Argumentation der EU-Kommission im Beschwerdeverfahren betreffend Microsoft Entscheid des EuG vom 17. September 2007 i.S. Microsoft (T-201/04), Rz. 275 ff.

<sup>455</sup> Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 24. März 2004 i.S. Microsoft (COMP/C-3/37.792), Rz. 698 f.; vgl. auch SCHMIDT/KERBER (FN 450), S. 30 f.

<sup>456</sup> Vgl. SUZANNE SCOTCHMER, *Innovation and Incentives*, MIT Press, Cambridge 2004, S. 298 ff.; MARIA J. GIL-MOLTÓ, *Economic Aspects of the Microsoft Case: Networks, Interoperability and Competition*, Working Paper (forthcoming in Microsoft on Trial: Legal and Economic Analysis of a Transatlantic Antitrust Case, Luca Rubini [Hrsg.], August 2010), Leicester 2008, erhältlich unter (<https://lra.le.ac.uk/bitstream/2381/7581/1/dp08-39%5b1%5d.pdf>; 29.11.2010), S. 31.

<sup>457</sup> Vgl. REY/TIROLE (FN 354), S. 76: "Interventions in the form of forced access is more warranted if the bottlenecks origin is increasing returns to scale or scope than when it results from an innovative strategy."

<sup>458</sup> Vgl. HEINIMANN (FN 448), S. 515 ff.

<sup>459</sup> KAI-UWE KÜHN/JOHN VAN REENEN, *Interoperability and Market Foreclosure in the European Microsoft Case*, in: *Cases in European Competition Policy: The Economic Analysis*, B Lyons (Hrsg.), Cambridge, 2009, erhältlich als Working Paper aus dem Jahr 2008 unter [http://eprints.lse.ac.uk/4664/1/Interoperability\\_and\\_Market\\_Foreclosure\\_in\\_the\\_European\\_Microsoft\\_Case.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/4664/1/Interoperability_and_Market_Foreclosure_in_the_European_Microsoft_Case.pdf) (29.11.2010), S. 22.

<sup>460</sup> Vgl. act. no 162; Presseartikel vom 6. September 2001 ([www.dfnonline.com/print/1065786.html](http://www.dfnonline.com/print/1065786.html); 29.11.2010).

464. Bei den Investitionen von Multipay/Card Solutions handelt es sich nicht um risikoreiche und bedeutende Investitionen. Da die DCC-Funktion in anderen Ländern bereits erfolgreich im Markt eingeführt worden waren, sind Multipay/Card Solutions bei ihren Investitionen nur ein sehr limitiertes Risiko eingegangen. Dieses Risiko wurde weiter dadurch vermindert, dass Multipay/Card Solutions von einer sicheren Nachfrage ausgehen konnten, da für Multipay-Händler nur die eigene DCC-Lösung in Frage gekommen ist.

465. Die Gesamtinvestitionen, welche bei der Card Solutions im Zusammenhang mit der Entwicklung der DCC-Leistung angefallen sind, belaufen sich auf rund CHF [500'000–600'000.-]. Bis zum Projektabschlussberichts vom 10. April 2006 wurden Einnahmen von CHF [5–10] Mio. generiert, welche wie folgt aufgeteilt wurden: Anteil Card Solution CHF [0–1] Mio. (= [10–20] %), Anteil Multipay CHF [0–5] Mio. (= [50–60] %) und Kickback Merchants CHF [0–5] Mio. (= [30–40] %).<sup>461</sup> Die Investitionen waren demnach nach rund einem Jahr schon mehr als amortisiert. Die relative Bedeutung dieser Investitionen ist weiter daraus ersichtlich, dass Card Solutions im Jahr 2006 einen Umsatz von CHF [50–60] Mio. auf dem Terminalmarkt und von insgesamt CHF [100–150] Mio. aufweist und Multipay einen solchen von CHF [100–150] Mio.<sup>462</sup>

466. Von grosser Bedeutung ist schliesslich, dass durch die Offenlegung der Schnittstelleninformationen weder die Einnahmen der Multipay noch der Card Solutions aus der DCC-Leistung gemindert werden. Der Grund liegt darin, dass die Einnahmen aus dem Gebrauch der DCC-Funktion zwischen Acquirer, DCC-Provider und Händler aufgeteilt werden (vgl. oben Rz. 465). Die Terminalanbieter erwirtschaften hingegen weder Erträge aus der Nutzung der DCC-Funktion durch den Händler, noch hat diese Funktion einen Einfluss auf den Terminalpreis. Das Argument, die Verweigerung erfolge zum Schutz der für die Innovation notwendigen Investitionen bzw. soll einen gerechtfertigten Gewinn aus der Innovation generieren, geht damit im vorliegenden Fall fehl. Die Verweigerung lässt sich daher auch nicht durch eine Beeinträchtigung der Investitions- und Innovationsanreize von Multipay/Card Solutions rechtfertigen.

#### **dd) Positive Auswirkungen auf den Innovationswettbewerb im Terminalmarkt**

467. Durch die Gewährung von Interoperabilität können Konkurrenten mit Card Solutions in einen fairen Wettbewerb treten ("Level Playing Field"), so dass die Produkteigenschaften ihrer Terminals zum Tragen kommen. Dies fördert den Innovationswettbewerb auf dem Terminalmarkt, selbst bei der Card Solutions, welche sich einem erhöhten Wettbewerbsdruck ausgesetzt sieht.

468. Die Gewährung der Interoperabilität hat weiter zur Folge, dass die Terminalprodukte der Konkurrenten der Card Solutions attraktiver werden und somit ihr Absatz steigt. Dies mindert die anteiligen Kosten von Innovationen von Dritten, da jede Innovation auf mehr verkaufte Einheiten verteilt werden kann. Dadurch werden die Investitions- und Innovationsanreize der anderen Terminalanbieter weiter erhöht.<sup>463</sup>

#### **ee) Ergebnis**

469. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im vorliegenden Fall nicht ersichtlich ist, weshalb durch die Offenlegung der Schnittstelleninformationen die Investitions- und Innovationsanreize bei Multipay/Card Solutions verloren gehen sollten. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die positiven Folgen der Offenlegung der Schnittstelleninformationen auf den Innovationswettbewerb überwiegen. Die Geschäftsverweigerung der Multipay lässt sich insofern nicht aus sachlichen Gründen rechtfertigen.

470. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme vor, Jeronimo habe gerade keine ergänzenden Produkte zur DCC-Funktion der Card Solutions anbieten wollen. Vielmehr habe Jeronimo selbst die DCC-Funktion der Card Solutions anbieten wollen. Dieser Einwand ist unzutreffend. Jeronimo wollte zu keinem Zeitpunkt als DCC-Provider auftreten und die DCC-Funktion der Card Solutions anbieten. Jeronimo hat die Offenlegung der Schnittstelleninformationen verlangt, um die Interoperabilität der eigenen Terminals mit der durch Multipay den Händlern angebotenen DCC-Funktion sicherzustellen. Dies dient entgegen der Auffassung der Parteien sowohl dem Markt wie auch den Kunden, wird doch der Innovationswettbewerb auf dem Terminalmarkt nicht mehr durch die fehlende Interoperabilität der Terminals von Drittherstellern verfälscht.

#### **B.3.3.3.5.2.4 Weitere vorgebrachte Gründe**

471. Multipay hat weiter vorgebracht, bei gewissen Händlern lohne sich der Aufwand, diese mit DCC auszurüsten und zu schulen, gar nicht. Dies kann nicht als sachlicher Grund für die Geschäftsverweigerung gelten. Diese Frage hat nämlich keinen Zusammenhang mit der Terminalfrage. Sofern Multipay tatsächlich die Auffassung vertritt, bei einem bestimmten Händler mache DCC keinen Sinn, so steht es Multipay grundsätzlich offen, diesem keinen DCC-Vertrag anzubieten. Dies gilt jedoch unabhängig davon, von welchem Hersteller das Terminal stammt.

472. Kein sachlicher Grund ist zudem darin zu erblicken, wenn Multipay geltend macht, die Card Solutions-Terminals seien technisch den Terminals der Konkurrenz überlegen und würden daher für den Händler die bessere Lösung darstellen. Es obliegt nicht Multipay zu entscheiden, welches für den Händler der beste Terminal ist. Diese Wahl kommt einzig und allein dem Händler zu.<sup>464</sup> Kommt hinzu, dass auf dem Terminalmarkt die Funktionsfähigkeit der Terminals durch die EMV- und ep2-Zertifizierung sichergestellt wird.

<sup>461</sup> Vgl. act. no 180, Beilage 6.

<sup>462</sup> Umsatz unter Ausschluss der Interchange Fees, die den Issuern weitergeleitet werden.

<sup>463</sup> KÜHN/VAN REENEN (FN 459), S. 23.

<sup>464</sup> Vgl. CLERC (FN 192), Art. 7 LCart N 277; vgl. auch Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 29 m.w.H.

### B.3.3.3.5.2.5 Vergleich mit dem Verhalten von Aduno

473. In Lehre und Rechtsprechung wird darauf hingewiesen, dass zulässiges Verhalten dann anzunehmen ist, "wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen nicht anders verhält, als auch ein Unternehmen ohne gesteigerten Markteinfluss dies in der gleichen Situation tun würde."<sup>465</sup>

474. Auch wenn der Umkehrschluss, dass unzulässiges Verhalten dann anzunehmen ist, wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen anders verhält als ein Unternehmen ohne gesteigerten Markteinfluss, nicht generelle Gültigkeit haben kann, wird im vorliegenden Fall das Fehlen von "legitimate business reasons" durch einen Vergleich mit dem Konkurrenten Aduno unterstrichen. Die Aduno hat ebenfalls im Jahr 2005 damit begonnen, in Zusammenarbeit mit FCC als DCC-Provider (vgl. oben Rz. 284), ihren Händlern die DCC-Funktion anzubieten. Im Gegensatz zur Multipay hat Aduno von Beginn weg mehreren Terminalanbietern Zugang zur DCC-Funktion gewährt und heute verfügen alle Terminalanbieter über Terminals, welche bei Aduno DCC-fähig sind. Dies obwohl Aduno denselben Anforderungen der Card Schemes (z.B. bezüglich Schulung der Händler) unterliegt wie Multipay.

475. Hinzu kommt, dass jeder Einsatz der DCC-Funktion beim Acquirer zusätzliche Einkünfte generiert (vgl. oben Rz. 465 und 466). Der Acquirer hat (wie auch der DCC-Provider) einen Anreiz auf eine möglichst starke Verbreitung von DCC hinzuwirken. Er hat daher auch ein Interesse daran, dass möglichst viele Terminals DCC-fähig sind, und zwar unabhängig vom Terminalanbieter. Die durch Multipay vorgenommene Beschränkung auf Card Solutions-Terminals erscheint aus Sicht von Multipay als Acquirer sowie von Card Solutions als DCC-Provider nicht als rationale Strategie. Das Verhalten von Multipay wird erst dann erklärbar, wenn ihre marktbeherrschende Stellung berücksichtigt wird, welche ihr über die DCC-Funktion die Möglichkeit zur Verdrängung von Konkurrenten ihrer Schwestergesellschaft Card Solutions auf dem Terminalmarkt eröffnet. Die Absicht des marktbeherrschenden Unternehmens, seine Marktmacht auf einem benachbarten Markt zu restituieren, schützen oder auszudehnen, indem Wettbewerber verdrängt oder behindert werden oder Markteintritte erschwert oder verhindert werden, kann keinesfalls als legitimate business reason gelten.<sup>466</sup>

476. In diesem Zusammenhang ist auch auf den von den Parteien in ihrer Stellungnahme angeführten Vorwurf einzugehen, der Antrag beinhalte keine sinnvoll nachvollziehbare wirtschaftliche Schädigungstheorie ("Theory of Harm"). Insbesondere führen die Parteien an, dass Multipay kein wirtschaftliches Interesse an den Terminalverkäufen der Card Solutions hätte, da sie davon in keiner Weise profitieren würde. Zudem hätte auch die Card Solutions kein Interesse an der Behinderung anderer Terminallieferanten. Vielmehr hätte sie ein Interesse, als Acquiring-Processor möglichst viele DCC-Transaktionen zu verarbeiten.

477. Zunächst ist festzuhalten, dass der Entscheid (und auch schon der Antrag) sehr wohl eine ökonomisch nachvollziehbare "theory of harm" enthält. Diese lautet

kurz zusammengefasst, dass die Multipay ihre marktbeherrschende Stellung in den Acquiringmärkten dazu verwendet hat, die Marktstellung ihrer Schwestergesellschaft Card Solutions auf dem Terminalmarkt zu stärken, indem sie die anderen Terminalanbieter beim Zugang zur DCC-Funktion behindert hat. Es handelt sich somit um eine klassische, in Literatur und Praxis anerkannte "Foreclosure"-Theorie (vgl. Rz. 299 ff.). Die Überprüfung, ob eine "Theory of Harm" widerlegt werden kann oder nicht, ist sodann Gegenstand der Untersuchung. Dabei gilt es die folgenden drei Aspekte zu berücksichtigen: (1) Besteht die *Möglichkeit* für ein anti-kompetitives Verhalten, (2) bestehen *Anreize* für ein solches Verhalten und (3) ist das Verhalten *volkswirtschaftlich schädlich*. Im Rahmen der Untersuchung wurden alle diese Aspekte sorgfältig geprüft.

478. So wurde die marktbeherrschende Stellung der Multipay auf den Acquiring-Märkten gründlich abgeklärt, welche die Grundvoraussetzung für die Möglichkeit eines missbräuchlichen Verhalten darstellt (vgl. Rz. 132 ff.).

479. Betreffend der Anreizfrage wurden vorstehend alle Argumente der Parteien ausführlich geprüft, welche eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen rechtfertigen könnten bzw. eine solche Verhaltensweise hätten rational erscheinen lassen. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang nochmals auf den unauflösbaren Widerspruch der Aussage der Parteien, dass sie keine wirtschaftlichen Anreize zu einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen hätten, mit ihrem tatsächlichen Verhalten hinzuweisen. So ist es aktenkundig, dass sich die Geschäftsleitung der Multipay und Card Solutions mehrmals kategorisch geweigert hat, im DCC-Bereich mit anderen Terminallieferanten zu kooperieren (vgl. Rz. 309 ff., insbesondere Rz. 314 sowie Rz. 428).

480. Ergänzend kann bezüglich des wirtschaftlichen Interesses der Multipay und der Card Solutions an einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen Folgendes angeführt werden: Aufgrund der überragenden Stellung der Multipay auf den Acquiring-Märkten hat der Umstand, dass die DCC-Funktion nur in Kombination mit einem Terminal der Card Solutions angeboten wurde, offenbar zu keiner Abwanderung von Händlern geführt. Isoliert betrachtet hatte somit die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen keinen negativen Einfluss auf das Geschäftsergebnis der Multipay. Dasselbe gilt für das Geschäftsergebnis der Card Solutions in ihrer Rolle als Acquiring-Processor für Multipay, da dieses – aufgrund des direkten Zusammenhangs zwischen Acquiring und Processing – eng mit dem Geschäftsergebnis der Multipay korreliert. Statisch betrachtet wirkte sich folglich das Verhalten der Multipay/Card Solutions neutral auf das Acquiring- und Processing-Geschäft aus, während die Umsätze bei den Terminalverkäufen gesteigert werden konnten. Ein wirtschaftliches Interesse an einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen kann in einer solchen Konstellation somit ohne weiteres bejaht werden.

<sup>465</sup> REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 884, E. 4.5; vgl. auch RPW 2008/4, S. 579, Rz. 175; RPW 2000/1, S. 11, Rz. 15; CLERC (FN 192), Art. 7 LCart N 87.

<sup>466</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 134.



Dynamisch betrachtet kommt zudem hinzu, dass durch die Verhaltensweise die Tendenz, alles aus einer Hand zu beziehen, verstärkt wird. In diesem Sinne äusserte sich auch Herr Fillistorf anlässlich des Hearings als er ausführte, dass die Terminalverkäufe von Card Solutions für den Acquirer Multipay den Vorteil mit sich bringen, Kenntnis von geplanten Acquirerwechseln der Händler zu erhalten (da der Terminal für einen solchen Wechsel durch Card Solutions auf den neuen Acquirer umgestellt werden muss), was Multipay die Möglichkeit eröffnet, den Wechsel allenfalls durch ein neues Acquiringangebot zu verhindern.<sup>467</sup> Generell erleichtert das beanstandete Verhalten die längerfristige Realisierung von Verbundvorteilen ("economies of scope"), was sich als Expansionshindernis für Konkurrenten auswirken kann und die Stellung der SIX insgesamt verstärkt (vgl. auch Rz. 199).

481. Schliesslich wird im Entscheid (wie schon im Antrag) auch auf die volkswirtschaftlichen Schäden der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen eingegangen. Insbesondere wurde erläutert (vgl. Rz. 347 ff.), dass von einer volkswirtschaftlich schädlichen Verhaltensweise auszugehen ist, wenn der Zugang zu Lieferquellen oder Märkten erschwert oder verunmöglicht wird. Ein möglicher Beweis für eine solche schädliche Verhaltensweise beinhaltet dann gemäss EU-Praxis nicht nur die vollständige Verdrängung von Wettbewerbern, sondern auch ein Anstieg des Marktanteils des marktbeherrschenden Unternehmens oder eine Verlangsamung seiner Marktanteilsverluste. Genau dies wurde vorliegend nachgewiesen. Auch hier kann ergänzend angeführt werden, dass die Verhaltensweise der Parteien zudem – wie der markante Anstiegs ihrer Marktanteile aufzeigt – durchaus Potenzial hatte, um längerfristig Konkurrenten aus dem Terminalmarkt zu verdrängen oder diese zumindest massiv zu behindern. Im Extremfall hätten die Parteien ihre frühere marktmächtige Stellung restituieren können, was i.d.R. mit Preiserhöhungen oder der Nichtweitergabe von Preissenkungen an die Marktgegenseite einhergeht. Der Vollständigkeit halber sei abschliessend noch darauf hingewiesen, dass auch die positiven volkswirtschaftlichen Auswirkungen der Gewährung von Interoperabilität auf den Innovationswettbewerb im Terminalmarkt oben dargelegt wurden. Umgekehrt ausgedrückt, ohne die Gewährung von Interoperabilität, wäre von einer Hemmung des Innovationswettbewerbs im Terminalmarkt auszugehen gewesen, was ein weiterer volkswirtschaftlich schädlicher Effekt des Verhaltens der Parteien aufzeigt.

#### **B.3.3.3.5.3 Ergebnis bezüglich sachlicher Rechtfertigungsgründe**

482. Es kann festgehalten werden, dass keine "legitimate business reasons" vorliegen, welche die Geschäftsverweigerung zu rechtfertigen vermögen.

#### **B.3.3.3.6 Ergebnis bezüglich Verweigerung von Geschäftsbeziehungen**

483. Aus der oben vorgenommenen, ausführlichen Analyse aller massgebenden Umstände des vorliegenden Falles ergibt sich, dass die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen durch Multipay/Card Solutions vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 als missbräuch-

lich im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist.

### **B.3.3.4 Diskriminierung von Handelspartnern**

#### **B.3.3.4.1 Allgemeines**

484. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG hält fest, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig verhält, wenn es Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminiert. Gemäss dieser Bestimmung sind marktbeherrschende Unternehmen an das Gleichbehandlungsgebot gebunden.<sup>468</sup> Eine Diskriminierung kann daher einerseits bei der Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte, aber auch bei der Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte gegeben sein.<sup>469</sup> Dies bedeutet, dass dann keine Diskriminierung vorliegt, wenn die Verhaltensweise des marktbeherrschenden Unternehmens auf sachlichen Gründen basiert (legitimate business reasons).<sup>470</sup>

485. Aus dem Gesetz geht hervor, dass der Tatbestand des Art. 7 Abs. 2. Bst. b KG erfüllt ist, wenn kumulativ (1) eine Diskriminierung vorliegt, welche (2) Handelspartner betrifft. Diese Diskriminierung muss gemäss Art. 7 Abs. 1 KG (3) andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern (Behinderungstatbestand) oder die Marktgegenseite benachteiligen (Ausbeutungstatbestand). Schliesslich darf (4) die Diskriminierung nicht durch sachliche Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt sein.<sup>471</sup>

#### **B.3.3.4.2 Diskriminierung**

486. Eine Diskriminierung kann sich aus dem Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens ergeben.<sup>472</sup> Eine *direkte Diskriminierung* liegt dann vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen ein ungleiches Verhalten auf gleichartige Sachverhalte anwendet. Diese Lagen müssen nicht identisch sein; es genügt, wenn sie äquivalent sind. Bei der *indirekten Diskriminierung* wird demgegenüber eine gleichartige Verhaltensweise auf ungleiche Situationen angewendet.<sup>473</sup>

<sup>467</sup> Vgl. act. 265.

<sup>468</sup> Vgl. REKO/WEF, in: RPW 2005/3, S. 525, E. 5.4.; RPW 2008/3, S. 399, Rz. 140 f.; BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 571 f.; CLERC (FN 192), Art. 7 LCart N 84.

<sup>469</sup> Vgl. REKO/WEF, in: RPW 2005/3, S. 525, E. 5.4.; REINERT (FN 288), Art. 7 N 15.

<sup>470</sup> Vgl. RPW 2008/4, S. 590, Rz. 224; LÜSCHER (FN 190), Rz. 94 f.; ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF/MARIO STREBEL, in: Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis Bd. IX, Basel 2005, Rz. 8.87.

<sup>471</sup> Vgl. auch AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 198.

<sup>472</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 205.

<sup>473</sup> Vgl. zum Ganzen RPW 2008/4, S. 590, Rz. 224; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 206 und 211; CLERC (FN 192), Art. 7 LCart N 165.

487. Eine Diskriminierung kann namentlich dann vorliegen, wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen weigert, mit gewissen Unternehmen Geschäftsbeziehungen einzugehen, obwohl es mit vergleichbaren Unternehmen solche unterhält. Die sogenannte *geschäftsverweigernde Diskriminierung* kann die Wettbewerbsbedingungen zwischen dem von der Geschäftsverweigerung Betroffenen und dessen Wettbewerber verfälschen, so dass dieses Verhalten unter Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG fällt.<sup>474</sup>

488. Gemäss der Praxis der Weko greift das Diskriminierungsverbot von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG auch dann, wenn das marktbeherrschende Unternehmen die zum gleichen Konzern gehörenden Gesellschaften anders behandelt als deren Konkurrenten: "Marktbeherrschende Unternehmen unterliegen der positiven Pflicht, Wettbewerber in vor- und nachgelagerten Handelsstufen gleich zu behandeln wie die zum marktbeherrschenden Unternehmen gehörenden Wirtschaftseinheiten"<sup>475</sup>. Das marktbeherrschende Unternehmen muss die Wettbewerber zu Bedingungen beliefern, die nicht ungünstiger sind als diejenigen für die eigenen Wirtschaftseinheiten.<sup>476</sup> Einschlägig ist in diesem Zusammenhang die Untersuchung "Telecom PTT/Blue Window", in welcher die Weko befand, dass die Telecom PTT durch die bevorzugte Behandlung des eigenen Internetdienstes Blue Window und durch ungenügende Information der übrigen privaten Provider Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG verletzt hat<sup>477</sup>. Zuvor hatte die Weko mittels vorsorglicher Massnahmen die Pläne der Telecom PTT unterbunden, die neue 0842-Nummer in einer Einführungsphase nur ihrem eigenen Dienst Blue Window und nicht den anderen Internet Providern anzubieten.<sup>478</sup> Auch in der europäischen Praxis und Rechtsprechung wird der Tatbestand der Diskriminierung auf Sachverhalte erfasst, bei welchen konzerninterne und externe Wirtschaftseinheiten unterschiedlich behandelt werden.<sup>479</sup>

489. Im vorliegenden Fall hat Multipay entschieden, die den Händlern angebotene DCC-Funktion nur für die ep2 POS-Terminals der eigenen Konzernschwester Card Solutions freizugeben (vgl. Rz. 314). Den Wettbewerbern von Card Solutions auf dem Terminalmarkt wurde der Zugang zu dieser Funktion verweigert, was eine geschäftsverweigernde Diskriminierung während der massgebenden Zeitperiode darstellt. Oder anders ausgedrückt: Da die Offenlegung im Dezember 2006 doch noch erfolgt ist, kann die Diskriminierung auch in der um ein Jahr und fünf Monate verspäteten Offenlegung der Schnittstelleninformationen erblickt werden. Diese Bevorzugung der eigenen Schwestergesellschaft gegenüber anderen Terminalanbietern ist als direkte Diskriminierung zu qualifizieren, befanden sich doch alle Terminalanbieter in einer gleichartigen Lage. Die Äquivalenz ergibt sich daraus, dass alle Terminalanbieter auf demselben Markt miteinander im Wettbewerb stehen und äquivalente Produkte anbieten. Die Äquivalenz der Produkte wird im vorliegenden Fall in besonderem Mass durch den ep2-Standard sichergestellt. Dieser Standard führt dazu, dass auch für den Acquirer die unterschiedlichen ep2-Terminals der verschiedenen Terminalanbieter äquivalent sind (vgl. Rz. 253 ff.). Weiter haben die anderen Terminalanbieter von Multipay ein äquivalentes Verhalten verlangt, wie es Multipay gegenüber der Card

Solutions gezeigt hat (Möglichkeit, den Multipay-Händlern Terminals anbieten zu können, welche mit der von Multipay angebotenen DCC-Funktion interoperabel sind).

490. Die Parteien bestreiten die Äquivalenz unter Hinweis auf den Umstand, dass sich die DCC-Funktion noch in einer Test- und Zertifizierungsphase befunden habe, weshalb die Einhaltung der Anforderungen der Card Schemes primär konzernintern habe sichergestellt werden müssen. Die Argumentation der Parteien, die DCC-Funktion habe sich zum Zeitpunkt der Anfragen von Jeronimo noch in einer Pilotphase befunden, wurde oben ausführlich behandelt und widerlegt (vgl. oben Rz. 422 ff.). Zudem belegt die in der Zwischenzeit auf der Grundlage der offengelegten Schnittstellen erfolgte Implementierung der durch Multipay angebotenen DCC-Funktion auf den Terminals der Wettbewerber deren Äquivalenz.

491. Die Parteien bringen zudem vor, eine Diskriminierung liege nicht vor, da sich Card Solutions als Inhaberin der Rechte an der DCC-Funktion nicht ungleich bezüglich ihrer eigenen Wettbewerber verhalten könne. Auch auf dieses Argument wurde bereits im Rahmen der Prüfung der Geschäftsverweigerung eingegangen und dargelegt, weshalb die beanstandete Verhaltensweise Multipay zuzurechnen ist (vgl. oben Rz. 325 ff.). Diese Zurechnung gilt auch im Zusammenhang mit der Qualifizierung der Verhaltensweise von Multipay unter dem Diskriminierungsstatbestand.

<sup>474</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 108; CLERC (FN 192), Art. 7 LCart N 121. Vgl. auch den Entscheid der EU-Kommission vom 2. Juni 2004 (Comp/38.096) in Sachen Clearstream, Rz. 234 ff.; bestätigt in EuG, Entscheid vom 9. September 2009 (T-301/4), Clearstream, Rz. 156, welche die nicht fristgerechte Zugangsgewährung zu primären Clearingdienstleistungen sowohl unter dem Aspekt der Geschäftsverweigerung als auch unter demjenigen der Diskriminierung geprüft und beide bejaht haben.

<sup>475</sup> RPW 2002/3, S. 446, Rz. 43.

<sup>476</sup> Vgl. RPW 2004/2, S. 439 ff., Rz. 142 ff.; RPW 2002/3, S. 446, Rz. 43; RPW 1997/2, S. 167 f., Rz. 48 ff.; ROBERTO DALLFIOR, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Eric Homburger/Bruno Schmidhauser/Franz Hoffer/Patrik Ducrey (Hrsg.), Zürich 1997, Art. 7 N 103; DUCREY (FN 105), Rz. 1535; Nicht zu folgen ist daher der Auffassung von AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 200 ff., welche Art. 7 Abs. 2 Bst b KG nur dann anwenden wollen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen auf dem betroffenen vor- oder nachgelagerten Markt nicht tätig ist bzw. Art. 7 Abs. 2 Bst b KG soll keine Anwendung finden, wenn damit eine Verdrängung von Konkurrenten beabsichtigt wird.

<sup>477</sup> RPW 1997/2, S. 161 ff., insbes. S. 167 f., Rz. 48 ff.

<sup>478</sup> Vgl. RPW 1997/1, S. 44 ff.; RPW 1997/2, S. 167, Rz. 40–42.

<sup>479</sup> Vgl. Im Fall *Deutsche Bahn (DB)* hat das EuG im Entscheid vom 21. Oktober 1997 (T-229/94, Slg. 1997 II 1689 ff.) das Vorliegen einer Verletzung von Art. 82 Abs. 2 Bst c EGV (Diskriminierung) mit folgender Schlussfolgerung (Rz. 93) bejaht: "*Nach alledem hat die Kommission ausreichende Beweise zur Stützung ihrer Beurteilung des Verhaltens der DB erbracht und rechtlich hinreichend dargetan, daß die DB durch ihr Verhalten unterschiedliche Bedingungen für gleichwertige Leistungen erzwingen und dadurch ihren Handelspartnern, die auf den Weststrecken tätig sind, einen Nachteil im Wettbewerb mit ihr selbst und ihrer Tochtergesellschaft Transfracht zugefügt hat*" (Hervorhebung hinzugefügt). Vgl. auch den entsprechende Entscheid der EU-Kommission vom 29. März 1994 in Sachen HOV SVZ/MCN, ABl. 1994 L 104/34, S. 34–57, Rz. 157 ff. Vgl. weiter den Entscheid der EU-Kommission vom 2. Juni 2004 (Comp/38.096) in Sachen Clearstream, Rz. 234 ff.; bestätigt in EuG, Entscheid vom 9. September 2009 (T-301/4), Clearstream, Rz. 156.

### B.3.3.4.3 Betroffenheit von Handelspartnern

492. Die Diskriminierung muss gegen Handelspartner gerichtet sein, die auf vor- oder nachgelagerten bzw. benachbarten Märkten tätig sind. Dabei genügt es, wenn das von der Diskriminierung betroffene Unternehmen vergebens versucht hat, mit dem marktbeherrschenden Unternehmen bezüglich der fraglichen Leistung zu einer Einigung zu kommen. M.a.W. handelt es sich nicht erst dann um einen Handelspartner, wenn ein Vertrag besteht, sondern bereits wenn über eine Geschäftsbeziehung Verhandlungen angestrebt wurden.<sup>480</sup>

493. Gemäss Lehre und der Praxis der Weko ist der Tatbestand auch dann erfüllt, wenn die Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens von der diskriminierenden Verhaltensweise betroffen sind.<sup>481</sup>

494. Im vorliegenden Fall richtet sich die Diskriminierung von Multipay gegen die Konkurrenten von Card Solutions auf dem benachbarten Terminalmarkt. Diverse Terminalanbieter, namentlich Jeronimo, haben Kontakt mit Multipay aufgenommen, um die Interoperabilität ihrer Terminals mit der von Multipay den Händlern angebotenen DCC-Funktion herstellen zu können (vgl. oben Rz. 309 ff.). Das Erfordernis der Betroffenheit von Handelspartnern bzw. Konkurrenten ist somit gegeben.

### B.3.3.4.4 Wettbewerbsbehinderung

495. Diskriminierende Praktiken eines marktbeherrschenden Unternehmens sind insofern wettbewerbsrechtlich relevant, als sie den ungünstiger behandelten Handelspartner im Wettbewerb behindern.<sup>482</sup>

496. Durch das diskriminierende Verhalten wurden die Terminalanbietern I gegenüber der Card Solutions auf dem Terminalmarkt behindert, da sie Multipay-Händlern keine DCC-fähigen Terminals anbieten konnten. Die konkreten Auswirkungen sind dieselben, welche bereits bei der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen dargestellt wurden (vgl. ausführlich zu den Auswirkungen auf dem Terminalmarkt oben Rz.355 ff.), so dass an dieser Stelle nur einige Kernpunkte wiederholt werden:

- Die Diskriminierung hatte zur Folge, dass Jeronimo und andere Terminallieferanten Händlern, welche über einen Acquiring-Vertrag mit Multipay verfügten oder einen solchen abschliessen wollten, keine DCC-fähigen Terminals anbieten konnten. Umgekehrt formuliert war einzig Card Solutions in der Lage, diesen Händlern DCC-fähige Terminals zu verkaufen. Die anderen Terminalanbieter erlitten einen Wettbewerbsbehinderung, da sie für ein bestimmtes Kundensegment (Multipay-Händler, welche an DCC interessiert sind), de facto vollständig vom Markt ausgeschlossen wurden.
- Bei der DCC-Fähigkeit handelt es sich um eine Terminaleigenschaft, welche für den Händler positive Auswirkungen zeitigt (da er an den mit dieser Funktion erwirtschafteten Erträgen beteiligt ist) und bei der Beschaffung erst noch keinen Aufpreis zur Folge hat.
- In gewissen Branchen mit zahlreicher ausländischer Kundschaft (namentlich Hotellerie, Gastronomie, Tourismus und Sport, Autovermietung, Mode, Schmuck und Uhren) ist die grosse Bedeu-

tung der DCC-Funktion unbestritten. Aber auch in anderen Branchen und bei kleineren Händlern hat die DCC-Funktion als Argument beim Terminalverkauf eine Rolle gespielt. Ein POS-Terminal wird während durchschnittlich 7–8 Jahren verwendet, so dass die DCC-Funktion beim Kaufentscheid auch für Händler von Relevanz war, welche zwar die DCC-Funktion nicht unmittelbar aufschalten wollten, sich aber eine allfällige zukünftige Inanspruchnahme dieser Funktion nicht verbauen wollten.

- Die Behinderungswirkung kann quantifiziert werden. Ausgangspunkt sind einerseits die Anzahl DCC-Verträge, welche mit Händlern in der massgebenden Zeitperiode abgeschlossen wurden, da sich bei diesen Händlern das Interesse an DCC manifestiert hat. Andererseits sind die Verkäufe von Card Solutions an Multipay-Händler in der massgebenden Zeitperiode zu berücksichtigen, da bei diesen Verkäufen die anderen Terminalhersteller nicht mit einem gleichwertigen Produkt konkurrenzieren konnten. Es wurden nachweislich [1'000–2'000] Terminals an Multipay-Händler verkauft, welche gleichzeitig einen DCC-Vertrag mit Multipay geschlossen haben. Bezüglich dieser Händler kann der Wettbewerb als beseitigt gelten. Damit ist die Wettbewerbsbehinderung erstellt. Kommt hinzu, dass bei den weiteren rund [1'500–2'500] Multipay-Händlern, die in der massgebenden Zeitperiode einen DCC-Vertrag abgeschlossen haben, aus damaliger Sicht der Wettbewerb auf dem Terminalmarkt ebenfalls ausgeschlossen war. Schliesslich kann beim Verkauf von rund [10'000–15'000] Terminals der Wettbewerb als behindert gelten.
- Die Bedeutung der Behinderungswirkung für die Konkurrenten wird ersichtlich, wenn deren Verkaufszahlen berücksichtigt werden. So entsprechen die [1000–2'000] Terminals, bei welchen der Wettbewerb während der massgebenden Zeitperiode beseitigt wurde, rund [25–35] % der Verkäufe des grössten Konkurrenten Jeronimo während desselben Zeitabschnitts.

<sup>480</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 215.

<sup>481</sup> Vgl. RPW 2008/3, S. 399, Rz. 141; RPW 2006/4, S. 656, Rz. 195 und S. 658, Rz. 210; RPW 2004/2, S. 440, Rz. 146; vgl. auch AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 217.

<sup>482</sup> Vgl. BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007), E. 11.1.1., wonach der Diskriminierungstatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst b KG den Behinderungssachverhalten zuzuordnen ist; so schon auch REKO/WEF, RPW 2005/3, S. 525 f., E.5.4.1. Insofern unscharf RPW 2008/3, S. 399, Rz. 140, welcher von "Wettbewerbsnachteilen" spricht (vgl. BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk [B-2050/2007], E. 11.1.2.). Vgl. auch EuG im Entscheid vom 21. Oktober 1997 (T-229/94, Slg. 1997 II 1689 ff.), *Deutsche Bahn*, Rz. 78 und 93; Entscheid der EU-Kommission vom 2. Juni 2004 (Comp/38.096) in Sachen Clearstream, Rz. 301; bestätigt in EuG, Entscheid vom 9. September 2009 (T-301/4), Clearstream, Rz. 156 f.

- Während die Marktanteile der Card Solutions seit dem Jahr 2001 stark erodierten und die Konkurrenten bis zum Jahr 2005 Marktanteile gewinnen konnten, ist es in der massgebenden Zeitperiode zu einer eigentlichen Trendumkehr gekommen. Die Card Solutions konnte ihren Anteil an den verkauften Terminals massiv ausbauen, während alle anderen Terminalanbieter Marktanteile verloren haben und Hauptkonkurrent Jeronimo stark zurückgebunden wurde.

497. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nachgewiesen ist, dass die diskriminierende Verhaltensweise eine Wettbewerbsbehinderung bewirkt hat.

#### **B.3.3.4.5 Sachliche Rechtfertigungsgründe**

498. Die Ungleichbehandlung durch Multipay wäre dann zulässig gewesen, wenn sie auf einem sachlichen Grund beruht hätte. Die möglichen sachlichen Gründe für die Bevorzugung der Terminals der Card Solutions sind dieselben, welche bereits im Zusammenhang mit der Rechtfertigung der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen geprüft wurden. Es handelt sich um (1) technische Gründe; (2) die Zertifizierungsanforderungen der Card Schemes bzw. die Argumentation der Parteien, die DCC-Funktion habe sich noch in einer Test- und Zertifizierungsphase befunden; und (3) der Innovations- und Investitionsschutz (vgl. oben Rz. 407 ff.). Es kann an dieser Stelle vollumfänglich auf die oben vorgenommene Analyse verwiesen werden, welche zum Ergebnis geführt hat, dass keine legitime business reasons vorliegen (vgl. oben Rz. 482). Weitere sachliche Rechtfertigungsgründe sind keine ersichtlich und wurden von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

#### **B.3.3.4.6 Ergebnis betreffend Diskriminierung von Handelspartnern**

499. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass der Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG ebenfalls erfüllt ist.

#### **B.3.3.5 Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung**

500. Gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG stellen die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen dar, welche missbräuchlich sein können. Das marktbeherrschende Unternehmen verhält sich unzulässig, wenn es künstliche Barrieren für den Markteintritt schafft, ohne dass sich diese aus einer normalen Marktentwicklung ergeben würden.<sup>483</sup>

501. Im vorliegenden Fall ist die Einschränkung der technischen Entwicklung einschlägig. Betroffen sind sämtliche Verhaltensweisen, die den Zugang zu oder die Diffusion von technologischen Ressourcen verknappt oder aufhebt. Typischerweise schränkt das marktbeherrschende Unternehmen die technische Entwicklung von Drittunternehmen ein. Zu denken ist insbesondere "an die verspätete oder unzureichende Mitteilung von technischen Daten (beispielsweise Schnittstellen) an weitere Marktteilnehmer, um wettbewerbswilligen Dritten die Teilnahme am relevanten Markt zu verunmöglichen oder zumindest erheblich zu erschweren".<sup>484</sup>

502. Durch die Verweigerung der Offenlegung der Schnittstelleninformationen (bzw. verspäteten Mitteilung derselben) verhinderten Multipay/Card Solutions bei den konkurrierenden Terminalherstellern die rasche Entwicklung von Terminals, welche bei Multipay-Händlern DCC-fähig sind. Dies hat zu einer künstlichen Verknappung des Terminal-Angebots für Multipay-Händler geführt, welche an DCC interessiert sind. Diese Händler konnten sich so nicht für den aus ihrer Sicht optimalen Terminal entscheiden, sondern mussten aus Gründen der Interoperabilität das Terminal der Card Solutions wählen. Erst nach Offenlegung der Schnittstelleninformationen konnten die anderen Terminalhersteller die allfälligen technischen Vorteile ihrer Terminals auch gegenüber Multipay-Händlern zur Geltung bringen, so dass eine echte "Competition on the Merits" entstehen konnte, bei welcher das Gewicht von Terminaleigenschaften unverfälscht zum Tragen kommt. Bis zu diesem Zeitpunkt konnten die anderen Terminalhersteller die Produkteigenschaften ihrer Terminals nur beschränkt zur Geltung bringen was geeignet ist, deren Innovationsanreize zu beeinträchtigen.<sup>485</sup>

503. Die Einschränkung der technischen Entwicklung hat nicht nur die Konkurrenten auf dem Terminalmarkt behindert (vgl. hierzu ausführlich Rz. 285 ff.), sondern gleichzeitig den Händler in seiner Auswahl beschränkt.

504. Diese Einschränkung der technischen Entwicklung ist im vorliegenden Fall missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG, da – wie bereits im Zusammenhang mit Geschäftsverweigerung nachgewiesen (vgl. oben Rz. 314 ff.) – keine sachlichen Rechtfertigungsgründe für das Verhalten von Multipay/Card Solutions bestanden.

#### **B.3.3.6 Koppelungsgeschäfte**

##### **B.3.3.6.1 Allgemeines**

505. Die Grenzen zwischen dem Tatbestand der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen und anderen missbräuchlichen Verhaltensweisen (z.B. Koppelungsgeschäften) sind in der Praxis oft fließend. M.a.W. kann ein und dieselbe Verhaltensweise mehrere der in Art. 7 Abs. 2 KG enthaltenen Tatbestände erfüllen.<sup>486</sup> Solange beispielsweise die Geschäftsverweigerung dazu benutzt wird, den Abnehmer dazu zu zwingen, die Koppelung von Gütern zu akzeptieren, hat sie den gleichen Effekt wie die Koppelungsbedingung selbst.<sup>487</sup>

<sup>483</sup> Vgl. BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 574; CLERC (FN 192), Art. 7 LCart N 246 m.w.H.

<sup>484</sup> BORER (FN 115), Art. 7 N 26. Vgl. auch BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 575; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 419 und 455 m.w.H.

<sup>485</sup> Vgl. zum Ganzen die entsprechenden Erwägungen im Entscheid der EU-Kommission vom 24. März 2004 i.S. Microsoft (COMP/C-3/37.792), Rz. 693 ff. bestätigt durch den Entscheid des EuG vom 17. September 2007 i.S. Microsoft (T-201/04), Rz. 643 ff.

<sup>486</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 107.

<sup>487</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 503; CLERC (FN 192), Art. 7 LCart N 268.

506. Koppelungsgeschäfte beeinträchtigen die Freiheit des Vertragspartners, Geschäfte nach seinem Willen abzuschliessen, und können – ohne dass dies leistungsmässig begründet wäre – die Wettbewerbssituation auf dem Markt des gekoppelten Guts zugunsten des marktbeherrschenden Unternehmens verändern.<sup>488</sup> Sie kann wie die Geschäftsverweigerung zur Verdrängung von Wettbewerbern eingesetzt werden. In der Literatur wird die Koppelung sogar primär als Verdrängungsmisbrauch qualifiziert,<sup>489</sup> wobei ein marktbeherrschendes Unternehmen durch eine Koppelung einen Verdrängungseffekt auf dem Markt des gekoppelten Gutes herbeiführt und so seine Marktmacht auf diesen benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt übertragen kann ("Leverage"-Theorie<sup>490</sup>).

507. Dem traditionellen Leverage-Argument wurde in der Ökonomie seitens der Chicago School die ‚single monopoly profit‘ Kritik entgegengehalten.<sup>491</sup> Diese gründet auf der vertikalen (resp. verbundenen) Struktur der Märkte und damit auf der Tatsache, dass es letztendlich nur ein einziges Endprodukt und deshalb auch nur eine Monopolrente gebe. Insofern habe das marktbeherrschende Unternehmen gar keine Anreize, Marktteilnehmer auf dem benachbarten Markt zu behindern, denn es werde seinen Monopolgewinn im beherrschten Markt abschöpfen. Durch Wettbewerbsbehinderungen erzielte höhere Gewinne im benachbarten Markt wirkten sich negativ auf die Gewinne des marktbeherrschenden Unternehmens im beherrschten Markt aus. Solche Wettbewerbsbehinderungen seien somit für den Monopolisten nicht vorteilhaft.<sup>492</sup> Die Chicago School Kritik gründet dabei auf sehr restriktiven Annahmen, welche in der Praxis oft nicht alle erfüllt sind.<sup>493</sup>

508. In der neueren ökonomischen Literatur werden – entgegen den Vorbringen der Chicago School – verschiedene strategische Argumente aufgezeigt, weshalb ein marktbeherrschendes Unternehmen Anreize haben kann, seine Marktmacht auf benachbarte, vor- oder nachgelagerte Märkte zu übertragen. Nachfolgend werden einige ökonomischen Argumente für ein Leveraging angesprochen, welche in Fallkonstellationen wie der Vorliegenden von Bedeutung sein können:

- (1) WHINSTON<sup>494</sup> (1990) zeigt auf, dass die Koppelung<sup>495</sup> von Gütern aus unabhängigen<sup>496</sup> Märkten dem marktbeherrschenden Unternehmen als "Commitment"-Strategie<sup>497</sup> dienen kann, um Markteintritte zu be- resp. verhindern. Gelingt es dem marktbeherrschenden Unternehmen sich zu verpflichten die beiden unabhängigen Produkte nur im "Bündel" anzubieten, kann es glaubhaft signalisieren, dass es eine sehr aggressive Preispolitik fahren würde, falls es zu einem Markteintritt kommt. Dies wiederum hemmt Markteintritte.<sup>498</sup>
- (2) CHOI/STEFANADIS<sup>499</sup> (2001) gehen von der Annahme aus, dass Markteintritte mit Risiko behaftet sind, wie z.B. in Innovationsmärkten, in denen Wettbewerb über Innovationen und F&E stattfindet. Durch die Koppelung von komplementären Produkten kann ein marktbeherrschendes Unternehmen Markteintritte insofern be- resp. verhindern, als dass ein erfolgreicher Markteintritt einen simultanen Markteintritt in beiden Märkten erfor-

dert. Dies wiederum mindert gerade bei kostspieligen und risikoreichen Markteintritten die Anreize und Möglichkeiten von potenziellen Konkurrenten in einen Markt einzutreten.

- (3) CARTON/WALDMAN<sup>500</sup> (2002) zeigen ebenfalls ein für den vorliegenden Fall relevantes Argument im Zusammenhang mit *komplementären Produkten*<sup>501</sup> auf. Angenommen ein Unternehmen profitiert von Skalen- und/oder Verbundvorteilen in der Produktion. Indem das marktbeherrschende Unternehmen sein Produkt an das Produkt eines Unternehmens in einem benachbarten Markt koppelt, kann es in diesen Markt eintretenden Unternehmen den Zugang zu einem grossen Marktvolumen verhindern und damit Kostennachteile (minimum efficient scale) für das markteintretende Unternehmen bewirken und so Markteintritte behindern.

<sup>488</sup> Vgl. ZÄCH (FN 310), Rz. 702.

<sup>489</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 524 sowie N 516 ff.; vgl. auch RPW 2008/3, 404, Rz. 195 sowie Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 47; Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S. 54.

<sup>490</sup> Vgl. MICHAEL D. WHINSTON, Tying, Foreclosure, and Exclusion, *The American Economic Review*, 1990, Vol. 80, No. 4, S. 837-859.

<sup>491</sup> "When the monopolized market supplies an input used by a downstream industry, the motivation for foreclosure cannot be the desire to extend market power, since there is a single final product and thus a single monopoly profit. It is further argued that there is a single source of monopoly profit, and that a bottleneck monopolist can already earn the entire monopoly profit without extending its market power to related segments; and so in the absence of efficiency gains, vertical integration cannot increase the profitability of the merging firms. Relatedly, it questioned the rationale for excluding downstream competitors, who by offering product diversity, cost efficiency or simply benchmarking of the internal downstream producer, can be the source of extra monopoly profits" (REY/TIROLE, 2006, S. 11).

<sup>492</sup> Vgl. hierzu PATRICK REY/JEAN TIROLE, A primer on foreclosure, in: *Handbook of Industrial Organization III*, Mark Armstrong/Rob Porter (Hrsg.), 2007, Chapter 33, (2163), auch erhältlich in einer Version aus dem Jahr 2006 unter [www.idei.fr/doc/by/tirole/primer.pdf](http://www.idei.fr/doc/by/tirole/primer.pdf) (29.11.2010), S. 11; European Advisory Group of Competition Policy (EAGCP), *An economic approach to Article 82*, 2005, S. 23 ff.

<sup>493</sup> Einen Überblick der Annahmen der Chicago School Theory geben NICHOLAS ECONOMIDES/WILLIAM N. GERBERT, Patents and Antitrust: Application to adjacent Markets, *Journal on Telecommunication & High Tech Law*, 2008, Vol. 6, S. 455-481 (S. 465, N 39).

<sup>494</sup> WHINSTON (FN 490), S. 837-59.

<sup>495</sup> Koppelung resp. "Exclusive Dealing" wird vorliegend als "Commitment" des marktbeherrschenden Unternehmens definiert, nicht mit alternativen Unternehmen im nachgelagerten (resp. benachbarten) Markt zusammen zu arbeiten.

<sup>496</sup> D.h. weder Substitute noch Komplemente.

<sup>497</sup> MOTTA (FN 442), S. 467 weist auf das "Commitment"-Problem des marktbeherrschenden Unternehmens hin.

<sup>498</sup> Das "Commitment"-Problem kann durch ein *technologisches* Tying gemindert werden. Vgl. MOTTA (FN 442), S. 483, Fn. 89.

<sup>499</sup> JAY P. CHOI/CHRISTODOULOS STEFANADIS, Tying, Investment and the Dynamic Leverage Theory, *Rand Journal of Economics*, 32, 2001, S. 52-71.

<sup>500</sup> DENNIS W. CARLTON/MICHAEL WALDMAN, The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries, *Rand Journal of Economics*, Vol. 33, No. 2, 2002, S.194-220.

<sup>501</sup> Es kann davon ausgegangen werden, dass es sich bei Acquiring und Terminals als auch bei Terminals und DCC-Dienstleistungen um komplementäre Produkte handelt.

(4) GENAKOS/KÜHN/REENEN<sup>502</sup> (2009) zeigen auf, unter welchen Umständen ein Monopolist einen Anreiz hat, seine Marktmacht durch Einschränkung der Interoperabilität auf einen benachbarten Markt mit komplementären Gütern zu übertragen. Die durch die eingeschränkte Interoperabilität geringere Wettbewerbsintensität auf dem benachbarten Markt erlaubt es dem Monopolisten, auf dem beherrschten Markt für Konsumenten mit unterschiedlichen Nachfrageelastizitäten unterschiedliche Preise zu verlangen, d.h. *Preisdiskriminierung* zu betreiben. Auf diese Weise kann der Monopolist auf dem beherrschten Markt höhere Renten abschöpfen.

509. Zusammenfassend zeigt die aktuelle ökonomische Literatur verschiedene strategische Argumente auf, welche der Chicago School Kritik des ‚single monopoly profit‘ entgegenstehen und verdeutlichen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen unter Umständen sehr wohl aus profit-maximierenden Gründen Anreize haben kann, via Leveraging seine Marktmacht auf einen benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt auszuweiten. Die entsprechenden Modelle geben einen guten Überblick über die Voraussetzungen, welche erfüllt sein müssen, damit dies der Fall ist (z.B. ein komplementärer Zusammenhang zwischen zwei Produkten, Kosten und Risiken des Markteintritts, Grössen- und Verbundvorteile in der Produktion oder ein mögliches unwiederrufbares ‚Commitment‘ via Koppelung).

510. Koppelungsgeschäfte können nicht nur zu wettbewerbsbeschränkenden Zwecken eingesetzt werden, sondern sie können auch Ursache von Effizienzgewinnen sein.<sup>503</sup> Es handelt sich insofern um Verhaltensweisen mit mehrschichtigen wettbewerblichen Konsequenzen.<sup>504</sup>

511. Die ökonomische Literatur<sup>505</sup> empfiehlt denn auch für die Analyse von Koppelungsgeschäften die Anwendung einer „Rule-of-Reason“<sup>506</sup> respektive eines wirkungsbasierten Ansatzes<sup>507</sup>, wobei sowohl die pro- als auch die anti-kompetitiven Effekte untersucht und anschliessend einander in einer Gesamtbetrachtung gegenüber gestellt werden.

### B.3.3.6.2 Missbrauchsmerkmale

512. Gestützt auf das KG werden vorliegend die Tatbestandsmerkmale des Koppelungsgeschäfts überprüft. Dabei werden die wettbewerbsschädlichen Effekte der Verhaltensweise von Multipay und Card Solutions untersucht und anschliessend wird aufgezeigt, ob und welche effizienzsteigernden Effekte diese Verhaltensweise bewirken kann. Nur wenn sich die Koppelung nicht objektiv rechtfertigen lässt, ist das vorliegende Verhalten gestützt auf Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG wettbewerbsrechtlich unzulässig.

513. Der Tatbestand der Koppelung nach Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG ist jedenfalls dann erfüllt, wenn neben der marktbeherrschenden Stellung des Anbieters auf dem Markt des koppelnden Produkts folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen:<sup>508</sup>

- (1) Das koppelnde und das gekoppelte Gut sind getrennte Güter;
- (2) der Anbieter nimmt eine Koppelung der beiden Güter vor;
- (3) die Koppelung hat einen wettbewerbsbeschränkenden Effekt;
- (4) die Koppelung lässt sich nicht objektiv rechtfertigen (legitimate business reasons).

### B.3.3.6.3 Trennung der Güter

514. Damit eine Koppelung vorliegt, müssen zwei oder mehr unterschiedliche respektive getrennte Produkte vorliegen, welche durch die Koppelung kombiniert werden. Von getrennten Produkten ist insbesondere dann auszugehen, wenn die Verbraucher, sofern sie die Wahl haben, die gekoppelten Produkte von unterschiedlichen Anbietern beziehen können. Ein weiteres Indiz für das Vorliegen getrennter Güter ist dann gegeben, wenn Unternehmen im Markt sind, welche sich auf das Angebot des gekoppelten Produkts (ohne das Koppelungsprodukt) spezialisiert haben.<sup>509</sup>

515. Bei Dienstleistungen und Produkten, die nach einer vertieften Marktanalyse verschiedenen Märkten zugeordnet werden, kann davon ausgegangen werden, dass es sich um getrennte Güter handelt.<sup>510</sup> Vorliegend handelt es sich um getrennte Produkte aus den drei unterschiedlichen Märkten Acquiring, POS-Terminals und Umrechnungsdienstleistungen, bei denen keine Notwendigkeit besteht, diese gemeinsam zu verkaufen. Auf den drei Märkten sind unterschiedliche Unternehmen tätig, und es besteht eine autonome Nachfrage für die drei Leistungen. Es gibt zwar in der Praxis eine Präferenz der Nachfrage zum Bezug aller Produkte vom gleichen Anbieter (vgl. Rz. 199 f. und 273), aber gerade die Entwicklung des Terminalmarkts infolge der ep2-Standardisierung und die damit verbundene Aufgabe proprietärer Lösungen der Acquirer belegt, dass getrennte Güter vorliegen.

### B.3.3.6.4 Geschäftsverweigernde technologische Koppelung

516. Der vorliegende Sachverhalt lässt sich als geschäftsverweigerndes Koppelungsgeschäft unter Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG subsummieren. Die Koppelung besteht darin, dass der Abnehmer (Händler) bei der Wahl einer zusätzlichen Leistung nicht frei ist. Ihm wird durch das Unternehmen, welches auf dem Markt für das koppelnde Gut marktbeherrschend ist, vorgegeben, bei wem er die zusätzlichen Leistungen zu beziehen hat.<sup>511</sup>

<sup>502</sup> CHRISTOS GENAKOS/KAI-UWE KÜHN/JOHN V. REENEN, Leveraging Monopoly Power by Limiting Interoperability: Theory and evidence from computer markets, Draft, 2009.

<sup>503</sup> Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 49.

<sup>504</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), N 506.

<sup>505</sup> Vgl. MOTTA, (FN 442), S. 467 f.

<sup>506</sup> Vgl. JEAN TIROLE, The Analysis of Tying Cases: A Primer, Competition Policy International, 1/2005, 1-25.

<sup>507</sup> AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 522.

<sup>508</sup> Vgl. RPW 2005/4, S. 610, Rz. 62; Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 47 ff.; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 524.

<sup>509</sup> Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 51.

<sup>510</sup> Vgl. RPW 2008/3, S. 404, Rz. 196; ZÄCH (FN 310), Rz. 703 ff.; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 503.

<sup>511</sup> Vgl. ZÄCH (FN 310), Rz. 710.

517. Ein Händler, welcher mit Multipay einen Acquiring Vertrag abgeschlossen hatte, konnte die DCC-Dienstleistung bei Multipay nur über ein Terminal der Card Solutions beziehen. Im vorliegenden Fall liegen insofern zwei Koppelungen vor: Erstens kann ein Händler, welcher mit Multipay einen Acquiring-Vertrag geschlossen hat, DCC nicht bei einem unabhängigen DCC-Provider beziehen, sondern muss diese Leistung von Multipay in Anspruch nehmen und zweitens war der Händler bis zur Anpassung des Verhaltens gezwungen, einen Terminal von Card Solutions zu kaufen, da die Terminals von Drittherstellern bei Multipay nicht DCC-fähig waren. Damit koppelt Multipay das Acquiring mit der Umrechnungsdienstleistung sowie mit dem Kauf des Terminals von Card Solutions. Das koppelnde Gut ist somit das Acquiring verbunden mit dem DCC-Angebot der Multipay und die gekoppelten Güter sind die ep2-zertifizierten POS-Terminals der Card Solutions.

518. Vorliegend handelt es sich hinsichtlich der Koppelungstechnik um eine sog. technologische Koppelung, welche auf einer technischen Entscheidung gründet, indem die betreffenden Güter technisch miteinander verbunden werden. "Eine technologische Koppelung besteht solange, als es den Konkurrenten nicht möglich ist, oder sie unfähig sind, kompatible Güter hervorzubringen."<sup>512</sup> Vorliegend bestand die technologische Koppelung so lange, als mit Card Solutions konkurrierende Terminalanbieter (z.B. Jernonimo, PaySys) keine mit Multipay kompatiblen DCC-fähigen Terminals entwickeln konnten.

### **B.3.3.6.5 Wettbewerbsbehinderung**

519. Ein Koppelungsgeschäft kann nur dann kartellrechtlich unzulässig sein, wenn es zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt.<sup>513</sup> Wie bereits erwähnt, stellen Koppelungspraktiken meistens eine Form des Behinderungs- resp. Verdrängungsmissbrauchs dar (vgl. oben Rz. 506 sowie ausführlich Rz. 301 ff.).

520. Eine Koppelungsstrategie kann es dem marktbeherrschenden Unternehmen ermöglichen, die Anzahl von Handelspartnern, welche mit Konkurrenten auf dem Markt für das gekoppelte Gut kontrahieren können, zu reduzieren und somit seinen Marktanteil zu erhöhen (sog. Horizontale Foreclosure<sup>514</sup>). Weiter kann ein marktbeherrschendes Unternehmen durch eine Koppelung einen Verdrängungseffekt auf dem Markt des gekoppelten Gutes herbeiführen und so seine Marktmacht auf diesen Markt übertragen ("Leverage"-Theorie<sup>515</sup>). Letzteres tritt vor allem dann auf, wenn das marktbeherrschende Unternehmen sowohl auf dem Markt des koppelnden als auch auf dem Markt des gekoppelten Gutes tätig ist.

521. Vorliegend führt das geschäftsverweigernde technologische Koppelungsgeschäft dazu, dass Multipay als marktbeherrschendes Unternehmen durch die Koppelung der Terminals sowie der Umrechnungsdienstleistung von Card Solutions an ihr eigenes Acquiring ihre Marktmacht auf diese (benachbarten) Märkte übertragen konnte. Eine solche technologische Koppelung kann Multipay als marktbeherrschendes Unternehmen insbesondere auch dazu verwenden, kompatible Lösungen der Konkurrenten zu verhindern oder zumindest zu behindern.

522. Die technologische Koppelung zwischen dem Acquiring verbunden mit der DCC-Dienstleistung der Multipay und den ep2-zertifizierten POS-Terminals der Card Solutions führt dazu, dass die Konkurrenz durch interoperable Terminals von Drittanbietern ausgeschlossen wurde. Das Koppelungsgeschäft hat insofern die gleichen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen wie die weiter vorne beschriebene Geschäftsverweigerung, nämlich die Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung der Multipay im Acquiring, um die Marktstellung der Schwestergesellschaft Card Solutions zu Lasten der Wettbewerber zu verstärken.

523. Ein Unterschied zwischen dem Koppelungsgeschäft und der Geschäftsverweigerung liegt darin, dass ersteres eine glaubwürdige Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens bedingt, sich an die Koppelung zu halten.<sup>516</sup> Dies kann dadurch erzielt werden, dass die Koppelung direkt im Produktdesign integriert wird<sup>517</sup>, z.B. wie vorliegend in Form einer speziellen technischen Spezifikation der Schnittstelle.

524. Die wettbewerbsbehindernden Effekte der Verhaltensweise von Multipay/Card Solutions wurden sodann bereits ausführlich unter dem Tatbestand der Geschäftsverweigerung der Offenlegung der Schnittstelleninformationen analysiert und quantifiziert (vgl. Rz. 281 ff.).

### **B.3.3.6.6 Sachliche Rechtfertigungsgründe**

525. Die möglichen Legitimate Business Reasons wurden bereits im Zusammenhang mit der Geschäftsverweigerung ausführlich diskutiert (vgl. Rz. 465 ff.). Es kann an dieser Stelle vollumfänglich auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen werden.

### **B.3.3.6.7 Ergebnis betreffend Koppelungsgeschäft**

526. Unter dem Tatbestand des Koppelungsgeschäft nach Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG ist das Verhalten von Multipay/Card Solutions kartellrechtlich unzulässig.

## **B.3.4 Ergebnis**

527. Es ist festzustellen, dass das Verhalten von Multipay vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 den Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 KG und zugleich mehrere der Einzeltatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG erfüllt hat, nämlich Art. 7 Abs. 2 Bst. a, b, d und e. Es wurden nicht nur Wettbewerber (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, Diskriminierung von Handelspartnern) sondern auch die Händler (Einschränkung der Wahlfreiheit durch Koppelungsgeschäfte) sowie die technische Entwicklung behindert.

<sup>512</sup> AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 499.

<sup>513</sup> Vgl. auch Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 52 ff. welches beim Tying/Bundling die Voraussetzung der "anti-competitive foreclosure in the tied/or tying market" vorsieht.

<sup>514</sup> Vgl. hierzu REY/TIROLE (FN 354), S. 49 ff.; BORER (FN 115), Art. 7 N 24 und CARLTON/WALDMAN (FN 500), S. 194-220.

<sup>515</sup> Vgl. WHINSTON, (FN 490), S. 837-859.

<sup>516</sup> Vgl. MOTTA (FN 442), S. 483: "A difference between incompatibility and tying decisions is that the former is more likely to be built in product design and is therefore unlikely to have the commitment problems."

<sup>517</sup> MOTTA (FN 442), S. 467.

## B.4 Sanktionierung

### B.4.1 Allgemeines

#### B.4.1.1 Einleitung

528. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

529. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 7 KG ist damit eine Belastung respektive Sanktionierung mit einem Betrag nach Art. 49a Abs. 1 KG. Missbräuchliche Verhaltensweisen nach Art. 7 KG unterliegen seit dem Inkrafttreten der Teilrevision des Kartellgesetzes 2003 per 1. April 2004 der direkten Sanktionierbarkeit gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG. Aufgrund des allgemeinen Prinzips des Rückwirkungsverbots ist Art. 49a KG auf Sachverhalte vor dem 1. April 2004 nicht anwendbar. Eine direkte Sanktion kann folglich nur bezüglich unzulässiger Verhaltensweisen, die nach dem 1. April 2004 ausgeübt wurden, ausgesprochen werden, während allfällige vor dem 1. April 2004 ausgeübte Wettbewerbsbeschränkungen nicht direkt sanktionierbar sind<sup>518</sup>. Im vorliegenden Fall hat die unzulässige Verhaltensweise vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 andauert. Sie ist vollumfänglich nach dem 1. April 2004 erfolgt und dementsprechend direkt sanktionierbar.

530. In zwei aktuellen Leitentscheiden hat sich das Bundesverwaltungsgericht ausführlich mit der kartellgesetzlichen Sanktionierung befasst und dabei Folgendes festgestellt:<sup>519</sup>

- Die in Art. 49a Abs. 1 KG als "Betrag" bezeichnete Sanktion kommt einer "strafrechtlichen Anklage" gleich, weshalb sie Strafcharakter im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK hat.
- Der in Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK formulierte Anspruch auf ein EMRK-konformes Gericht ist gewährleistet, wenn in einem Verfahrensgang ein Gericht entscheidet, welches mit voller Kognition ausgestattet ist. Im kartellrechtlichen Verfahren wird den Anforderungen dieser Bestimmung rechtsgenügend entsprochen, weil das Bundesverwaltungsgericht seine Kognition im Sinne der Rechtsprechung des EGMR ausübt.
- Bei der Sanktionierung ist Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK "Keine Strafe ohne Gesetz" zu beachten. Die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG entspricht angesichts ihrer inhaltlichen Offenheit für sich alleine betrachtet nicht den rechtsstaatlichen Minimalanforderungen des in Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK verankerten Legalitätsprinzips. Wird hingegen Art. 7 Abs. 1 in Verbindung mit einem der in Art. 7 Abs. 2 KG konkretisierenden Beispielatbeständen als untrennbare Einheit angewendet, so wird Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK nicht verletzt. Auch die in Art. 49a Abs. 1 KG vorgesehene Rechtsfolge ist genügend vorhersehbar und ver-

stösst – obwohl kein betragsmässig festgelegter absoluter Strafraum besteht – nicht gegen die EMRK.

531. Die vorliegende Untersuchung ist zum Ergebnis gekommen, dass Multipay gegen Art. 7 Abs. 1 in Verbindung mit jedem der folgenden Tatbeständen des Art. 7 Abs. 2 KG verstossen hat: Bst. a (Geschäftsverweigerung), Bst. b (Diskriminierung), Bst. e (Einschränkung der technischen Entwicklung) und Bst. f (Koppelungsgeschäfte). Diese Tatbestände sind – jeweils als untrennbare Einheit mit Art. 7 Abs. 1 KG angewendet – genügend konkret, um Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK zu wahren.

### B.4.2 EMRK-Konformität der Sanktionierung

#### B.4.2.1 Art. 6 EMRK

532. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme vom 16. September 2010 vor, eine Sanktionierung verletze die EMRK. Sie rügen, der Anspruch auf ein unabhängiges und gesetzmässiges Gericht gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK sei verletzt, da die Weko als nichtrichterliche Behörde eine Sanktion mit Strafcharakter ausspreche. Dies stelle einen schwerwiegenden Mangel dar, welcher auch nicht durch das Bundesverwaltungsgericht geheilt werden könne.

533. Wie bereits erwähnt, hat sich das Bundesverwaltungsgericht mit dieser Frage und der einschlägigen Rechtsprechung des EGMR in zwei aktuellen Entscheiden auseinandergesetzt und klar festgehalten, dass bei einer Sanktionierung durch die Weko in Anwendung von Art. 49a KG die Garantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht verletzt werden. Die Weko teilt bezüglich dieser Frage vollumfänglich die Meinung des Bundesverwaltungsgerichts, so dass auf die dortigen umfassenden Ausführungen verwiesen werden kann und an dieser Stelle nur noch auf einige Kernargumente eingegangen wird:

534. Art. 6 Abs. 1 EMRK wird nicht verletzt, soweit die strittige (und daher noch nicht rechtskräftige) Sanktion zumindest von einem Gericht beurteilt werden kann, das institutionell und hinsichtlich Kognition den Anforderungen an Art. 6 Abs. 1 EMRK zu genügen vermag. Dabei geht aus der Rechtsprechung des EGMR hervor, dass die einmalige gerichtliche Überprüfung mit voller Kognition nicht nur für Bagatelldelikte genügt, sondern auch im Bereich der kartellrechtlichen Sanktionen. Dies ergibt sich aus den beiden Entscheiden *Jussila gegen Finnland* sowie *Mamidakis gegen Griechenland*. Im ersten Entscheid hat der EGMR folgendes festgehalten:

<sup>518</sup> BOTSCHAFT 03 (FN 145), S. 2048.

<sup>519</sup> Vgl. zum Ganzen BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007), E. 4 und 5; BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigruppe gg. Weko i.S. Richtlinien über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. (B2977/2007), E. 8.1. ([www.bundesverwaltungsgericht.ch/20100430\\_b2977.pdf](http://www.bundesverwaltungsgericht.ch/20100430_b2977.pdf); 29.11.2010).



"There are clearly "criminal charges" of differing weight. What is more the autonomous interpretation adopted by the Convention institutions of the notion of a "criminal charge" by applying the Engel criteria have underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law, for example administrative penalties (*Öztürk v. Germany*), [...], **competition law** (*Société Stenuit v. France*, judgment of 27 February 1992, Series A, no. 232-A) [...]. Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency (see *Bendenoun and Janosevic*, § 46 and § 81 respectively, where it was found compatible with Article 6 § 1 for criminal penalties to be imposed in the first instance, by an administrative or non judicial body: a contrario, *Findlay v the United Kingdom*, ...)".<sup>520</sup>

535. Der EGMR unterscheidet demnach zwei verschiedene Arten von Straftatbeständen (mit Bezug auf den Entscheid des EGMR in Sachen *Jussila gegen Finnland* vom 23. November 2006, application no. 12547/86, Rz. 30 ff.), nämlich Sanktionen im Bereich des Kernbereichs des Strafrechts ("hard core of criminal law") und weniger weitreichende strafrechtliche Sanktionen und weist Verwaltungsanktionen des Wettbewerbsrechts der zweiten Kategorie zu.<sup>521</sup> Im Entscheid *Mamidakis gegen Griechenland* bestätigte der EGMR diese Rechtsprechung im Hinblick auf hohe Verwaltungsstrafen, indem er die Verhängung einer Verwaltungsanktion durch eine Zollbehörde (kein unabhängiges Gericht erster Instanz) in Höhe von über 3 Mio. Euro als mit den Anforderungen von Art. 6 EMRK im Einklang befunden hat.<sup>522</sup> Es ist daher festzuhalten, dass zwischen dem Kernbereich des Strafrechts, bei welchem sämtliche sog. "criminal-head guarantees" gewährleistet werden müssen, und dem erweiterten Bereich des Strafrechts (zu dem das Wettbewerbsrecht zu zählen ist), in dem die Anforderungen an die Verfahrensrechte weniger hoch anzusetzen sind und die strafrechtlichen Garantien eben nicht zur vollen Anwendung gelangen. Die institutionelle Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden in Europa ist je nach Land sehr unterschiedlich und reicht vom (häufigen) Verwaltungsmodell bis zum (eher seltenen) Gerichtsmodell. Der EGMR auferlegt sich daher bei der Überprüfung der Rechtmässigkeit der Systeme eine gewisse Zurückhaltung. Die Weko geht daher davon aus, dass die institutionelle Ausgestaltung im Bereich des Kartellgesetzes bei einer Beurteilung "in globo"<sup>523</sup> EMRK-Konform ist.

536. Schliesslich hat das Bundesverwaltungsgericht vor diesem Hintergrund bereits bestätigt, dass aufgrund der Rechtsprechung des EGMR die angeblich fehlende organisatorisch-funktionelle Unabhängigkeit der Weko gar keinen "Mangel" darstellt, welcher durch das Bundesverwaltungsgericht "geheilt" werden müsste.<sup>524</sup> Gemäss dem Bundesverwaltungsgericht ist das innerstaatliche Verfahren EMRK-konform, sofern die strittige Sanktion durch eine gerichtliche Instanz mit voller Kognition überprüft werden kann. Das Bundesverwaltungsgericht hat diesbezüglich festgehalten, dass es die Kognitionserfordernisse von Art. 6 Abs. 1 EMRK erfüllt.<sup>525</sup>

#### B.4.2.2 Art. 7 EMRK

##### B.4.2.2.1 Vorbringen der Parteien

537. Die Parteien bringen weiter vor, der Anspruch auf Voraussehbarkeit der Tatbestandsmässigkeit (Art. 7 EMRK) sei verletzt, weil aufgrund des Gesetzeswortlau-

tes, der Praxis und der Verhaltensweise der Behörde nicht erkennbar gewesen sei, dass die Verhaltensweise der Parteien als unzulässig qualifiziert werden könnte.

538. Die Parteien nehmen Bezug auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, gemäss welcher die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG angesichts ihrer inhaltlichen Offenheit für sich alleine betrachtet nicht den rechtsstaatlichen Minimalanforderungen des in Art. 7 Abs. 1 EMRK verankerten Legalitätsprinzips zu genügen vermag (vgl. oben Rz. 298). Sie führen dann weiter aus, auch für die einzelnen Tatbestände gemäss Art. 7 Abs. 2 KG gelte der Grundsatz *nulla poena sine lege*. Folglich müsse auch bei der Auslegung der Beispieltatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG ein Minimum an Vorhersehbarkeit bestehen. Dies sei gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nur dann der Fall, wenn eine reichhaltige in- und ausländische wettbewerbsrechtliche Fallpraxis bestehe. Sofern keine ausreichende Fallpraxis bestehe, sei dem Legalitätsprinzip und der Vorhersehbarkeit nicht genüge getan, es sei denn es lasse sich direkt aufgrund des Wortlauts des Gesetzes ableiten, welche Verhaltensweise als unzulässig zu erachten sei. Andernfalls sei einzig das Aussprechen einer symbolischen Strafe möglich. Entgegen der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts könne sich die Wettbewerbsbehörde jedoch im Rahmen des Aussprechens von strafrechtlichen Sanktionen nicht auf die ausländische oder allenfalls europäische Fallpraxis abstützen. Es sei ausgeschlossen, dass der Schweizer Rechtsunterworfenene aktive Kenntnis allfälliger ausländischer Entscheidungen haben müsse, um sich gesetzeskonform nach Schweizer Recht verhalten zu können.

539. In Bezug auf den vorliegenden Fall führen die Parteien aus, der Schweizer Entscheidpraxis, insbesondere zur Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, seien keine Beispiele zu entnehmen, in welchen ein Unternehmen gezwungen worden wäre, seine eigenen, urheberrechtlich geschützten Produktentwicklungen den Wettbewerbern offen zu legen, noch bevor das Produkt

<sup>520</sup> Urteil des EGMR vom 23. November 2006, *Jussila gegen Finnland*, application no. 12547/86, Rz. 43; Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>521</sup> Vgl. auch WOUTER P.J. WILS, *The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Conventions on Human Rights, World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 33, No. 1, March 2010, S. 15.

<sup>522</sup> Urteil des EGMR vom 11. April 2007, *Mamidakis gegen Griechenland*, application no. 35533/04, Rz. 30; SIMON HIRSBRUNNER/JENS WERNER, *Überholt das schweizerische Kartellgesetz das EU-Vorbild?*, in: *Jusletter* vom 20. September 2010, Rz. 6 ff. kritisiert die *Jussila*-Rechtsprechung u.a. unter Hinweis auf die geringe Höhe des dort beurteilten Strafzuschlags von rund 308 Euro ohne auf das *Mamidakis*-Urteil einzugehen; HEINEMANN (FN 270), Rz. 29 leitet demgegenüber aus dem *Mamidakis*-Urteil ab, dass die Verhängung eines hohen Bussgeldes durch eine Verwaltungsbehörde mit den Vorgaben von Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar ist, wenn der Weg zu einer umfassenden Kontrolle durch die Gerichte offen steht.

<sup>523</sup> Vgl. FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9. Aufl. 2008, 370.

<sup>524</sup> BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, *Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007)*, E. 5.6.

<sup>525</sup> BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, *Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007)*, E. 5.6.

effektiv vollständig entwickelt sei. Sämtliche bekannten Fälle im Bereich der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen würden sich erstens auf Produkte beziehen, die schon auf dem Markt als definitive Produkte verfügbar waren und zweitens betreffe keiner dieser Fälle die Frage der Notwendigkeit der Lizenzierung von Schnittstelleninformationen. Aus keiner der bisherigen Entscheidungen der Weko könne abgeleitet werden, unter welchen Umständen immaterialgüterrechtlich geschützte Schnittstelleninformationen Wettbewerbern zur Verfügung gestellt werden müssen. Selbst wenn eine entsprechende Praxis vorhanden wäre, so bestünden zudem auch keine Anhaltspunkte dafür, ob bzw. unter welchen Umständen entsprechende Schnittstelleninformationen offengelegt werden müssten noch bevor das Produkt definitiv fertig entwickelt sei.

540. Bezüglich der in Rz. 303 aufgeführten Beispiele ausländischer Entscheide zur Frage der Offenlegung von Schnittstellen bringen die Parteien vor, diese seien nicht einschlägig bezüglich der vorliegenden Situation. Der Fall AT&T betreffe eine rein telekommunikationsrechtliche Frage und stamme aus den Fünfzigerjahren. Die Verfahren der EU-Kommission in Sachen IBM und Microsoft hätten Produkte betroffen, welche bereits auf dem Markt verfügbar gewesen seien. Zudem hätten diese Fälle Konstellationen anvisiert, in welchen den Unternehmen vorgeworfen worden sei, Interoperabilität mit einem marktbeherrschenden Produkt zu verhindern. Im vorliegenden Fall bestehe jedoch keine marktbeherrschende Stellung der Card Solutions auf dem Terminalmarkt.

#### B.4.2.2.2 Bedeutung von Art. 7 EMRK

541. Art. 7 EMRK statuiert den Grundsatz, wonach Straftaten und Strafsanktionen durch Gesetz umschrieben werden müssen. Diese wesentliche Rechtsstaatsgarantie, wonach jede Strafe auf Gesetz beruhen muss, soll den Einzelnen die Grenzen seiner Freiheit erkennen und ausüben lassen. Insofern soll vermieden werden, dass eine Strafverurteilung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK auf eine Gesetzesnorm gestützt wird, die eine Person nicht zumindest hätte kennen können. Dabei variieren die Anforderungen an ein Gesetz nach verschiedenen Kriterien: Ob es hinreichend bestimmt und klar ist, hängt nach dem EGMR vom Rechtsgebiet, von der Zahl und vom Status der Adressaten ab. Insofern können technische oder relativ unbestimmte Begriffe insbesondere im Wirtschaftsrecht noch die Bestimmtheitserfordernisse erfüllen, und kann beispielsweise bei risikobehafteten Tätigkeiten von den Betroffenen erwartet werden, dass sie besondere Sorgfalt aufbringen, um die Folgen ihres Verhaltens abschätzen zu können. In diesem Zusammenhang lässt der EGMR richterliche Rechtsfortbildung in den Grenzen der Vorhersehbarkeit zu. Zu beachten ist aber, dass Art. 7 EMRK kein Verbot einer schrittweise erfolgenden Klärung der Vorschriften über die strafrechtliche Verantwortlichkeit durch richterliche Auslegung enthält. Diesbezüglich muss die Rechtsprechung aber in sich widerspruchsfrei und ihre Entwicklung mit dem Wesen des Straftatbestands vereinbar und ausreichend voraussehbar sein.<sup>526</sup>

#### B.4.2.2.3 Vorhersehbarkeit einer Bestrafung gemäss Art. 7 Abs. 1 KG

542. Den Vorbringen der Parteien ist zunächst in grundsätzlicher Hinsicht entgegenzuhalten, dass die Weko der Ansicht ist (und diese Ansicht auch im Rechtsmittelverfahren bezüglich des Publigruppe-Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vertritt), dass Art. 7 Abs. 1 KG auch für sich alleine betrachtet eine ausreichende Vorhersehbarkeit aufweist und damit als Rechtsnorm für eine strafrechtliche Verurteilung ausreicht, ohne dass eine Anklage auf einem der in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten Beispieltatbestände abgestützt werden müsste. Die Tatbestandsmerkmale des Missbrauchs und der marktbeherrschenden Stellung haben in Lehre und Rechtsprechung der EU und der Schweiz einen so hohen Grad der Konkretisierung, dass von ausreichender Bestimmtheit auszugehen ist.<sup>527</sup>

543. Kommt hinzu, dass der Gesetzgeber, um den Unternehmen ein gewisses Mass an Rechtssicherheit zu vermitteln, das Meldeverfahren gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG geschaffen hat.<sup>528</sup> Gemäss dem Gutachten RHINOW/GUROVITS vermag die Möglichkeit der Vorabmeldung die unausweichliche Normunbestimmtheit verfahrensrechtlich zu kompensieren.<sup>529</sup>

544. Im vorliegenden Fall ist die Frage der Vorhersehbarkeit einer Bestrafung allein auf der Grundlage der Generalklausel aber insofern nicht relevant, als dass die Weko sich bei der Prüfung bewusst an die Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts gehalten hat und Art. 7 Abs. 1 KG und die einschlägigen Tatbestände gemäss Art. 7 Abs. 2 KG jeweils als untrennbare Einheit angewendet hat (vgl. oben Rz. 297 f.).

#### B.4.2.2.4 Vorhersehbarkeit einer Bestrafung gemäss Art. 7 Abs. 1 KG in Verbindung mit den Tatbeständen gemäss Art. 7 Abs. 2 KG

545. Wie bereits erwähnt bringen die Parteien vor, die einzelnen Tatbestände gemäss Art. 7 Abs. 2 KG genügen nur dann, wenn eine reichhaltige in- und ausländische Fallpraxis bestehe oder wenn sich direkt aufgrund des Wortlautes ableiten lasse, ob eine Verhaltensweise als unzulässig zu erachten ist. In der Stellungnahme wird danach nur noch auf die Frage der genügenden

<sup>526</sup> Vgl. zum Ganzen BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007), E. 4.3. und BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigruppe gg. Weko i.S. Richtlinien über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. (B2977/2007), E. 8.1.4 beide mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR sowie die Literatur.

<sup>527</sup> Vgl. HEINEMANN (FN 270), Rz. 22 ff., welcher in rechtsvergleichender Sicht darauf hinweist, dass gewisse EU-Mitgliedsstaaten (Niederlande) den Missbrauchstatbestand durch keinen gesetzlichen Beispieldatensatz konkretisieren.

<sup>528</sup> BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007), E. 4.6.1.; BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigruppe gg. Weko i.S. Richtlinien über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. (B2977/2007), E. 8.1.6.

<sup>529</sup> RPW 2001/3, 592 ff. (610 ff.).

Fallpraxis eingegangen. Dabei übersehen die Parteien, dass die vom Bundesverwaltungsgericht geforderte Anwendung von Art. 7 Abs. 1 KG in Verbindung mit den Tatbeständen des Art. 7 Abs. 2 KG dazu führen kann, dass die Bestimmtheit der Gesetzesnorm bereits aufgrund des Gesetzeswortlautes als genügend erachtet

werden kann. So hat im Fall Swisscom Terminierungspreise das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich festgehalten, dass keine in- und ausländische wettbewerbsrechtliche Fallpraxis zum inkriminierten Verhalten bestehe. Das "Prüfungsschema" des Art. 7 Abs. 1 KG und Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG welches vorsieht, dass eine Marktherrscherin die Marktgegenseite ausbeutet, indem sie unangemessene Preise erzwingt, wurde durch das Bundesverwaltungsgericht als genügend bestimmt erachtet. Das Bundesverwaltungsgericht berücksichtigt dabei, dass nach der Rechtsprechung des EGMR technische oder relativ unbestimmte Begriffe im Wirtschaftsrecht die Bestimmtheitserfordernisse erfüllen können und sich die inhaltliche Unschärfe von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c KG) auch mit zahlreichen offen formulierten Normen des StGB vergleichen lässt.

546. Die Prüfungsschemata im vorliegenden Fall sind vergleichbar klar, wie dasjenige der durch das Bundesverwaltungsgericht beurteilten Erzwingung unangemessener Preise. Bei Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG behindert die Marktbeherrscherin andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs, durch „die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. die Liefer- oder Bezugssperre)“. Auch bei den weiteren in casu angewandten Tatbeständen des Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. b, e und f KG erscheint der Wortlaut im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sowie des EGMR als hinreichend bestimmt, um eine Sanktionierung zu erlauben. Die Weko vertritt die Auffassung, dass dies sogar hinsichtlich sämtlicher Beispieltatbestände des Art. 7 Abs. 2 KG der Fall ist.

547. Im Gegensatz zum Fall Swisscom Terminierungspreise kommt hinzu, dass in casu eine reichhaltige in- und ausländische Fallpraxis im Sinne des Publigroupe-Urteils besteht (vgl. vorne Rz. 303, Rz. 346 sowie gleich nachfolgend).<sup>530</sup>

548. Zunächst ist die Behauptung der Parteien, dass keine Schweizer Entscheidpraxis, bestünde unzutreffend. Es ist hierzu nämlich nicht notwendig, dass bereits ein in allen Details gleich gelagerter Fall entschieden wurde, damit die Vorhersehbarkeit gegeben ist. Entscheidend ist allein, dass die in den Tatbeständen des Art. 7 Abs. 2 KG verwendeten Begriffe, wie namentlich die "Verweigerung von Geschäftsbeziehungen", die "Diskriminierung", die "Einschränkung der technischen Entwicklung" und die Koppelungsverträge durch Gesetz, Lehre und Praxis weiter konkretisiert worden sind. Abgesehen vom Tatbestand der Einschränkung der technischen Entwicklung, mit dem sich die Schweizerischen Wettbewerbsbehörden bisher selten auseinandergesetzt haben,<sup>531</sup> besteht bezüglich der anderen in casu angewandten Tatbestände des Art. 7 Abs. 2 KG eine reichhaltige Praxis. Dies gilt gerade auch für den Tatbestand der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, für den die Parteien selber zahlreiche Entscheide in ihrer Stellungnahme zitieren.<sup>532</sup> Die Parteien führen aus, keine

dieser Fälle betreffe die Frage der Lizenzierung immaterialgüterrechtlich geschützter Schnittstelleninformationen von noch nicht fertig entwickelten Produkten, aber wie soeben dargelegt, muss nicht bereits eine Praxis in dem Sinne bestehen, dass bereits ein genau gleicher Fall entschieden wurde. Würden die Anforderungen an Präzedenzfälle derart eng verstanden, wie von den Parteien postuliert, so könnte nie eine Sanktion ausgesprochen werden, da für den ersten zu behandelnden Fall nie ein Präzedenzfall vorliegen würde. Ginge man zudem im Extremfall davon aus, dass es sich bei einem Präzedenzfall um einen völlig gleichgelagerten Fall handeln muss, wie es die Parteien zumindest implizit tun, so könnte schon gar kein Präzedenzfall entstehen, da praktisch nie völlig gleichgelagerte Fälle vorliegen. Die vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollte direkte Sanktionierbarkeit missbräuchlicher Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG würde damit in der Konsequenz wieder aufgehoben.

549. Die weitere Argumentation der Parteien, ausländische Entscheidungen dürften für die Beurteilung der Vorhersehbarkeit einer Sanktion wegen eines Verstosses gegen Art. 7 KG nicht berücksichtigt werden, widerspricht nicht nur der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts, sondern verkennt, dass sich der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung von Art. 7 KG (General Klausel und Beispielkatalog) an der entsprechenden Norm des europäischen Kartellrechts orientiert hat (heute Art. 102 AEUV, ehemals Art. 82 EGV).<sup>533</sup> Aufgrund der Anlehnung an das Kartellrecht der EU ist es sachgerecht, dass die Praxis der EU-Kommission zur Konkretisierung der schweizerischen Bestimmung des Art. 7 KG konsultiert wird.<sup>534</sup>

550. Diese Konkretisierung des Schweizer Rechts durch die Mitberücksichtigung der Praxis der EU-Kommission ist für den Rechtsunterworfenen vorhersehbar. Bereits in der Botschaft wird festgehalten, eine Orientierung am europäischen Recht haben den Vorteil, auf ein "in der Praxis erprobtes und bewährtes System zurückgreifen zu können"<sup>535</sup>, denn das europäische Recht ist gemäss

<sup>530</sup> Vgl. BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. (B2977/2007), E. 8.1.5.

<sup>531</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 401; siehe aber immerhin RPW 2002/4, S. 583 f., Rz. 77 ff. In diesem Fall wurde im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen eine Einschränkung der technischen Entwicklung für glaubhaft erachtet, als die Cablecom sich weigerte, andere Set-Top-Boxen als die eigenen auf ihrem Netz zuzulassen.

<sup>532</sup> Vgl. act. no 242, S. 35. Vgl. weiter AMSTUTZ/CARRON (FN 268), die bezüglich der Tatbestände der Geschäftsverweigerung (Art. 7 Abs. 2 Bst a KG), Diskriminierung (Art. 7 Abs. 2 Bst b KG) und der Koppelungsverträge (Art. 7 Abs. 2 Bst f KG) eine reichhaltige Schweizer Kasuistik nachweisen: Art. 7 N 75 ff., 158 ff. und 471 ff.

<sup>533</sup> BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 570; vgl. auch BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007), E. 12.3; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 9.

<sup>534</sup> In RPW 2004/2, S. 369, Rz. 60 wird festgehalten: "Eine Bezugnahme auf das europäische Wettbewerbsrecht rechtfertigt sich, da Artikel 7 KG weitgehend Artikel 82 [EGV] nachempfunden ist. Es wird denn auch anerkannt, dass Artikel 7 KG und Artikel 82 EGV nicht Gegenstand unterschiedlicher Interpretationen sein sollten"; vgl. auch CLERC, (FN 192) Art. 7 LCart N 44.

<sup>535</sup> BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 530.

der Botschaft aus dem Jahr 1994 "in den vergangenen dreissig Jahren durch Grundsatzentscheide der Europäischen Kommission und des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, aber auch durch eine Reihe von Ausführungserlassen kontinuierlich weiterentwickelt worden. Es weist heute einen hohen Grad der Konkretisierung und an inhaltlicher Kohärenz auf"<sup>536</sup>. In der Praxis der Schweizerischen Wettbewerbsbehörden zu Art. 7 KG wird denn auch oftmals Bezug auf die europäische Praxis genommen<sup>537</sup> und aus der Schweizer Standardliteratur zum Kartellrecht ist für den Rechtsunterworfenen ebenfalls ersichtlich, dass die Tatbestände des Art. 7 Abs. 1 und 2 KG auch durch ausländische Fallpraxis konkretisiert werden können.<sup>538</sup> Es ist daher überzeugend, wenn das Bundesverwaltungsgericht die ausländische, insbesondere die europäische wettbewerbsrechtliche Fallpraxis berücksichtigt bei der Klärung der Frage, ob die Tatbestände des Art. 7 KG den Anforderungen des Art. 7 Abs. 1 EMRK genügen.

551. Im konkreten Fall kommt hinzu, dass aufgrund mehrerer einschlägiger in- und ausländischer Entscheide für die Parteien vorhersehbar war, dass ihre Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG unzulässig sein kann.

552. Die Konstellation, dass ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung auf einem bestimmten Markt dazu missbraucht, um seine Konkurrenten (bzw. die Konkurrenten einer anderen Gesellschaft desselben Konzerns) auf dem benachbarten, vor- oder nachgelagerten Konkurrenten zu behindern, wurde bereits in mehreren Schweizer Verfahren untersucht.<sup>539</sup> Es besteht zur Foreclosure-Problematik auch reichhaltige ausländische Rechtsprechung sowie zahlreiche juristische und ökonomische Publikationen.<sup>540</sup>

553. Selbst bezüglich der spezifischen Fragestellung der Verweigerung von Schnittstelleninformationen besteht eine Fallpraxis. Es handelt sich dabei um eine traditionelle, seit Jahrzehnten bekannte kartellrechtliche Problematik, wie der aus den Fünfzigerjahren stammende Fall AT&T aufzeigt. Schliesslich handelt es sich entgegen der Auffassung der Parteien bei den beiden europäischen Verfahren IBM und Microsoft um Fälle, welche genau die im vorliegenden Fall relevante Frage der Offenlegung von Schnittstelleninformationen betrifft. Die Auffassung der Parteien, aus diesen Fällen lasse sich nichts ableiten, weil sie die "Interoperabilität mit einem Produkt" betreffen würden und Card Solutions nicht marktbeherrschend sei auf dem Terminalmarkt, ist nicht nachvollziehbar. Zunächst kann es nicht darauf ankommen, ob es um Interoperabilität mit einem Produkt oder einer Dienstleistung geht. Im vorliegenden Fall geht es um die Herstellung und Gewährleistung der Interoperabilität mit einer Dienstleistung (Umrechnungsdienstleistung), die vom marktbeherrschenden Unternehmen Multipay seinen Händlern angeboten wird. Wie im Fall Microsoft wurde durch die Verweigerung der Offenlegung der Schnittstelleninformationen verhindert, dass auf dem nachgelagerten bzw. benachbarten nicht beherrschten Markt Wettbewerber gleichwertige Konkurrenzprodukte anbieten konnten (vgl. oben Rz. 303). Zum Zeitpunkt des Verhaltens der Parteien hatte die EU-Kommission namentlich ihr Discussion-Paper zur Anwendung von Art. 82 EGV bekannt gegeben, welches

ebenfalls auf die Problematik der Verweigerung von Schnittstelleninformationen eingeht.<sup>541</sup>

554. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im vorliegenden Fall eine Sanktionierung nicht gegen Art. 7 Abs. 1 EMKR verstösst.

### B.4.3 Vorwerfbarkeit

555. In der Botschaft zum KG 2003 wurde in Bezug auf die Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG noch ausgeführt, dass es sich hierbei im Gegensatz zu den Strafsanktionen nach Art. 54 f. KG um Verwaltungsanktionen handle, die kein Verschulden voraussetzten.<sup>542</sup> Doch bereits die frühere Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hatte diese Sichtweise relativiert, indem sie festgehalten hat, dass eine Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden könne, sondern dass auch subjektive Elemente des Verschuldens mitzuberücksichtigen seien. Ein Verschulden liege nur dann vor, wenn der Täter wissentlich handle oder Handlungen unterlasse, die man von einer vernünftigen, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestatteten Person in einer entsprechenden Situation hätte erwarten können.<sup>543</sup>

556. Die Weko behandelte in Sachen Sanktionsverfahren Unique-Valet Parking, in welchem es um einen Verstoss gegen eine behördliche Anordnung ging (Art. 50 KG), die Thematik des Verschuldens im Rahmen eines Kapitels zur *Vorwerfbarkeit*. Dabei hat die Weko festgehalten, es müsse mindestens eine *objektive Sorgfaltspflichtverletzung* vorliegen.<sup>544</sup> Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte in der Folge die Rechtmässigkeit dieses Entscheids.<sup>545</sup>

557. Die Weko hat seither bei jedem Sanktionsentscheid gemäss Art. 49a Abs. 1 KG die Vorwerfbarkeit des Verhaltens geprüft.<sup>546</sup> Die diesbezügliche Praxis der Weko wurde durch das Bundesverwaltungsgericht im Fall "Publigroupe" bestätigt. Die Weko hatte Publigroupe vorgeworfen, es liege zumindest eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung bzw. ein Organisationsverschulden vor, wodurch die Vorwerfbarkeit begründet werde. Das Bundesverwaltungsgericht hielt fest, dass diese Sichtweise nicht zu beanstanden sei.<sup>547</sup>

<sup>536</sup> BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 529.

<sup>537</sup> Vgl. etwa RPW 2005/1, S. 98 f., Rz. 273 ff.; RPW 2004/2, S. 439 ff.; RPW 2004/2, S. 269, Rz. 60; RPW 2000/3, 488 E. 6a;

<sup>538</sup> Vgl. etwa die Kommentierung des Art. 7 KG durch AMSTUTZ/CARRON (FN 268), CLERC (FN 192) oder auch schon ROBERTO DALLAFIORI, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Zürich 1997; vgl. weiter die Ausführungen zur Behinderung und Benachteiligung durch marktbeherrschende Unternehmen in ZÄCH (FN 310), Rz. 619 ff.

<sup>539</sup> Vgl. etwa RPW 1997/2, S. 167 f., Rz. 40 ff.; 2002/4, S. 582 f., Rz. 73 ff.; 2004/1, S. 117 ff., Rz. 51 ff.

<sup>540</sup> Vgl. zum Ganzen bereits oben Rz. 300 ff. und 345 ff. mit den dortigen Hinweisen.

<sup>541</sup> Vgl. Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S. 68.

<sup>542</sup> BOTSCHAFT 03 (FN 145), S. 2034.

<sup>543</sup> Vgl. REKO/WEF, in: RPW 2002/2, S. 386 f. E. 3.3.2.

<sup>544</sup> RPW 2006/1, S. 169 ff., Rz. 197 ff.

<sup>545</sup> REKO/WEF, in: RPW 2007/4, S. 672, Rz. 4.2.6.

<sup>546</sup> Vgl. etwa RPW 2006/4, S. 660 f., Rz. 228 ff.; RPW 2007/2, S. 232 ff., Rz. 306 ff.; RPW 2008/3, S. 407 f., Rz. 223 ff.; RPW 2009/3, S. 211 f., Rz. 105 ff.

<sup>547</sup> Vgl. Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. (B2977/2007), E. 8.2.2.1.

558. Vorwerfbarkeit liegt demnach schon dann vor, wenn dem zu sanktionierenden Unternehmen der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG als objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne eines Organisationsverschuldens angelastet werden kann.<sup>548</sup> Im Kartellrecht ergeben sich die Sorgfaltspflichten in erster Linie aus dem Kartellgesetz, d.h. Unternehmen haben missbräuchliche Verhaltensweisen i.S.v. Art. 7 KG zu unterlassen. Weisen die Wettbewerbsbehörden einen Kartellrechtsverstoss nach, ist die objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Regelfall gegeben.<sup>549</sup> Dass bei Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens ein Sorgfaltsmangel des betreffenden Unternehmens i.d.R. vorliegt, ist mit dem Umstand begründet, dass das Kartellgesetz sowie die Praxis der WEKO und der Rechtsmittelbehörden bei den Unternehmen grundsätzlich als bekannt vorausgesetzt werden darf.<sup>550</sup> Entsprechend wird nur im Einzelfall kein Verschulden des Unternehmens vorliegen, wenn beispielsweise die durch einen Mitarbeiter ohne Organstellung begangenen Kartellrechtsverstösse innerhalb des Unternehmens nicht bekannt waren und dies auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.<sup>551</sup>

559. Im vorliegenden Fall ist Multipay mehr als ein blosser Organisationsmangel vorzuwerfen, sondern es ist von einem zumindest eventualvorsätzlichen Kartellrechtsverstoss auszugehen<sup>552</sup>:

560. Es wurde bereits erwähnt, dass das Kartellgesetz für Unternehmen allgemein als bekannt vorausgesetzt werden darf.<sup>553</sup> Bei Multipay ist auch tatsächliche Kenntnis des Kartellgesetzes gegeben, da Multipay bereits vor dem hier massgebenden Sachverhalt an mehreren kartellrechtlichen Verfahren beteiligt war.<sup>554</sup>

561. Im Mai 2003 hat die Telekurs Group das Visa-Acquiring-Geschäft der UBS Card Center AG erworben. Im Jahr 2004 hielt die Weko im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen fest, es sei glaubhaft, dass Multipay seit dieser Übernahme auf dem Markt für Kreditkartenaquiring über eine marktbeherrschende Stellung verfüge.<sup>555</sup> Bezüglich des Debitkartenmarktes wurden Indizien für eine marktbeherrschende Stellung festgestellt.<sup>556</sup> In der Untersuchung "Kreditkarten/Interchange Fee" wurde festgehalten, dass die hohen Marktanteile auf eine dominante Stellung der Multipay im Kreditkarten-Acquiring hindeuten.<sup>557</sup> Multipay musste sich daher zumindest bewusst sein, dass sie sich nach Einschätzung der Wettbewerbsbehörden wahrscheinlich in einer marktbeherrschenden Stellung befand, und entsprechend dafür sensibilisiert sein, dass die Missbrauchskontrolle des Art. 7 KG auf Multipay angewendet werden könnte.

562. Es geht aus den Protokollen der Geschäftsleitung von Multipay und Card Solutions hervor, dass es sich um einen bewussten strategischen Entscheid auf Ebene der Geschäftsleitung gehandelt hat, bezüglich DCC nicht mit anderen Terminalanbietern als der Card Solutions zusammenzuarbeiten (vgl. Rz. 309 ff., insbesondere Rz. 314 sowie Rz. 428). Dabei hat Jeronimo am 20. Februar 2006 sogar noch darauf hingewiesen, dass das Verhalten der Multipay unzulässig sein könnte: "*Aujourd'hui, le*

*fait que Jeronimo ne puisse toujours pas offrir la fonction DCC à ses clients TKM [=Telekurs Multipay] est clairement un acte de concurrence déloyale.*"<sup>558</sup> Im Schreiben der Van de Velden Holding B.V. vom 17. März 2006 wurde weiter ausgeführt: "*We take the position that the refusal of Telekurs Multipay SA to supply the DCC protocols to the Company constitutes an unlawful act [...] we will not hesitate to bring this matter to the attention of authorities which are competent to assess such unlawful conduct*".<sup>559</sup>

563. Schliesslich ist noch zu erwähnen, dass die kartellrechtliche Problematik der Verweigerung von Schnittstelleninformationen durch marktbeherrschende Unternehmen spätestens seit dem medienträchtigen Microsoft-Entscheid der EU-Kommission aus dem Jahr 2004 über Spezialistenkreise hinaus als bekannt gelten kann.

564. Aus dem Gesagten geht hervor, dass sich Multipay vorsätzlich dazu entschieden hat, die Konkurrenten der Card Solutions zu behindern und eine Kartellrechtsverletzung zumindest eventualvorsätzlich in Kauf genommen hat. Das Erfordernis der subjektiven Vorwerfbarkeit des Verhaltens ist damit erfüllt.

565. Die Parteien kritisieren in ihrer Stellungnahme, der Sorgfaltsmassstab der Weko führe zu einer unzulässigen, verschuldensunabhängigen Strafbarkeit. Für den Vorwurf eines eventualvorsätzlichen Handelns würden die Anhaltspunkte fehlen. Das Sekretariat habe zugestanden, dass eine Verweigerung vor Abschluss der Test- und Zertifizierungsphase zulässig sei, so dass nicht auf ein eventualvorsätzliches Verhalten geschlossen werden könne. Auch der Hinweis auf den Microsoft-Fall sei nicht hilfreich, da sich dieser massgeblich vom vorliegenden Fall unterscheiden würde.

566. Die Kritik der Parteien ist zurückzuweisen. Die Vorwerfbarkeit wurde oben in Übereinstimmung mit der durch das Bundesverwaltungsgericht geschützten ständigen Praxis der Weko geprüft und bejaht. Im Gegensatz zu anderen Fällen konnte im vorliegenden Fall zudem aufgezeigt werden, dass das Verhalten auf einem bewussten Entscheid auf Stufe der Geschäftsleitung basierte. Auf das "Zugeständnis" des Sekretariates, dass eine Verweigerung vor Abschluss der Test- und Zertifizierungsphase zulässig sei, wird ausführlich in Rz. 430 ff. eingegangen, worauf verwiesen wird. Für die Ausführungen zur "Nicht-Vergleichbarkeit" mit dem Fall Microsoft kann weiter auf die Rz. 553 verwiesen werden.

<sup>548</sup> Vgl. RPW 2009/3, S. 212, Rz. 106; RPW 2007/2, S. 234, Rz. 307 ff.

<sup>549</sup> Vgl. REINERT (FN 288), Art. 49a N. 5; TAGMANN (FN 560), S. 73.

<sup>550</sup> Vgl. RPW 2009/3, S. 212, Rz. 106; TAGMANN (FN 560), S. 73.

<sup>551</sup> Vgl. RPW 2009/3, S. 212, Rz. 106; RPW 2007/2, S. 234, Rz. 309; REINERT (FN 288), Art. 49a N. 5.

<sup>552</sup> Vgl. BVGer, in: RPW 2007/4, S. 672, E. 4.2.6.

<sup>553</sup> Vgl. RPW 2009/3, S. 212, Rz. 106 m.w.H.

<sup>554</sup> Vgl. etwa RPW 2003/1, S. 106 ff.

<sup>555</sup> RPW 2004/4, S. 1009 ff., Rz. 36 ff. (insbes. Rz. 47).

<sup>556</sup> RPW 2004/4, S. 1014, Rz. 57 ff.

<sup>557</sup> RPW 2006/1, S. 95, Rz. 243.

<sup>558</sup> Act. no 103, Beilage 19e.

<sup>559</sup> Act. no 103, Beilage 19f.

#### B.4.4 Bemessung

567. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Massgebend sind dabei die drei dem Entscheid der Weko vorangehenden Geschäftsjahre und nicht etwa die drei Geschäftsjahre vor der Untersuchungseröffnung oder vor der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens.<sup>560</sup>

568. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

##### B.4.4.1 Maximalsanktion

569. Die Obergrenze des Sanktionsrahmens und somit die Maximalsanktion liegt bei 10 % des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes. Der Unternehmensumsatz im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU<sup>561</sup> finden analoge Anwendung.

570. Bei Konzerngesellschaften sind sämtliche Umsätze der kontrollierten und kontrollierenden Unternehmen (Tochter-, Mutter-, Schwester-, und Gemeinschaftsunternehmen) in die Umsatzberechnung einzubeziehen (Art. 5 Abs. 1 Bst. a–d VKU). Der Unternehmensumsatz nach Art. 49a Abs. 1 KG bestimmt sich mithin auf Konzernebene, wobei gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze bei der Berechnung des Gesamtumsatzes nicht zu berücksichtigen sind.

571. Während der Zeitdauer der missbräuchlichen Verhaltensweise gehörte Multipay zur Telekurs Holding. Im Jahr 2007 erfolgte der Zusammenschluss der SWX Group, SIS Group und Telekurs Holding zur heutigen SIX Gruppe.<sup>562</sup> Mit der Einbindung der Telekurs Holding, einschliesslich der Tochtergesellschaft Multipay in die SIX Gruppe ist neben den Aktiven und Passiven auch die Verantwortlichkeit für Verstösse gegen das Kartellgesetz auf die SIX Gruppe übergegangen. Es ist daher zulässig, für die Berechnung der Maximalsanktion auf den Gesamtumsatz der SIX Gruppe in den letzten 3 Geschäftsjahren abzustellen.<sup>563</sup>

572. Der Gesamtumsatz der SIX Gruppe in der Schweiz betrug im Jahr 2007 CHF [800–900] Mio., im Jahr 2008 1'348 Mio. und im Jahr 2009 1'253 Mio.<sup>564</sup>

573. Der kumulierte Gesamtumsatz der SIX Gruppe für die letzten 3 Geschäftsjahre beträgt CHF [3'400–3'500] Mio. Die Maximalsanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG beläuft sich im vorliegenden Verfahren folglich auf CHF [340–350] Mio.

##### B.4.4.2 Konkrete Sanktionsberechnung

574. Nach Art. 49a Abs. 1 KG ist bei der Bemessung des konkreten Sanktionsbetrags die Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens und der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn angemessen zu berücksichtigen. Die SVKG<sup>565</sup> geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die

Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.

##### B.4.4.2.1 Basisbetrag

575. Der Basisbetrag beträgt je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten 3 Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

##### B.4.4.2.1.1 Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

576. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten 3 Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.

577. Im vorliegenden Fall wurde eine marktbeherrschende Stellung der Multipay auf diversen Acquiringmärkten festgestellt (vgl. Rz. 249). Diese marktbeherrschende Stellung wurde dadurch missbraucht, dass Konkurrenten der Schwestergesellschaft Card Solutions auf dem Terminalmarkt behindert wurden und die Wahlfreiheit der Händler auf diesem Markt eingeschränkt wurde. Von der Wettbewerbsbeschränkung betroffen ist daher der Terminalmarkt, so dass für die Berechnung der Obergrenze des Basisbetrags der Umsatz der Card Solutions auf dem Terminalmarkt massgebend ist.<sup>566</sup>

578. Die Card Solutions hat auf dem Terminalmarkt in den letzten drei Geschäftsjahren folgende Umsätze erzielt: im Jahr 2007 CHF [40–50] Mio., im Jahr 2008 CHF [40–50] Mio. und im Jahr 2009 CHF [40–50] Mio. Daraus ergibt sich einen kumulierten Umsatz für die letzten drei Geschäftsjahre von CHF [120–150] Mio. Die Obergrenze des Basisbetrages beträgt 10 % dieses Umsatzes, im vorliegenden Fall somit CHF [12–15] Mio.

<sup>560</sup> Vgl. REINERT (FN 288), Art. 49a N 10; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basel 2010, Art. 49a N 48; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Diss., Zürich 2007, S. 229.

<sup>561</sup> Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4).

<sup>562</sup> Vgl. RPW 2007/4, S. 557 ff.

<sup>563</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 24. September 2009, Erste Bank (C-125/07 P), Rz. 76 ff. und EuG, Urteil vom 14. Dezember 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich (T-259/02), Rz. 323 ff.

<sup>564</sup> Act. no 201, die Zahlen für die Jahre 2008 und 2009 sind auch aus dem Geschäftsbericht 2009 der SIX Group ersichtlich ([www.six-group.com/download/publications/annual\\_reports/2009/six\\_group\\_annual\\_report\\_2009\\_de.pdf](http://www.six-group.com/download/publications/annual_reports/2009/six_group_annual_report_2009_de.pdf); 29.11.2010). Dabei gilt es zu beachten, dass die Zahl für das Jahr 2007 deshalb wesentlich tiefer ausfällt, weil in diesem Jahr der Zusammenschluss von SWX Group, Telekurs Group und SIS Group stattgefunden hat und daher nur der Umsatz der SWX Group als Käuferin aus den Akten hervorgeht. Dies ist im vorliegenden Fall allerdings nicht problematisch, da die Obergrenze des Basisbetrags viel tiefer als die auf diese Weise berechnete Maximalsanktion ist.

<sup>565</sup> Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung; SR 251.5).

<sup>566</sup> Vgl. TAGMANN (FN 560), S. 220.

579. Im Rahmen der Stellungnahme haben die Parteien eine falsche Bussgeldberechnung geltend gemacht, da in den oben verwendeten Umsätzen auch Umsätze mit "Wartung, Projekten und Services" enthalten sind. Die Parteien bringen vor, aufgrund des Antrages stehe fest, dass die Behörde nur die Umsätze mit dem Verkauf von ep2-zertifizierten POS-Terminals als relevante erachte. Bei der Berechnung des Basisbetrags seien daher folgende Verkaufserlöse mit ep2-zertifizierten Terminals zu berücksichtigen: im Jahr 2007 CHF [20–30] Mio., im Jahr 2008 [20–30] Mio. und im Jahr 2009 CHF [20–30] Mio. Dies ergebe einen Gesamtumsatz von CHF [60–90] Mio. für die letzten drei Geschäftsjahre. Die Obergrenze des Basisbetrags würde in diesem Fall CHF [6–9] Mio. betragen.

580. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass im vorliegenden Entscheid ein Markt für ep2-zertifizierte POS-Terminals abgegrenzt wurde. Eine Einschränkung auf den Verkauf solcher Terminals findet sich an keiner Stelle. Trotzdem ist den Parteien zugutezuhalten, dass ihr Einwand eine gewisse Berechtigung hat. Die Frage, welche in diesem Zusammenhang zu klären ist, besteht darin, ob für den Bereich "Wartung, Projekte und Services" ein eigener relevanter Markt abgegrenzt werden kann, ein sogenannter "Aftermarket" (auch "Secondary Market" bzw. "Sekundärmarkt").<sup>567</sup> Solche Aftermarkets beinhalten generell komplementäre Produkte oder Dienstleistungen, welche im Anschluss an den Kauf eines Primärproduktes nachgefragt werden. Als Standardbeispiele können Ersatzteile für langlebige Konsumgüter oder auch Software-Updates im IT-Produkte angeführt werden. Typischerweise sind Aftermarkets in Fällen zu finden, in denen das Sekundärprodukt nur in Verbindung mit einem spezifischen Primärprodukt verwendet werden kann, obwohl für das Primärprodukt Substitutionsmöglichkeiten vorhanden sind.

581. Zum heutigen Zeitpunkt stellt sich die Situation so dar, dass bei der Card Solutions die sekundären Dienstleistungen in "Servicepakete für Zahlkartenterminals" integriert sind.<sup>568</sup> Dabei hat der Kunde die Wahl zwischen zwei Servicepaketen für die Aktivierung des Terminals, eines mit und eines ohne Installation und Inbetriebnahme vor Ort. Für den Terminalbetrieb werden vier unterschiedliche Servicepakete angeboten. Das einfachste Servicepaket umfasst die Elemente Systembetrieb, Grathotline, Transaktionsjournal, Software-Aktualisierung und Sicherheitsspeicher. Bei den weiteren Servicepaketen kommen die Störungsbeseitigung per Post bzw. vor Ort, jährliche Inspektion und Wartung vor Ort sowie eine "Vollkasko" (Reparatur oder Ersatz defekter Geräte unabhängig von der Ursache) dazu. Aus dem Terminalkaufvertrag der Card Solutions geht hervor, dass die Servicepakete obligatorisch sind. Ziff. 3 der AGB für den Kaufvertrag lautet:

582. "Um die Inbetriebnahme sowie die Aufrechterhaltung des Betriebs eines Geräts sicherzustellen, hat der Vertragspartner zwingend die entsprechenden Servicepakete auszuwählen. Ohne vereinbarte Servicepakete kann das entsprechende Gerät nicht in Betrieb genommen werden bzw. wird ausser Betrieb gesetzt. Eine Wiederinbetriebnahme ist nur möglich, sofern die erforderlichen Servicepakete vereinbart sind. Servicepakete für die Inbetriebnahme von Geräten werden im Kaufver-

trag vom Vertragspartner bestimmt. Die Leistungen der Servicepakete sind nachfolgend beschrieben (Ziffer 4.1 bis 4.5). Servicepakete für die Aufrechterhaltung des Betriebs sind Bestandteil eines separaten Servicevertrags."<sup>569</sup>

583. Im entsprechenden Servicevertrag der Card Solutions wird festgehalten: "Für die Aufrechterhaltung des Betriebs eines jeden Terminals ist ein Servicevertrag zwingend notwendig. Ohne laufenden Servicevertrag wird das betroffene Terminal ausser Betrieb gesetzt."<sup>570</sup> Heute besteht somit eine Pflicht für den Käufer eines Terminals, auch die Servicepakete der Card Solutions zu beziehen. Die Pakete für die Inbetriebnahme des Terminals sind sogar Bestandteil des eigentlichen Kaufvertrages. Der Konnex zwischen dem Terminal und den damit verbundenen Dienstleistungen erscheint damit als derart ausgeprägt, dass es sehr fraglich erscheint, ob zum heutigen Zeitpunkt von einem eigenständigen Markt für Servicedienstleistungen ausgegangen werden könnte. Es scheint eher ein sog. "Systemmarkt" vorzuliegen, d.h. ein Markt für ein zusammengesetztes Produkt bestehend aus ep2-POS-Terminals und den damit verbundenen Servicedienstleistungen.<sup>571</sup>

584. Während der massgeblichen Periode in den Jahren 2005 und 2006 haben die Terminalkaufverträge noch keine obligatorischen Servicepakete vorgesehen. Die Parteien machen geltend<sup>572</sup>, nur eine geringe Anzahl Händler schliesse gleichzeitig mit dem Terminalvertrag auch einen Wartungsvertrag ab (2007: [20–30] %; 2008: [10–20] %; 2009: [10–20] %). Zudem seien verschiedene Drittfirmen auf dem Markt tätig, welche auf die Erbringung von Wartungsdienstleistungen spezialisiert seien. Als Beispiele werden die Firma ITRIS Maintenance GmbH, welche die Wartungsdienstleistungen für sämtliche Migros-Filialen erbringe, IBM und uniQservice erwähnt, welche Wartungsdienstleistungen markenübergreifend anbieten würden.<sup>573</sup> In der Eingabe vom 11. November 2010 verlangen die Parteien, sofern die Umsätze mit den Servicedienstleistungen berücksichtigt werden sollen, müssten weitere Sachverhaltsabklärungen erfolgen.

<sup>567</sup> Vgl. ausführlich Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S. 68 ff.; vgl. auch REINERT/BLOCH (FN 268), Art. 4 Abs. 2 N 176.

<sup>568</sup> Vgl. zu den nachfolgenden Ausführungen die „Servicebroschüre“ der Card Solutions, [www.six-card-solutions.com/DE/Downloadcenter/W0130\\_Servicepakete%20Zahlterminals%20\(2\).pdf](http://www.six-card-solutions.com/DE/Downloadcenter/W0130_Servicepakete%20Zahlterminals%20(2).pdf) (29.11.2010) sowie die Informationen auf der Website der Card Solutions zu ihren Services und Dienstleistungen.

<sup>569</sup> Vgl. Kaufvertrag inkl. AGB der Card Solutions unter [www.six-card-solutions.com/DE/Downloadcenter/W0134\\_Kaufvertrag\\_int.pdf](http://www.six-card-solutions.com/DE/Downloadcenter/W0134_Kaufvertrag_int.pdf) (29.11.2010).

<sup>570</sup> Vgl. Servicevertrag inkl. AGB der Card Solutions unter [www.six-card-solutions.com/DE/Downloadcenter/W0140\\_Servicevertrag\\_int.pdf](http://www.six-card-solutions.com/DE/Downloadcenter/W0140_Servicevertrag_int.pdf) (vgl. insbesondere auch Ziff. 2 der AGB; 29.11.2010).

<sup>571</sup> Vgl. RPW 1999/2, S. 251 ff., Rz. 26 ff.; REKO/WEF, in: 2000/4, S. 737 E. 5.3; RPW 2003/4, S. 735 ff., Rz. 15 ff.; vgl. auch REINERT/BLOCH (FN 268), Art. 4 Abs. 2 N 175 ff.

<sup>572</sup> Vgl. act. no 250.

<sup>573</sup> Beispielsweise die Firma uniQservice AG, [www.uniqservice.ch](http://www.uniqservice.ch) (29.11.2010).

585. Entgegen der Auffassung der Parteien hat gerade das Hearing die noch offenen Fragen zu dieser Frage ausgeräumt. Es ist vorab festzuhalten, dass gewisse Services auch in den Jahren 2005 und 2006 nur durch den Terminallieferanten erbracht werden konnten, so dass die dazugehörigen Umsätze bei der Berechnung einzubeziehen sind. Es sind dies beispielsweise die Umsätze welche mit der Inbetriebnahme des Terminals verbunden sind (CHF 50.- bei einer Zustellung des Terminals per Post und eigenständiger Inbetriebnahme bzw. CHF 280.- bei einer Inbetriebnahme und Produktschulung vor Ort durch die Card Solutions) oder die durch die Inanspruchnahme der Hotline-Dienste, welche den "Vertragspartner in der Gerätebedienung sowie bei technischen Abklärungen von Störungen und deren Behebung" unterstützt<sup>574</sup> (CHF 90.-/Jahr).<sup>575</sup>

586. Diese Services finden sich auch direkt im Terminalkaufvertrag von Card Solutions in der von den Parteien eingereichten Version 06/2005.<sup>576</sup> In den AGB zu diesem Vertrag wird in Ziff. 9 festgehalten, dass ansonsten bei der Hotline erhöhte Gebühren anfallen.<sup>577</sup> Der Terminalkaufvertrag sieht auch vor, dass der Käufer mit seiner Unterschrift bestätigt, "die allgemeinen Vertragsbedingungen für Terminalkäufe und Terminal-Wartungsdienstleistungen erhalten und gelesen zu haben sowie damit einverstanden zu sein." Umgekehrt findet sich in den allgemeinen Vertragsbedingungen für Terminal-Wartungsdienstleistungen die Ziff. 2, welche festhält: "Die Preise für Hotline- und Wartungsdienstleistungen sind im Kaufvertrag geregelt".<sup>578</sup> Diese Elemente zeigen auf, dass bereits in den Jahren 2005 und 2006 ein starker Konnex zwischen Terminalkauf und den damit verbundenen Dienstleistungen bestand.

587. Dem Argument der Parteien, nur eine Minderheit der Kunden habe einen Wartungsvertrag abgeschlossen (Wartung vor Ort: Montag–Sonntag, innert 48 Stunden; Wartung im Postversand: Rücksendung innert 48 Stunden nach Eingang des Pakets), kann entgegen gehalten werden, dass die Umsätze mit Wartungsdienstleistungen keinen Wartungsvertrag bedingen. Verzichtete ein Händler auf den gleichzeitigen Abschluss eines Wartungsvertrages, so wurden ihm "Reparaturen im Postversand oder Einsätze vor Ort wie Behebung von Störungen, Nachschulungen oder Installationsprüfungen [...] nach Aufwand gemäss der jeweils gültigen Preisliste in Rechnung gestellt". Auch diese Umsätze von Card Solutions sind direkt mit den verkauften Terminals verbunden.

588. Die Parteien bringen weiter vor, dass die Wartungsdienstleistungen auch durch unabhängige Dritte (ITRIS, uniQservice) erbracht würden. Die Anhörungen haben jedoch aufgezeigt, dass grundsätzlich jeder Terminallieferant diese Dienstleistungen für seine Terminals (und nur für seine Terminals) erbringt.

- Auszug aus der Anhörung von Herrn Fillistorf:

**Präsident Weko:** SIX nous indique qu'il y a un marché un peu distinct de la vente de terminaux: ce sont les services liés à ces terminaux. On parle de "Wartung", le "suivi" et d'autres services voire même des projets de développement j'imagine avec des grands clients. Comment est-ce que vous appréciez cela? Est-ce que vous voyez un lien entre les terminaux et ce service? Est-ce que vous voyez un lien entre les terminaux et ce service? Est-ce qu'on peut dissocier les deux? Quelle est votre appréciation?

Jeronimo vend son terminal, ensuite il y a un service à faire s'il tombe en panne, il faut remplacer le terminal, enfin il y a différents services d'entretien largement à fournir. Est-ce que vous voyez un lien entre la vente du terminal et ces différents services qui sont fournis? Est-ce que vous les dissociez?

**Fillistorf:** Non, en ce sens qu'à mon avis c'est complètement lié. Dans le sens où la vie du terminal ne peut pas avoir lieu correctement s'il n'y a pas un suivi régulier. Il faut, par exemple, mettre à jour le logiciel de terminal régulièrement pour des nouvelles versions des P2 ou des corrections etc. On doit être capable d'intervenir soit à distance soit physiquement sur le terminal. Les commerçants, aujourd'hui, ont des exigences très élevées en terme de service de ces terminaux. Le terminal est presque plus important que la caisse enregistreuse. Si la caisse enregistreuse tombe en panne pendant deux heures ou pendant une journée, ils ont souvent un bloc, ils peuvent faire des factures – je parle de petits commerces – et ils vont pouvoir s'en sortir. S'il le terminal tombe en panne, c'est toute une partie des transactions qu'ils ne peuvent plus accepter. Et donc la pression sur le fournisseur de terminal est élevée pour que les temps de réaction soient très courts, que le terminal redémarre correctement très rapidement. Il y a 10 ans ou 15 ans, le commerçant envoyait volontiers son terminal par Poste, il attendait quelques jours, le temps qu'on le lui renvoie, il vivait quelques jours sans terminal. Aujourd'hui c'est plus du tout accepté. Il n'est plus possible...

Le niveau d'exigence est élevé comme le niveau de service. On a des Host qui gèrent les terminaux et les transactions sur ces terminaux. On doit être capable en tout temps de réagir, de mettre à jour etc... Donc c'est intimement lié.

**Präsident:** Vous, Jeronimo vend des terminaux et offre ces services?

**Fillistorf:** Absolument

**Präsident:** Vous avez des concurrents spécifiques pour ces services que vous offrez pour vos propres terminaux?

**Fillistorf:** Chaque fournisseur de terminal offre ce service pour ses terminaux.

**Präsident:** Vous, si vous vendez 10'000 terminaux Jeronimo sur quel pourcentage vous allez assurer le service? 10000? 8000? 5000 seulement?

**Fillistorf:** Sur le 100 % des terminaux

**Präsident:** 100 %. Ca c'est quelque chose qui est usuel sur le marché? ou est-ce spécifique à Jeronimo?

**Fillistorf:** C'est usuel. Il y a des discussions pour qu'un acteur puisse s'occuper de faire la maintenance pour plusieurs terminaux, mais à ma connaissance c'est pas quelque chose qui a pris de l'ampleur. Parfois, à Zermatt ou dans certaines stations, certains endroits dans les Grisons qui pour nous étaient difficiles d'accès, on a des gens sur place qui peuvent être des acteurs locaux, un électricien etc...qui peuvent faire les premiers secours sur le terminal et qui a ensuite une certaine habitude pour débloquer les situations pour nous éviter d'intervenir trop loin. C'est pas la gestion complète d'un parc de terminaux. C'est intimement lié au terminal, parce qu'il y a des spécificités qui sont liées au hardware et au software qui a été développé.

<sup>574</sup> Beschreibung der Dienstleistung auf der Homepage von Card Solutions in der Version vom 31. Dezember 2005 (<http://web.archive.org/web/20051214080457/www.telekurs-card-solutions.com/services.asp>; 29.11.2010).

<sup>575</sup> Vgl. Preisliste von Card Solutions in der Version vom 1. August 2005, [http://web.archive.org/web/20051231205033/www.telekurs-card-solutions.com/download/pricelist\\_terminal\\_de.pdf](http://web.archive.org/web/20051231205033/www.telekurs-card-solutions.com/download/pricelist_terminal_de.pdf) (29.11.2010).

<sup>576</sup> Act. no 250, Beilage 1.

<sup>577</sup> Act. no 250, Beilage 2.

<sup>578</sup> Act. no 250, Beilage 4.



- Auszug aus der Anhörung der Parteien:

**Präsident:** Ist diese Dienstleistung [Wartungsdienstleistung] nicht eine unmittelbare Folge des Terminalverkaufs? Man kauft doch das Terminal und dann kommt die Dienstleistung?

**Vertreter Card Solutions (VCS):** Wenn Sie davon ausgehen würden, dass das alles Wartungsarbeiten/Wartungsverträge sind, dann ja. Also wenn ich ein Terminal kaufe und dann auch gleichzeitig einen Wartungsvertrag abschliessen würde. Dem ist aber nicht so. Sondern es ist so, dass sehr viele sagen: Das Terminal ist so stabil, da brauche ich gar keinen Wartungsvertrag. Sie sagen: Ich bezahle die Reparatur. Darin sind die Reparaturen, die wir für die Händler ausführen und dann geben wir das Terminal wieder zurück. Da drin sind auch die Installationsarbeiten. Wir nehmen beim Händler die Installation des Terminals vor. Deshalb ist die Wartung ein Teil. Wir haben Abklärungen gemacht. Das sind etwa [15–25] %, die direkt mit dem Terminal verbunden werden.

[...]: [...]

**Präsident:** Card Solutions erbringt diese Dienstleistungen?

**VCS:** Auch.

**Präsident:** Machen Sie das nur für Ihre Terminals?

**VCS:** Ja.

**Präsident:** Oder auch für andere?

**VCS:** Nein, nur für unsere. Die anderen machen es für unsere und auch andere Terminals.

**Präsident:** Aber Sie machen das nur für Ihre Terminals?

**VCS:** Ja, sonst wäre es zu viel Aufwand für uns.

**Präsident:** Wieso ist das?

**VCS:** Dann müssten wir alle andere Terminals kennen. Wir sind kein Wartungsunternehmen, wir sind Terminalverkäufer.

**VCS:** Es sind spezialisierte Unternehmen, die nichts anderes oder die sich primär darauf ausrichten, diese Maschinen zu warten. Itris oder uniQservice. Itris z.B. übernimmt sämtliche Migros-Filialen und sorgt für die Wartung dieser Geräte, obwohl Apparate von SIX Card Solutions drin stehen.

**Präsident:** Warum kennen dann diese Unternehmen Ihre Terminals?

**VCS:** Weil wir auch Terminals kaufen. Wir produzieren ja nicht selber. Z.B. kaufen wir von Atos. Wenn es ein Softwarefehler ist, dann kommt das Gerät sowieso zu uns. Dann muss das Terminal auch nicht getauscht werden. Wir machen dann die Erneuerung der Software sofort.

**Präsident:** Das machen Sie selbst?

**VCS:** Ja.

**CEO Card Solutions:** Für Software haben wir auch keine Wartungsverträge. Wir haben nur Wartungsverträge für Hardware. Software müssen wir selber erledigen. Wir liefern Software aus, die funktioniert. Wir können dann nicht einen Wartungsvertrag machen und sagen: Wenn Ihr Fehler anbaut, dann könntet Ihr nochmals bezahlen. Software wird bei uns immer ohne Wartungsvertrag gemacht.

[...]: [...]

**CEO Card Solutions:** Es kommt dann noch etwas dazu: **Die grossen Kunden**, Herr Mamane hat das z.B. bei Itris für Migros erklärt, diese wollen einen Support aus einer Hand. Nicht nur für die Terminals, sondern auch für die Kassen, Wagen, Infrastruktur usw. Das sind spezialisierte Firmen. Das wollen wir nicht und können wir nicht. Unsere Installateure oder unsere Techniker, sie gehen zum Installieren, wenn das ge-

wünscht wird und wenn es einen Wartungsvertrag gibt, dann gehen sie auch das Terminal abholen. Heute kann man die Terminals nicht mehr reparieren, weil sie aus Sicherheitsgründen sozusagen selbstzerstörerisch sind. Wir müssen sie immer an den Hersteller einschicken. Das kann man gar nicht mehr reparieren. Sobald irgendetwas passiert, verlieren die Terminals die Schlüssel und sind unbrauchbar, damit kein Betrug gemacht werden kann. Das kann nur der Hersteller wiederherstellen.

**Präsident:** Was können die anderen Anbieter machen? Die echte Wartung können sie bei [15–25] % der Geräte nicht machen und Software auch nicht. Was können sie dann sonst eigentlich machen?

**VCS:** Wichtig ist, dass sie einen Wartungsvertrag haben. Dort steht, in welcher Zeit das Terminal ersetzt wird. Das ist das Thema. Sie wollen ja am Checkout bezahlen können. Sonst ist die Kasseninfrastruktur nicht mehr oder nur beschränkt mit Bargeld verfügbar. Es geht also darum, wie schnell man ein neues Terminal bekommt und es wird ein Austausch gemacht und man nimmt das Terminal zurück und es wird geschaut, woran das Problem liegt. Das ist das, was der Wartungspartner macht. Wenn es ein Hardware-Problem ist, dann muss das Terminal zurückgeschickt werden.

**Präsident:** Was ist die eigentliche Leistung?

**VCS:** Die eigentliche Leistung ist, das Terminal rechtzeitig zu ersetzen.

589. Aus der Anhörung geht einerseits hervor, dass Card Solutions keine Umsätze mit Dienstleistungen für andere Terminals erwirtschaftet. Andererseits wird ersichtlich, dass die durch die Parteien genannten angeblichen Konkurrenten nur in der Lage sind, ein nicht mehr funktionsfähiges Terminal durch ein anderes Terminal ersetzen. Sie können es weder im Bereich Hardware ("Selbsterstörung") reparieren noch bezüglich der Software irgendwelche materielle Wartungsdienstleistungen zu erbringen. Es erscheint daher nicht gerechtfertigt, aufgrund dieser singulären logistischen Dienstleistung einen eigenständigen Aftermarket abzugrenzen.

590. Selbst wenn entgegen den obigen Ausführungen von einem eigenständigen Aftermarket ausgegangen würde, so würde daraus nicht folgen, dass die entsprechenden Umsätze der Card Solutions bei der Sanktionierung nicht zu berücksichtigen wären. Es wäre vielmehr so, dass ein solcher Markt als ebenfalls von der Behinderung betroffener relevanter Markt betrachtet werden müsste. Da grundsätzlich jeder Terminalhersteller diese Dienstleistungen für seine eigenen Terminals erbringt, gehen ihm mit jedem Terminal, welches an einen anderen Terminalanbieter verkauft werden, Umsätze aus den mit diesem Terminal verbundenen Dienstleistungen verloren. Daraus folgt, dass eine Behinderung beim Terminalverkauf auch eine Behinderung auf dem Aftermarket zur Folge hat. Dies lässt sich beispielsweise mit einer internen Präsentation von Multipay vom 13. Juli 2006 belegen, welche den Verkauf von Card Solutions Terminals inklusive DCC durch Agenturen (insbesondere Jeronimo) zum Gegenstand hatte.<sup>579</sup> In dieser Präsentation hielt Multipay fest, dass ein Verkauf von Card

<sup>579</sup> Act. no 103, Beilage 20m.

Solutions-Terminals für Jeronimo nur dann interessant sei, wenn die Ausfälle bei den Wartungserträgen kompensiert werden könnten. Dabei hatte Multipay konkrete Berechnungen angestellt, welcher Ertragsausfall bei Jeronimo zu erwarten wäre. Diese Berechnung zeigt eine klare Zuweisung der Wartungserträge zu den verkauften Terminals auf und macht deutlich, dass die Terminalhersteller diese Erträge fest einkalkulieren.

591. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass für die Sanktionsberechnung von einer Obergrenze des Basisbetrags von CHF [12–15] Mio. ausgegangen wird.

#### **B.4.4.2.1.2 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses**

592. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen.<sup>580</sup> Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist.

593. Die Erläuterungen zur SVKG halten fest, dass sich der Basisbetrag bei schweren Verstössen gegen das KG, insbesondere bei marktumfassenden Abreden nach den Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie bei Missbräuchen von marktbeherrschenden Unternehmen regelmässig im oberen Drittel des Rahmens bewegen soll. Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Vorgehensweise im Zusammenhang mit den Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, die den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt (weitgehend) beseitigen, bestätigt, hingegen bezüglich Art. 7 KG darauf hingewiesen, dass bezüglich der Behinderungs- und Ausbeutungstatbestände die gesamte Bandbreite von 0–10 % des Umsatzes zur Disposition steht, um den konkreten Umständen des Einzelfalles gerecht zu werden.<sup>581</sup>

594. Im vorliegenden Fall handelt es sich von der Art her nicht um einen leichten Verstoss gegen das Kartellgesetz. Es ist vielmehr ein Musterfall von "Leverage", indem die Multipay ihre marktbeherrschende Stellung dazu genutzt hat, den Terminals ihrer Schwestergesellschaft Card Solutions einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Von der Behinderung war auch nicht nur ein einziger, sondern alle Konkurrenten der Card Solutions betroffen. Dabei hat es sich um einen bewussten und strategischen Entscheid von Multipay/Card Solutions gehandelt. Schliesslich ist die Behinderung in einer besonders wichtigen Marktphase erfolgt, so dass sie ganz erhebliche Folgen für die Wettbewerber der Card Solutions gezeitigt und die Marktentwicklung massgeblich beeinflusst hat. Gleichzeitig wurde auch die Wahlfreiheit der Multipay-Händler eingeschränkt und die technische Entwicklung auf dem Terminalmarkt gebremst. Eine Sanktion im unteren Drittel der Bandbreite von 0–10 % ist ausgeschlossen.

595. Die Verhaltensweise von Multipay hat jedoch nicht dazu geführt, dass die Terminals von Konkurrenten der Card Solutions für Multipay-Händler generell ausgeschlossen waren. Ein gewisser Restwettbewerb bezüglich Multipay-Händlern, welche nicht an der DCC-Funktion interessiert waren, blieb bestehen. Da die Behinderung nach einem Jahr und 5 Monaten aufgegeben wurde, hat sie zu keinen Marktaustritten auf dem Terminalmarkt geführt. Eine Ansiedlung der Sanktion im o-

ren Drittel der Bandbreite von 0–10 % erscheint daher nicht angezeigt.

596. Unter Berücksichtigung der oben genannten Elemente sowie in einer Gesamtbetrachtung aller Umstände des konkreten Einzelfalles, wird der vorliegende Kartellrechtsverstoss als mittelschwer qualifiziert. Der Basisbetrag wird in der Mitte des mittleren Drittels auf 5 % des kumulierten Umsatzes der letzten drei Jahre auf dem relevanten Markt festgesetzt.<sup>582</sup> Dies ergibt einen Basisbetrag von CHF [6–7.5] Mio.

#### **B.4.4.2.2 Dauer des Verstosses**

597. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich.<sup>583</sup>

598. Im vorliegenden Fall hat der Verstoss 1 Jahr und 5 Monate gedauert. Er ist damit nicht mehr als kurzer Verstoss von weniger als einem Jahr zu qualifizieren, sondern es ist eine Erhöhung des Basisbetrages vorzunehmen. Der Verstoss hat zwar einerseits die Dauer von einem Jahr nur um 5 Monate überschritten, andererseits ist er zu einem besonders sensiblen Zeitpunkt erfolgt, da insbesondere in den Jahren 2005 und 2006 der Ersatz alter Terminals durch neue ep2-Geräte erfolgt ist. Ein Zuschlag von 10 % erscheint daher als angemessen.

599. Der Basisbetrag ist aufgrund der Dauer des Verstosses um 10 % zu erhöhen, was CHF [600'000–750'000.-] entspricht.

#### **B.4.4.2.3 Erschwerende und mildernde Umstände**

600. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen.

##### **B.4.4.2.3.1 Mutmasslicher Gewinn**

601. Ein durch das Verhalten erzielter „Normalgewinn“ ist bereits im Basisbetrag enthalten. Liegt indes die unrechtmässige Monopolrente über dem Basisbetrag, so ist diesem Umstand nach Massgabe von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG Rechnung zu tragen.<sup>584</sup>

602. Sofern eine Gewinnberechnung oder schätzung möglich ist, soll ein besonders hoher Gewinn des Unternehmens bei der Festlegung der Sanktion als erschwerender Umstand berücksichtigt werden. Damit sich der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG für das fehlbare Unternehmen unter keinen Umständen lohnt, ist der Sanktionsbetrag so weit zu erhöhen, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft.

<sup>580</sup> Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 2 f.

<sup>581</sup> BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. (B2977/2007), E. 8.3.4.

<sup>582</sup> Vgl. RPW 2006/4, S. 664, Rz. 256, in welchem eine Verletzung der Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst a und Bst b ebenfalls von einem Basisbetrag von 5 % ausgegangen wurde.

<sup>583</sup> Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 3.

603. Im vorliegenden Fall geht es nicht um einen Ausbeutungsmissbrauch, sondern um eine nicht-preisliche Behinderungspraktik, welche die Verdrängung der Wettbewerber beabsichtigt und erst nach erfolgter Verdrängung die Möglichkeit eröffnet, Monopolrenten abzuschöpfen. Es ist daher nicht von einem besonders hohen Gewinn auszugehen, so dass sich weitere Gewinnberechnungen oder -schätzungen erübrigen.

604. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme vor, bei der Sanktionsbemessung müsse auch das Element einfließen, wenn ein Gewinn sehr gering ausfalle. Im vorliegenden Fall sei der Ertrag aus dem Verkauf von POS-Terminals während der als relevant erachteten Zeitperiode sehr gering. Das Sekretariat hätte die notwendigen Abklärungen treffen müssen und dann erkennen können, dass das Unternehmensergebnis (nach Abzug der Serviceleistungen, Wartungen, etc.) für diese Zeitperiode ca. CHF [1–2] Mio. betrage. Würde der Gewinn auf den gemäss Parteien einzig relevanten [1'000–2'000] Terminals berechnet, so betrage dieser lediglich CHF [100'000–200'000.-]. Ausgehend von der im Antrag berechneten Busse von rund CHF 7 Mio. würde der entstandene Gewinn [50–100]-fach abgeschöpft. Dies sei willkürlich und verfassungswidrig.

605. Es wurde oben bereits dargelegt, dass der mutmassliche Gewinn bei nicht-preislichen Behinderungspraktiken kein geeignetes Kriterium darstellt, um die Sanktion zu mindern. Zudem berücksichtigt die Gewinnberechnung der Parteien nur die [1'000–2'000] Terminals, bei welchen sich eine Wettbewerbsbeseitigung realisiert hat. Dies wird dem tatsächlichen Behinderungspotenzial der Verhaltensweise nicht gerecht. Von der Behinderung waren während der massgebenden Zeitperiode rund [10'000–15'000] Terminals betroffen. Zudem hatte die Verhaltensweise aus damaliger Sicht das Potenzial, den Wettbewerb auf längere Sicht zu behindern, da die Änderung des Verhaltens nicht absehbar war. Dass die Verhaltensweise aufgegeben wurde und damit nur eine beschränkte Wirkung zeitigte, wurde bereits im Rahmen der Festsetzung des Basisbetrags berücksichtigt, bei welchem es aufgrund der Stellungnahme der Parteien zu einer nochmaligen Senkung gekommen ist. Für eine weitere Senkung aufgrund des gleichen Umstandes unter dem Titel der Berücksichtigung des mutmasslichen Gewinns besteht daher kein Raum.

606. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass Sanktionen für ein Unternehmen spürbar sein müssen und eine abschreckende Wirkung zu entfalten haben.<sup>585</sup> Der mutmassliche Gewinn stellt nur eines von verschiedenen Bemessungskriterien dar<sup>586</sup> und bildet keinesfalls eine "Obergrenze" bei der Sanktionsberechnung.<sup>587</sup> Es ist vielmehr aus Präventionsgründen dafür zu sorgen, dass *mindestens* der mutmassliche Gewinn abgeschöpft wird.

607. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine Sanktionsminderung aufgrund des mutmasslichen Gewinns nicht angezeigt und der Verzicht auf eine Senkung weder willkürlich noch verfassungswidrig ist.

#### **B.4.4.2.3.2 Einvernehmliche Regelung**

608. Der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung wird von den Wettbewerbs-

behörden bei der Sanktionsbemessung als kooperatives Verhalten gewürdigt. Der Kooperation ist im Rahmen von Art. 2, 3 und 6 SVKG Rechnung zu tragen.

609. Im vorliegenden Fall wurden zwar Verhandlungen geführt, es ist aber nicht zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung gekommen. Eine Sanktionsmilderung unter diesem Titel scheidet daher aus.

#### **B.4.4.2.3.3 Weitere erschwerende und mildernde Umstände**

610. In einem letzten Schritt sind schliesslich die übrigen erschwerenden und mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen<sup>588</sup>.

611. In casu sind keine erschwerenden Umstände im Sinne von Art. 5 Abs. 1 SVKG ersichtlich.

612. Art. 6 Abs. 1 SVKG nennt als Milderungsgrund den Umstand, dass das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG beendet. Da das Sekretariat aber vor der Eröffnung einer Vorabklärung gar keine Eingriffe vornehmen kann, ist dieser Milderungsgrund so auszulegen, dass eine Milderung dann in Frage kommt, wenn das Unternehmen nach dem ersten Eingreifen des Sekretariates nach Mitteilung der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG die Wettbewerbsbeschränkung beendet.<sup>589</sup> Dies ist im vorliegenden Fall nicht geschehen. Das erste Eingreifen der Wettbewerbsbehörden erfolgte mit der Eröffnung der Vorabklärung vom 20. Juli 2006. Die Multipay stellte ihre Verhaltensweise allerdings nicht sofort ein, sondern dies geschah erst rund 4 Monate später am 8. Dezember 2006, nachdem diverse Untersuchungshandlungen des Sekretariates erfolgt waren.

613. Aus den obigen Erläuterungen ergibt sich, dass im vorliegenden Fall keine erschwerenden und mildernden Umstände gemäss den Art. 5 und Art. 6 SVKG vorliegen.

<sup>584</sup> Vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 1, 2 und 4.

<sup>585</sup> Vgl. RPW 2006/4, S. 662, Rz. 240.

<sup>586</sup> Vgl. RPW 2006/4, S. 665, Rz. 265.

<sup>587</sup> Dies geht auch aus der Rechtsprechung des BVGer hervor, welche im Fall Publigroupe eine Busse von CHF 2.5 Mio. nicht beanstandet hat, obwohl der (schwer zu bestimmende) Gewinn von Publigroupe durch die Behinderung "kaum markante Veränderungen erfahren haben dürfte", vgl. BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (B2977/2007), E. 8.3.7.

<sup>588</sup> Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 4 ff.

<sup>589</sup> Vgl. TAGMANN (FN 560), S. 273.

### B.4.5 Ergebnis

614. Zusammenfassend ergibt sich in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 2 ff. SVKG folgende Sanktionsberechnung:

**Tabelle 11: Zusammenfassung der Sanktionsberechnung**

Bestandteil	Berechnung	CHF
Gesamtumsatz in der Schweiz	SIX Group	[3'400–3'500] Mio.
Maximalhöhe der Sanktion (Art.49a Abs. 1 KG, 7 SVKG)	10 % des Gesamtumsatzes	[340–350] Mio.
Umsatz auf dem relevanten Markt	Terminalmarkt (ep2-Terminals inkl. "Wartung, Services, Projekte")	[120–130] Mio.
Obergrenze Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	10 % des Umsatzes auf dem relevanten Markt	[12–15] Mio.
Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses. Basisbetrag (Art. 3 SVKG):	5 % der Obergrenze Basisbetrag	[6-7.5] Mio.
Dauer	+ 10 % des Basisbetrags	[600'000-750'000.--]
Mutmasslicher Gewinn (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 und Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG):	+/- 0 % des Basisbetrags	
Erschwerende und mildernde Umstände (Art. 5 und 6 SVKG):	+/- 0 % des Basisbetrags	
<b>Total:</b>		<b>7'029'000</b>

615. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und –mildernden Faktoren erachtet die Weko eine Verwaltungssanktion in Höhe von CHF 7'029'000.- als dem Verstoss von Multipay/Card Solutions gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen.

### C Kosten

616. Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2) ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

617. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde (Entscheid des Bundesgerichts i.S. BKW FMB Energie AG, RPW 2002/3, S. 546 f. Rz. 6.1; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c e contrario). Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatin zu bejahen.

618. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400.-. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

619. Die aufgewendete Zeit für die vorliegende Untersuchung beträgt 1096 Stunden. Gestützt auf die Funkti-

onsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich für 50 Stunden ein Stundenansatz von CHF 120.-, für 45 Stunden von CHF 130.- (Praktikanten); für 945 Stunden von CHF 200.- (wissenschaftliche Mitarbeiter); für 36 Stunden von CHF 250.- und für 20 Stunden von CHF 290.- (Direktionsstufe). Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 215'650.-

620. Die Gebühren werden der SIX Group als materielle Verfahrensadressatin auferlegt.

### D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Weko:

1. Es wird festgestellt, dass die SIX Group AG mittels ihrer Tochtergesellschaft SIX Multipay AG im Markt für das Acquiring der Kreditkarten Visa und MasterCard sowie im Markt für das Acquiring der Debitkarte Maestro über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und diese bereits in der für den Missbrauch massgebenden Zeitperiode vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 bestand.
2. Es wird festgestellt, dass die SIX Group AG mittels ihrer Tochtergesellschaft SIX Multipay AG vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG begangen hat, indem sie sich geweigert hat, bezüglich DCC mit anderen Terminalherstellern als der SIX Card Solutions AG zusammenzuarbeiten und ihnen die notwendigen Schnittstelleninformationen offen zu legen.
3. Es wird festgestellt, dass die SIX Group AG mittels ihrer Tochtergesellschaft SIX Multipay AG

- vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG begangen hat, indem sie bezüglich DCC nur mit ihrer Schwestergesellschaft SIX Card Solutions AG zusammengearbeitet hat.
4. Es wird festgestellt, dass die SIX Group AG mittels ihrer Tochtergesellschaft SIX Multipay AG vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG begangen hat, indem sie sich geweigert hat, bezüglich DCC mit anderen Terminalherstellern als der SIX Card Solutions AG zusammenzuarbeiten und ihnen die notwendigen Schnittstelleninformationen offen zu legen.
  5. Es wird festgestellt, dass die SIX Group AG mittels ihrer Tochtergesellschaft SIX Multipay AG vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG begangen hat, indem sie bezüglich der DCC-Funktion eine technische Koppelung von Acquiring verbunden mit der DCC-Dienstleistung und Terminal vorgenommen hat.
  6. Die SIX Group AG wird für das unter Ziffer 2–5 beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 7'029'000.- belastet.
  7. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 215'650.- werden der SIX Group AG auferlegt.
  8. Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift muss die Rechtsbegehren und deren Begründung mit Angabe der Beweismittel enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.
  9. Die Verfügung ist zu eröffnen an SIX Group AG, SIX Multipay AG und SIX Card Solutions AG, alle vertreten durch RA Dr. Jürg Borer und RA David Mamane, Schellenberg Wittmer, Löwenstrasse 19, Postfach 1876, 8021 Zürich.
-

B 2	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse</b> Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	<b>1. Gilde Buy-Out Management Holding B.V./Parcom Capital Management B.V. betreffend Erwerb gemeinsamer Kontrolle über Gamma Holding N.V.</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 14. Januar 2011*

1. Am 22. Dezember 2010 hat die Wettbewerbskommission Weko die erleichterte Meldung über das rubrizierte Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Private Equity Gesellschaften Gilde Buy-Out Management Holding B.V. (nachfolgend: Gilde) und Parcom Capital Management B.V. (nachfolgend: Parcom) mittels des speziell gegründeten Unternehmens Go Acquisition B.V. (nachfolgend: Go Acquisition) die gemeinsame Kontrolle über die Gamma Holding N.V. (nachfolgend: Gamma) zu erlangen. Dieses Zusammenschlussvorhaben wurde auch der Europäischen Kommission angemeldet.

2. **Gilde** ist eine mittelgrosse, niederländische Private Equity Investment Gesellschaft mit Sitz in Utrecht. Deren Tätigkeiten erstrecken sich auf die Benelux-Staaten und die benachbarten Volkswirtschaften Frankreich, Deutschland, die Schweiz und Österreich. Seit ihrer Gründung im Jahre 1982 haben Gilde und ihre Vorgängerinnen in zahlreiche Gesellschaften aus den verschiedensten Branchen investiert.

3. **Parcom** ist eine niederländische Private Equity Investment Gesellschaft mit Sitz in Schiphol. Parcom ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der ING Gruppe N.V. (nachfolgend: ING oder ING-Gruppe). Die ING Gruppe ist ein Finanzinstitut, das Banken-, Versicherungs- und Vermögensverwaltungsprodukte und andere Finanzdienstleistungen anbietet und ist in mehr

als 50 Ländern tätig Als pan-europäische Gesellschaft investiert Parcom in mittelständische Private-Equity-Situationen und hat einen längerfristigen Anlagehorizont. Parcom hat in über 250 Unternehmen in den Niederlanden, Belgien, Frankreich, der Schweiz, Deutschland, Spanien, Italien und Grossbritannien investiert, die namentlich in den Bereichen Energie, Business Services, Bildung und Gesundheit und in den Industrie- und Konsumgütermärkten tätig sind.

4. **Gamma** ist eine unter niederländischem Recht konstituierte und an der Euronext Amsterdam börsennotierte Gesellschaft mit Sitz in Helmond. Gamma ist in 34 Ländern mit ungefähr 4'500 Angestellten tätig und besteht aus vier Geschäftsbereichen: (i) Ammeraal Beltech (Entwicklung, Produktion und Verkauf von Prozess- und Transportbändern), (ii) Clear Edge Filtration (Entwicklung, Produktion und Verkauf von industriellen Prozessfiltrationsprodukten), (iii) Dimension-Polyant (Entwicklung, Produktion und Verkauf von Segeltüchern) und (iv) Bekaert Textiles (Entwicklung, Produktion und Verkauf von gewebten und gestrickten Betttextilien). In der Schweiz verfügt Gamma über die Tochtergesellschaft Ammeraal Beltech AG (Sitz Jona), welche in der Herstellung, der Konfektionierung und im Vertrieb von Hochleistungsflachriemen (Treibriemen), Förderbändern und der Ummantelung von Airbags tätig ist.

5. Die Betrachtung der Geschäftsfelder, auf denen die beteiligten Unternehmen tätig sind, zeigt, dass dieser Zusammenschluss in keinem Markt zu Überschneidungen führt, so dass in der Schweiz kein einziger betroffener Markt im Sinne von Art. 11. Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt. Aufgrund mangelnder Marktanteilsadditionen verändern sich die Marktbedingungen nicht und somit führt der Zusammenschluss zu keiner Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG konnte somit verzichtet werden.

B 2.3

**2. CVC Capital Partners/Apollo Management/Brit Insurance**

*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 10 Januar 2011.*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 10 Januar 2011*

Am 20. Dezember 2010 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen den Funds advised and managed by CVC Capital Partners SICAV-FIS S.A. Subsidiaries and Affiliates (nachfolgend: CVC Funds), Investment Funds Managed by Affiliates of Apollo Management L.P. (nachfolgend: Apollo) und Brit Insurance Holdings N.V. (nachfolgend: Brit Insurance) erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben sieht eine indirekte Erlangung der gemeinsamen Kontrolle von CVC und Apollo über die Brit Insurance vor. Der Kontrollerwerb erfolgt über eine neu zu gründende Gesellschaft (Achilles).

Die CVC Gruppe besteht aus der CVC Capital Partners SICAV-Files S.A., ihren privat gehaltenen Tochtergesell-

schaften und den mit ihr verbundenen Gesellschaften mit Sitz in Luxemburg. Die CVC Funds haben kontrollierende Beteiligungen an zahlreichen Unternehmen in verschiedenen Industrien.

Apollo ist eine US-amerikanische Investmentgesellschaft mit Sitz in New York, USA. Die mit Apollo verbundenen Gesellschaften verwalten verschiedene Investmentfonds, mit welchen sie an diversen Gesellschaften beteiligt sind.

Brit Insurance ist eine allgemeine Versicherungs- und Rückversicherungsgruppe, die auf den Bereich der Geschäfts-Versicherungen spezialisiert ist. Brit Insurance hat ihren Geschäftsfokus ausserhalb der Schweiz. Ihre Dienstleistungen sind primär auf Kunden in Grossbritannien und Nordamerika ausgerichtet und sie verfügt über keine Tochtergesellschaften in der Schweiz.

Die vorläufige Prüfung hat ergeben, dass der Zusammenschluss zu keinen Überlappungen der Geschäftstätigkeiten führt und in der Schweiz keine betroffenen Märkte vorliegen. Somit liegen keine Anhaltspunkte vor, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung in der Schweiz begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

## B 2.3

## 3. Swatch Group AG/Novi SA

*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 12. Januar 2011*

1. Am 23. Dezember 2010 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über das rubrizierte Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Swatch Group AG (nachfolgend: Swatch) die Kontrolle über die Novi SA (nachfolgend: Novi) zu erwerben.

2. Swatch mit Sitz in Biel, kontrolliert verschiedene Unternehmen im Bereich der Uhrenindustrie, dazu gehören insbesondere Hersteller von Uhrwerkskomponenten wie Nivarox-FAR SA oder ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (nachfolgend: ETA), sog. Termineure wie die Assemti SA sowie u.a. die Uhrenmarken Swatch, Certina, Tissot, Rado, Longines und Omega.

3. Die ETA mit Sitz in Grenchen, wird zu 100 % von Swatch gehalten. Die ETA ist in der Herstellung von mechanischen Uhrwerken tätig. Daneben stellt die ETA Quarz-Uhrwerke her und produziert Uhren der Marke Swatch.

4. Novi mit Sitz in Les Genevez (JU) ist in der Montage von Quarz- und mechanischen Uhrwerken und der Fertigung Uhrenherstellung tätig. In der Uhrenbranche wird dabei in der Regel von Assemblage (oder Terminage T1) und Embôitage (oder Terminage T2) gesprochen. Daneben repariert Novi Uhren resp. Uhrwerke (service après vente; nachfolgend: SAV). Novi ist ausschliesslich als Termineur tätig und produziert selber keine Uhrwerkskomponenten.

5. Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um einen Kontrollerwerb im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU. Swatch übernimmt zu diesem Zweck die beiden Holdinggesellschaften Pradel Holding AG und Orland Holding SA, in welche die beiden Eigentümer der Novi ihre jeweiligen Beteiligungen eingebracht haben. Swatch wird demnach indirekt 100 % der Aktien und damit die alleinige Kontrolle über die Novi ausüben.

6. Der Zusammenschluss erfolgt vor dem Hintergrund einer Nachfolgeregelung für Novi. Mit der Übernahme bezweckt Swatch für Ihre Tochtergesellschaften Kapazitäten in den Bereichen T1, T2 und SAV zur Verfügung zu stellen und dadurch das für die nächsten Jahre geplante Wachstum sicherzustellen.

7. Die Meldepflicht für Unternehmenszusammenschlüsse besteht 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).

8. Die WEKO hat im Entscheid ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (RPW 2005/1, S. 128ff.) für die ETA SA eine marktbeherrschende Stellung im Bereich Ebauches für mechanische Uhrwerke bis Fr. 300.-, welche in der Schweiz hergestellt werden, rechtskräftig festgestellt. Gemäss diesem Entscheid gilt der Markt für fertig montierte Uhrwerke als nachgelagerter Markt.

9. In ihrem Entscheid vom 18. Juni 2010 i.S. Swatch/Tanzarella (RPW 2010/3, S. 565) hat die WEKO festgehalten, dass es sich bei der Terminage T1 um einen dem Markt für Ebauches für mechanische Uhrwerke bis Fr. 300.- nachgelagerten oder benachbarten Markt handelt. Aus diesem Grund ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nach Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich auch bei den Bereichen Terminage T2 oder SAV um dem Markt für Ebauches für mechanische Uhrwerke bis FR. 300.- nachgelagerte oder benachbarte Märkte handelt.

10. 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).

11. Vom vorliegenden Zusammenschluss sind die Bereiche Terminage 1, Terminage 2 und SAV betroffen. Da es auf das Resultat keinen Einfluss hat, kann offen bleiben, ob für Terminage 1, Terminage 2 und SAV je einzelne sachlich relevante Märkte abgegrenzt werden müssten, oder ob Terminage T1 und Terminage T2 (und SAV) einen gemeinsamen Markt bilden. In räumlicher Hinsicht ist insbesondere aufgrund der Bedeutung der Swiss Made Kennzeichnung von nationalen Märkten auszugehen.

12. Die Novi ist als reiner Dienstleister für die Uhrenindustrie tätig. Die Marktanteile der Novi in den jeweiligen Bereichen betragen [5-15] %. Swatch ist auf dem Markt für Terminage-Dienstleistungen und SAV für Dritte nicht tätig. Vor diesem Hintergrund kommt es in Folge des Zusammenschlusses zu keinen Marktanteilsadditionen und es liegen keine betroffenen Märkte nach Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor. Wenn keine betroffenen Märkte vorliegen, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden.

13. Aus den genannten Gründen ergibt die vorläufige Prüfung keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung nach Art. 10 KG sind daher nicht erfüllt.



B 2.3

**4. Coop/transGourmet**

*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 21. Dezember 2010*

1. Am 3. Dezember 2010 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Coop Genossenschaft (nachfolgend: Coop) den Kauf sämtlicher von der Rewe Zentral AG (nachfolgend: Rewe) gehaltenen Anteile am bestehenden Gemeinschaftsunternehmen transGourmet Holding S.E. (nachfolgend: transGourmet), das derzeit von Coop und Rewe gemeinsam kontrolliert wird. TransGourmet mit Sitz in Neu-Isenburg, Deutschland, ist im Bereich Grossverbrauchermarkt in Deutschland, Frankreich, Polen, Rumänien, der Russischen Föderation und der Schweiz aktiv.

2. Mit der Übernahme verbunden ist ein [...] Wettbewerbsverbot, welches sich auf das Gebiet von [...] beschränkt. Es untersagt Rewe während dieser Zeit die Wiederaufnahme von Cash&Carry- und Foodservice-Aktivitäten, erlaubt aber u.a. die Finanzbeteiligung an solchen Aktivitäten.

3. Während Rewe sich auf ihr Kerngeschäft, den Lebensmitteldetailhandel, zu fokussieren gedenkt und daher aus dem Geschäftsfeld Grossverbrauchermarkt auszustiegen plant, möchte Coop sich in diesem Geschäftsfeld vermehrt etablieren und ihre Aktivitäten im Ausland ausbauen.

4. TransGourmet war bereits zwei Mal Gegenstand einer Zusammenschlussmeldung bei der Wettbewerbskommission, 2005 bei der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens transGourmet Schweiz und 2008 bei der Erlangung der gemeinsamen Kontrolle über die transGourmet Holding durch Coop und Rewe, welche zu einer Bündelung der Grossverbraucher services und Cash&Carry-Aktivitäten von Coop und Rewe in den in Rz. 1 genannten Ländern führte.<sup>1</sup> Beide Zusammenschlussvorhaben wurden von der Wettbewerbskommission als unbedenklich angesehen.

5. Rewe und Coop halten derzeit jeweils 50 % am Grundkapital der transGourmet. Mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben übernimmt Coop sämtliche Anteile der Rewe an der transGourmet. Es findet also ein Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle und damit eine Änderung der Qualität der Kontrolle statt, welche als Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 KG zu werten ist.<sup>2</sup>

6. TransGourmet hat sowohl absatzseitig als auch beschaffungsseitig im Grossverbrauchermarkt einen schweizweiten Marktanteil von rund [10–20] %.<sup>3</sup> Auf diesen Märkten ist Coop nur mit transGourmet tätig. Somit handelt es sich bei diesen beiden Märkten nicht um betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Da es im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben lediglich zu einem Wechsel der gemeinsamen zur alleinigen Kontrolle kommt, sind durch den Zusammenschluss keine bedeutenden Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse zu erwarten.

7. Auch das in Rz. 2 beschriebene zeitlich beschränkte Konkurrenzverbot für Rewe im Bereich des Grossverbrauchermarkts dürfte kaum Auswirkungen auf die zukünftige Wettbewerbssituation in diesem Bereich haben, da einerseits nebst Rewe auch andere Lebensmittelgrosshändler aus dem benachbarten Ausland [...] eintreten könnten und zweitens das Konkurrenzverbot nicht über das für den Zusammenschluss erforderliche Mass hinausgeht. Dieses Konkurrenzverbot, welches als Nebenabrede zu betrachten ist, ist unmittelbar mit dem Zusammenschluss verbunden und für diesen notwendig. So beschränkt es sich auf Aktivitäten im Bereich des Lebensmittelgrosshandels und damit auf unternehmerische Aktivitäten, die den Gegenstand des Kauf- und Übertragungsvertrages ausmachen, ist zeitlich auf [...] limitiert und beschränkt sich räumlich [...].

8. Die vorläufige Prüfung ergab 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.

<sup>1</sup> Vgl. RPW 2005/2, 342, und RPW 2009/1, 59.

<sup>2</sup> Vgl. BORER JÜRIG, Kommentar Kartellgesetz, Zürich 2005, ad. Art. 4, Rz. 48.

<sup>3</sup> Marktanteile gemäss Angaben der Parteien.

*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. Dezember 2010*

1. Am 2. Dezember 2010 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Emmi AG (nachfolgend: Emmi) den Kauf von Vermögenswerten des Geschäftsbereichs Ziegenmilch-Produkte von der Fromagerie Bettex S.A. (nachfolgend: Bettex) mit Sitz in Champtauraz. Nebst Ziegenmilch, Ziegenkäse und Ziegenmilchjoghurt stellt Bettex in einem zweiten Geschäftszweig Produkte aus Kuhmilch her. Durch den Aufkauf der Ziegenmilchsparte von Bettex erhofft sich Emmi eine Stärkung dieser Nischenprodukte, welche sie im Rahmen der Belieferung an Grosskunden ebenfalls anbieten möchte.

2. Emmi übernimmt von Bettex im Wesentlichen Kundenstamm, Know-how (Rezepturen etc.) und Goodwill (Marken) des Bereichs Ziegenmilch-Produkte, überdies die für die Verarbeitung der Ziegenmilch eingesetzte bewegliche Infrastruktur (Maschinen, Werkzeuge etc.).

3. Emmi unterliegt der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG, da sie von der Bettex den Geschäftsbereich übernimmt, in welchem Ziegenmilch und Produkte aus Ziegenmilch wie Käse und Joghurt hergestellt werden und diese zumindest teilweise zu Märkten benachbart sind, in welchen Emmi eine marktbeherrschende resp. kollektiv marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG hat.<sup>1</sup>

4. Im Markt für Ziegenkonsummilch erzielte Bettex 2009 einen Umsatz von rund Fr. [...] und hatte damit einen Marktanteil von [70–80] % inne.<sup>2</sup> Mit der schweizerischen Firma Koch ist lediglich ein weiterer Hersteller in diesem Markt tätig. Im Markt für Ziegenmilchjoghurt erzielte Bettex 2009 einen Umsatz von rund Fr. [...] und deckte damit den gesamten schweizerischen Markt ab. Gemessen am Gesamtmarkt für Joghurt, an welchem Emmi einen Marktanteil von rund [40–50] % hat, ist der Absatz von Bettex mit einem Marktanteil von [0–10] % verschwindend klein.

5. Auf den Märkten für Ziegenkonsummilch und Ziegenmilchjoghurt gibt es somit keine Marktanteilsadditionen durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben, wengleich Emmi bei Ziegenmilchjoghurt den einzigen Anbieter in der Schweiz übernimmt. Ein konglomeraler Effekt bei der Emmi-Gruppe ist durch den Zusammenschluss in einem kaum merklichen Ausmass zu erwarten, da diese Märkte verglichen mit vergleichbaren Produkten aus Kuhmilch marginal sind und der Vorteil für Emmi aufgrund der Vervollständigung der von ihr ange-

botenen Milchproduktepalette für die schweizerischen Grossverteiler nicht erheblich ist. Deshalb erscheint das Zusammenschlussvorhaben bezüglich dieser Märkte als unproblematisch.

6. Im Gegensatz zu den vorhergenannten beiden Märkten sind der Markt für die Beschaffung von Ziegenmilch mit einem kumulierten Marktanteil der Parteien für 2009 von [10–20] % (Marktanteile: Emmi [0–10] %, Bettex [10–20] %) und ein allfälliger Markt für Ziegenkäse mit einem kumulierten Marktanteil von [10–20] % (Marktanteile: Emmi [0–10] %, Bettex [0–10] %) nicht betroffen.

7. Sofern der Markt für Ziegenkäse weiter unterteilt wird analog zum allgemeinen Markt für Käse, wäre der Markt für die Produktion von Ziegenhalbhartkäse mit einem kumulierten Marktanteil von [20–30] % betroffen. Es ist aber anzumerken, dass auch nach dem Zusammenschluss zahlreiche weitere kleinere Unternehmen in der Schweiz Ziegenhalbhartkäse herstellen.

8. Sofern Ziegenkäse zu den gleichen Märkten gezählt wird wie Käse aus Kuhmilch, sind aufgrund von Marktanteilsadditionen die Produktion von Halbhartkäse, die Produktion von Frischkäse sowie die Affinage von Halbhart- und Hartkäse als betroffene Märkte anzusehen. Allerdings liegt der Marktanteil der Bettex in diesen drei Märkten jeweils unter [0–10] %, weshalb die Marktanteilsadditionen als unproblematisch anzusehen sind.

9. Der Markt für den Vertrieb von Käse im Allgemeinen und somit auch der Vertrieb von Ziegenkäse ist aufgrund des seit dem 1. Juli 2007 mit der EU vollständig liberalisierten Käsemarktes EU+CH-weit abzugrenzen. Emmi und Bettex kommen beim Vertrieb von Ziegenkäse zusammen auf einen Marktanteil von [0–10] %. Die Importquote bei Ziegenkäse ist mit ca. [40–50] % beachtlich.

10. Weiter sind folgende Märkte betroffen, in welchen Bettex nicht tätig ist: Konsummilch, Konsumrahm, Butter, Quark, die Konfektionierung von Käse und die Produktion von Schmelzkäse sowie der Beschaffungsmarkt Partieware.

11. Die vorläufige Prüfung ergab 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.

<sup>1</sup> Vgl. RPW 2006/2, 278ff., Rz 110, 113, 157, Emmi/AZM; RPW 2006/4, 622, Beratung betreffend die Meldepflicht der Emmi AG gemäss Art. 9 Abs. 4 KG; RPW 2009/3, 228 Rz 20f., Emmi AG/Nutrifrais SA.

<sup>2</sup> Umsätze und Marktanteilschätzungen in dieser sowie den nachfolgenden Randziffern gemäss Angaben der Parteien.

B 2.3

**6. Swisscom (Schweiz) AG/Axept 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*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 13. Dezember 2010*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 14. Dezember 2010*

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

1. Am 25. November 2010 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über das rubrizierte Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) mittels eines Aktienkaufvertrages sämtliche Aktien der Axept AG, Opfikon (nachfolgend: Axept) zu übernehmen.

**A.1.1 Swisscom**

2. Swisscom ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss dem Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (TUG; SR 784.11) und Muttergesellschaft einer Telekommunikations-Gruppe, die insbesondere in den Bereichen Festnetztelefonie, Mobiltelefonie, IT und Internet tätig ist.

**A.1.2 Mosaic, Axept und [...]**

3. Axept wurde im Jahre 1997 gegründet und bezweckt die Entwicklung, Realisierung und den Support von Netzwerk-, Kommunikations- und Informationssystemen sowie die Schulung und Beratung auf diesem Gebiet. Axept ist ein Dienstleistungsunternehmen, das vor allem in den Geschäftsfeldern Consulting & Engineering, Lifecycle Management und Operations von Microsoft Produkten im Unified Communications & Collaborations-Umfeld (Exchange, OCS, SharePoint, Active Directory) im on premise-Geschäft für Businesskunden tätig ist.

4. Die Holding Mosaic mit Sitz in Zug hält [...] % der Aktien der Axept. Sie bezweckt die Beteiligung an sowie die Finanzierung von in- und ausländischen Gesellschaften.

5. Die restlichen [...] % der Aktien von Axept werden von einer Privatperson gehalten.

**A.2 Art und Ziele des Zusammenschlusses**

6. Bei dem gemeldeten Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um einen Aktienkauf, welcher zu einem Kontrollerwerb im Sinne von Art. 4 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG, Kartellgesetz; SR 251) und Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU;

SR 251.4) führt. Durch den beabsichtigten Kauf sämtlicher Aktien der Axept wird Swisscom die alleinige Kontrolle über Axept erhalten.

**B Erwägungen****B.1 Geltungsbereich**

7. Das Kartellgesetz 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). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

**B.1.2 Unternehmenszusammenschluss**

9. Swisscom beabsichtigt die Übernahme sämtlicher Aktien der Axept mittels eines Aktienkaufvertrages zwischen Swisscom und Mosaic bzw. zwischen Swisscom und [...].

10. Die Erlangung der Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen ist gemäss Art. 1 VKU gegeben, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben.

11. Durch den beabsichtigten Kauf sämtlicher Aktien der Axept erhält Swisscom als kaufendes Unternehmen einen bestimmenden Einfluss auf deren Tätigkeit. Die Voraussetzung von Art. 1 Bst. a VKU ist somit erfüllt und es handelt sich daher um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG.

**B.2 Vorbehaltene Vorschriften**

12. Gesetzlich vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG sind im vorliegend zu beurteilenden Fall weder ersichtlich noch wurden solche von den Parteien geltend gemacht.

**B.3 Meldepflicht**

13. Die beteiligten Unternehmen erfüllen die Kriterien der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 KG nicht.

14. Die Meldepflicht besteht allerdings ungeachtet des Art. 9 Absätze 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).

15. Die Wettbewerbskommission hat rechtskräftig festgestellt, dass die Telecom PTT (heute: Swisscom) auf dem schweizerischen Telefoniemarkt als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG gilt (PTT/Blue Window, RPW 1997/2, 174). Dazu ist festzuhalten, dass sich die marktbeherrschende Stellung gemäss den entsprechenden Erwägungen auf das Netz und die Dienste bezogen hat (vgl. RPW 1997/2, S. 167, Rz. 38).

16. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft den Markt für Unified Communications and Collaboration (UCC), den Markt für Systemintegration im Bereich Kommunikation und den Breitbandinternetmarkt. Alle drei Märkte müssen zumindest dem schweizerischen Telefoniemarkt benachbart angesehen werden. Der Zusammenschluss ist deshalb ungeachtet der Umsatzzschwelle gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.

#### **B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung**

17. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

18. 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 Relevanter Markt**

19. Im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens werden lediglich die Märkte für Systemintegration, Unified Communications & Collaborations und für Breitbandinternetdienste als für den Unternehmenszusammenschluss relevante Märkte näher betrachtet. Auf eine Betrachtung der weiteren Märkte, auf denen Swisscom bzw. Asept Leistungen erbringen, wird verzichtet, denn sie sind für das vorliegend zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben nicht relevant, da es auf anderen Märkten keinerlei Überschneidungen in ihrer Geschäftstätigkeit gibt. Der Markt für Systemintegration wurde bereits im Verfahren Swisscom AG/webcall GmbH untersucht.<sup>1</sup> Im Rahmen der vorliegenden Prüfung wurde neben diesem Markt zusätzlich der Teilmarkt für UCC-Lösungen abgegrenzt, welcher unter Kap. B.4.1.2 nachfolgend beschrieben wird.

##### **B.4.1.1 Markt für Systemintegration**

###### **B.4.1.1.1 Sachlich relevanter Markt**

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

21. Unter Systemintegration wird die Beratung, Projektierung und Realisierung von sicheren, hoch verfügbaren, konvergenten Sprach- und Datennetzwerken sowie

komplexer Kommunikationslösungen für Geschäftskunden verstanden.<sup>2</sup> Hierunter fallen auch verschiedenen Dienstleistungen im Bereich der Kommunikation.

22. Es stellt sich die Frage, ob ein eigenständiger Markt für Unified Communications & Collaboration (nachfolgend: UCC) abgegrenzt werden soll. Im Rahmen des vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlusses wird für den Bereich UCC nachfolgend ein eigenständiger Markt abgegrenzt.

##### **B.4.1.1.2 Räumlich relevanter Markt**

23. 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).

24. Systemintegrationsdienstleistungen werden sowohl von schweizerischen als auch von international tätigen Unternehmen angeboten. Es könnte sich somit die Frage stellen, ob von einem internationalen Markt auszugehen ist. Da allerdings Dienstleistungen meist nicht international bezogen werden, sondern auf Ansprechpartner vor Ort zurückgegriffen wird, wird für das vorliegend zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben von einem nationalen räumlich relevanten Markt ausgegangen.

##### **B.4.1.2 Markt für Unified Communications & Collaboration**

###### **B.4.1.2.1 Sachlich relevanter Markt**

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

26. Die Sprachkommunikation kann mittels Voice over IP (VoIP)-Technologie zunehmend in bestehende Datennetze integriert werden. Dadurch wird es möglich, die verschiedenen Medien Telefon, Fax, E-Mail, Instant Messaging, Collaboration und Internet einheitlich zu gestalten und integriert an einem Zugangspunkt anzubieten. Solche integrierten Lösungen zur Kommunikation und Zusammenarbeit werden von den Kunden als Unified Communications and Collaboration (UCC)-Lösungen nachgefragt und genutzt.

27. Im UCC-Markt fragen Endkunden Gesamtlösungen für Kommunikation und Zusammenarbeit nach. Hierbei steht die Erreichbarkeit der Endkunden (z.B. Mitarbeiter in einem Unternehmen) im Vordergrund. Durch eine UCC-Lösung kann ein Mitarbeiter zu jedem Zeitpunkt an einem Zugangspunkt (z. B. Anwendung am Arbeitsplatz) über verschiedene Kanäle (Telefon, Messenger, Email, etc.) erreichbar sein und auf die für ihn wichtigen Arbeitsinhalte zugreifen. UCC-Lösungen integrieren diese verschiedenen Kommunikationskanäle in einer Anwendung, so dass der Anwender zum Teil nicht einmal mehr merkt über welchen Kanal (z. B. Telefon [durch Wahl der Direktnummer des Anwenders], VoIP [durch das Anwählen seines Skype-Nutzernamens], etc.) er kontaktiert wurde.

<sup>1</sup> RPW 2008/2, 352, Rz 19, Swisscom AG/webcall GmbH.

<sup>2</sup> RPW 2008/2, 352, Rz 22, Swisscom AG/webcall GmbH.

28. Die angebotenen UCC-Dienstleistungen bestehen hierbei aus Software- und allenfalls Hardwarekomponenten und umfassen in der Regel insbesondere die ins System integrierte Nutzung von VoIP-Diensten. Neben den klassischen Anwendungen, welche auf einem Server innerhalb eines Unternehmens oder am Arbeitsplatz des Anwenders laufen, können UCC-Anwendungen ebenfalls auf einem Cloud-Computing-Ansatz basieren.

29. UCC-Anwendungen umfassen in der Regel mehrere Komponenten. Eine erste Komponente von UCC-Lösungen ist die Medienintegration, mit der Text, Video und Audio von verschiedenen Endgeräten in einer Anwendung integriert werden. Damit kann der Anwender unabhängig vom Standort jederzeit Zugriff auf seine derzeitige Kommunikationsumgebung, die in unterschiedlichen Formaten bestehen kann, nehmen. Eine logische Steuerungsschicht kann dafür sorgen, dass eingehende Kommunikationsvorgänge automatisch auf die vom Benutzer situativ bevorzugten oder verfügbaren Endgeräte (Desktop-Computer am Arbeitsplatz, Notebook zu Hause, Smartphone für unterwegs, etc.) bzw. Arbeitsumgebungen weitergeleitet werden. Als zweite Komponente umfasst UCC die Präsenzinformation des Anwenders, wodurch sich beispielsweise vergebliche Kontaktversuche reduzieren. Die dritte Komponente von UCC besteht aus der Kontextintegration. Durch sie wird die (IP-basierte) Kommunikation direkt in die vertraute Benutzeroberfläche gängiger Anwendungen eingefügt wie beispielsweise in Microsoft Office. Auf diese Weise konvergiert die Arbeit am Computer mit der Kommunikation über die verschiedenen Kanäle. Hierbei kann sich die Kommunikation sowohl auf Audio- und Video-Kommunikation als auch auf Textkommunikation (indem gechattet, aber auch an einem gemeinsamen Dokument gleichzeitig gearbeitet wird oder Textbausteine und Grafiken, während der Arbeit ausgetauscht werden können) beziehen. Als vierte Komponente ist die Möglichkeit der Kooperation mit anderen Personen zu erwähnen, durch welche beispielsweise gemeinsam ein Dokument geprüft oder bearbeitet werden kann. Da sich die Technologien für UCC-Anwendungen noch in einem Entwicklungsstadium befinden, können die Eigenschaften von UCC aber noch nicht abschliessend aufgezählt werden.

#### **B.4.1.2.2. Räumlich relevanter Markt**

30. 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).

31. UCC-Lösungen sind meist Kombinationen von Software- und Hardwarelösungen, welche international von grossen Softwareunternehmen angeboten werden. Grosse und grösste Geschäftskunden können in diesem Bereich international einkaufen. Durch deren Nachfrage nach international verfügbaren Lösungen und der Verfügbarkeit von breitbandigem Internet spielt es oft keine Rolle, ob ein Angebot in der Schweiz oder in einem anderen Land bezogen wird.

32. Oft werden Dienstleistungen zum Einrichten und Einführen von UCC-Lösungen in Unternehmen jedoch national nachgefragt, da die räumliche Nähe zum beratenden und die Anwendungen installierenden IT-Unternehmen Vorteile haben kann. Vor diesem Hinter-

grund würde sich auch eine nationale Marktabgrenzung rechtfertigen. Ob allerdings der Markt im hier zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben national oder international abzugrenzen ist, kann vorliegend offen bleiben, da wie nachfolgend gezeigt wird in beiden Fällen kein betroffener Markt nach Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.

#### **B.4.1.3 Markt für Breitbandinternetdienste**

##### **B.4.1.3.1. Sachlich relevanter Markt**

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

34. Im Markt für Breitbandinternet fragen Endkunden eine Verbindung ins Internet nach. Dabei kann zwischen einer Dial-up- und einer Breitbandverbindung unterschieden werden. Diese beiden Verbindungstypen unterscheiden sich in erster Linie in der Bandbreite. Dial-up-Verbindungen nutzen die tiefen Frequenzen des Kupferkabels, Breitbandverbindungen die höheren Frequenzen. Dies erlaubt bei Breitbandverbindungen ein paralleles Telefonieren und Nutzen des Internets, was bei Dial-up-Verbindungen nicht möglich ist. So lässt sich eine Dial-up-Verbindung ohne Weiteres durch eine Breitbandverbindung substituieren, aber nicht umgekehrt. Vor diesem Hintergrund spricht man von einer asymmetrischen Substituierbarkeit.<sup>3</sup>

##### **B.4.1.3.2. Räumlich relevanter Markt**

35. 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).

36. Breitbandinternet basiert auf der Kabelinfrastruktur (Kupferkabel, Koaxialkabel, Glasfaserkabel, evtl. Stromkabel) der Schweiz. Dieses ist fernmelderechtlich auf den schweizerischen Markt beschränkt. Somit ist analog zum Festnetztelefoniemarkt von einem nationalen Markt auszugehen.<sup>4</sup>

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

37. 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.

<sup>3</sup> RPW 2010/3, 506, Rz 88 ff., France Télécom SA/Sunrise Communications AG.

<sup>4</sup> RPW 2008/4, 670, Rz 37, Sunrise/Tele2; RPW 2006/2, 253, Rz 54, Swisscom Fixnet/Cybernet (mit weiteren Hinweisen).

38. Auf dem Markt für Systemintegration und dem Markt für Unified Communications & Collaboration erreichen die beteiligten Unternehmen keinen Marktanteil von über 20 Prozent. Auf dem Markt für Breitbandinternetdienste ist das übernommene Unternehmen nicht tätig, weshalb es keinen weiteren Abklärungen in diesem Markt bedarf, da sich die Marktverhältnisse durch den Zusammenschluss auf diesem Markt nicht ändern werden.

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

39. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammen-

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

40. Die WEKO hat daher am 13. Dezember 2010 entschieden, das Zusammenschlussvorhaben keiner Prüfung gemäss Art. 33 KG zu unterziehen.

B 2.3

**7. SBB Cargo/Hupac**

*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*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 3. Januar 2011*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 3. Januar 2011*

1. Am 2. Dezember 2010 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die SBB Cargo AG (nachfolgend: SBB Cargo) und die Hupac SA (nachfolgend: Hupac) die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens SBB Cargo International AG (nachfolgend: SBB Cargo Int).<sup>1</sup> SBB Cargo plant, anfangs 2011 in einer ersten Phase ihre Tochtergesellschaften SBB Cargo Deutschland GmbH (nachfolgend: SBB Cargo Deutschland), SBB Cargo GmbH und SBB Cargo Italia S.r.l. (nachfolgend: SBB Cargo Italia) im Rahmen einer Sacheinlage zum Substanzwert von [...] in SBB Cargo Int einzubringen. Neben der Einbringung der operativen Gesellschaften in Deutschland und Italien wird SBB Cargo das Eigenkapital von aktuell [...] durch eine zusätzliche Bareinlage [...] erhöhen. Anschliessend beabsichtigt Hupac, 25 % der Aktien an SBB Cargo Int zu erwerben. In einer zweiten Phase soll SBB Cargo Int ab Mitte 2011 die operative Eigenständigkeit erlangen.<sup>2</sup>

**SBB Cargo**

2. SBB Cargo ist ein Tochterunternehmen der Schweizerischen Bundesbahnen SBB.<sup>3</sup> Hauptsächlich ist SBB Cargo im Schienengüterverkehr tätig. Das Angebot von SBB Cargo umfasst unter anderem die Zustellung einzelner Eisenbahnwagen, die Beförderung von Ganzzügen und die Beförderung im kombinierten Verkehr (nachfolgend: KV).<sup>4</sup> Auf der europäischen Nord-Süd-Achse setzt SBB Cargo auf eine durchgehende Transportverantwortung.

3. Im Rahmen des Geschäftsbereiches Schweiz bietet SBB Cargo ihren Kunden in der Schweiz umfassende Dienstleistungen für den innerschweizerischen Transport und den Import- und Exportverkehr an.<sup>5</sup> Der andere Geschäftsbereich International umfasst Transportleistungen für Transitverkehr. Ein grosser Teil dieser Transportleistungen betrifft den Nord-Süd-Verkehr. Dienstleistungen bei internationalen Transporten solle künftig von SBB Cargo Int abgedeckt werden: SBB Cargo Int solle sich als Spezialistin für KV und Ganzzüge auf der Nord-Süd-Achse zwischen Deutschland und Norditalien positionieren und sich dabei auf die Traktion (in vereinfachter Form kann Traktion als Antrieb oder Fortbewegung bezeichnet werden<sup>6</sup>) konzentrieren.<sup>7</sup>

4. Gemäss Meldung hält SBB Cargo Mehr- und Minderheitsbeteiligungen an folgenden Unternehmen:

- ChemOil Logistics AG (Mehrheitsbeteiligung)
- SBB Cargo Deutschland GmbH (Mehrheitsbeteiligung)
- SBB Cargo GmbH (Mehrheitsbeteiligung)
- SBB Cargo Italia S. r. l. (Mehrheitsbeteiligung)
- SBB Cargo S. r. l. (Mehrheitsbeteiligung)
- RAlpin AG (nachfolgend: Ralpin; Minderheitsbeteiligung)
- Termini SA (Minderheitsbeteiligung)
- XRail SA (Minderheitsbeteiligung)
- Terminal Combiné Chavornay SA (Minderheitsbeteiligung)
- Intercontainer-Interfrigo SA (Minderheitsbeteiligung)
- Sibelit SA (Minderheitsbeteiligung)
- Hupac (Minderheitsbeteiligung)

**Hupac**

5. Hupac bietet Operateurleistungen im KV auf der Schiene an. Das Angebot von Hupac umfasse sowohl den unbegleiteten KV<sup>8</sup> (sog. Shuttle Net), als auch den begleiteten KV<sup>9</sup> (sog. rollende Autobahn).<sup>10</sup>

<sup>1</sup> Meldung, Rz. 15.

<sup>2</sup> Vgl. Meldung, Beilage 8, Präambel Bst. B.

<sup>3</sup> Gemäss Geschäftsbericht 2009 von SBB hält SBB 100 % der Beteiligungen an SBB Cargo und erfasst SBB Cargo unter der Rubrik Güterverkehr und Spedition (Meldung, Beilage 3, S. 149).

<sup>4</sup> [www.sbbcargo.com](http://www.sbbcargo.com) (besucht am 22. November 2010).

<sup>5</sup> [http://www.sbbcargo.com/index/sbbc\\_organisation.htm](http://www.sbbcargo.com/index/sbbc_organisation.htm) (besucht am 22. November 2010).

<sup>6</sup> Der Verband öffentlicher Verkehr VöV definiert Traktion als energetisch unterschiedliche Art eines Lokomotivantriebes, ausgeprägt als elektrische, dieselelektrische, dieselhydraulische und Dampf Traktion. Physikalisch definiert sich Traktion als Motorkraft der Lokomotive minus Schlupf (Energieverlust bei Kraftübertragung vom Rad zur ebenen Fläche) ([www.voev.ch/oV-Glossar.html](http://www.voev.ch/oV-Glossar.html), besucht am 22. November 2010).

<sup>7</sup> Meldung, Rz. 25.

<sup>8</sup> Im unbegleiteten kombinierten Verkehr wird die Ladeinheit auf der Strasse oder per Schiff im Verladeterminale angeliefert und auf den Zug umgeschlagen. Die weitere Beförderung erfolgt auf der Schiene, zumeist über lange, internationale Strecken. Befördert wird nur die Ladeinheit, also der Container, Sattelanhänger oder Wechselbehälter, während der Fahrer am Terminal zurückbleibt. Am Bestimmungsterminal übernimmt ein anderer Lkw die Sendung und führt sie bis zur Enddestination weiter (vgl. [http://www.hupac.ch/de/index.php?p=trasp\\_tecniche&mt=4](http://www.hupac.ch/de/index.php?p=trasp_tecniche&mt=4), besucht am 22. November 2010).

<sup>9</sup> Im Terminal wird der komplette Lkw auf spezielle Bahnwagen verladen. Der Fahrer reist in einem Begleitwagen mit (vgl. [http://www.hupac.ch/de/index.php?p=trasp\\_tecniche&mt=4](http://www.hupac.ch/de/index.php?p=trasp_tecniche&mt=4), besucht am 22. November 2010).

<sup>10</sup> Meldung, Rz 12.

6. Die Aktien von Hupac stehen gemäss Meldung zu 72 % im Eigentum von Transport- und Logistikunternehmen aus der Schweiz, Deutschland, Italien, Frankreich, Österreich und den Niederlanden.<sup>11</sup> Die übrigen 28 % der Aktien stünden im Eigentum von Bahnunternehmen.<sup>12</sup> SBB Cargo halte 23.9 % der Aktien als Minderheitsbeteiligung, ohne jedoch über Mitkontrolle zu verfügen. Unter den Aktionären von Hupac gebe es keinen Aktionärbindungsvertrag, demzufolge zwei oder mehrere Aktionäre Hupac gemeinsam beherrschen.

7. Gemäss Meldung besteht die Hupac-Gruppe aus insgesamt zehn Unternehmen mit Sitz in der Schweiz, in Deutschland, den Niederlanden, Belgien und Italien.<sup>13</sup> Hupac als Muttergesellschaft bewirtschaftete im Wesentlichen ihre Beteiligungen. Gegenüber Dritten vermiete Hupac kein Rollmaterial, ausser an Ralpin.<sup>14</sup>

8. Gemäss Meldung hält Hupac Mehr- und Minderheitsbeteiligungen an folgenden Unternehmen:

- Hupac Intermodal SA (Mehrheitsbeteiligung)
- Hupac Intermodal NV (Mehrheitsbeteiligung)
- Hupac Intermodal BVBA (Mehrheitsbeteiligung)
- Termi SA (Mehrheitsbeteiligung)
- Termi SpA (Mehrheitsbeteiligung)
- Hupac SpA (Mehrheitsbeteiligung)
- Fidia SpA (Mehrheitsbeteiligung)
- Hupac GmbH (Mehrheitsbeteiligung)
- Terminal Singen TSG GmbH (50 %-Beteiligung)
- Ralpin (Minderheitsbeteiligung)
- Combinant NV (Minderheitsbeteiligung)
- Cemat SpA (Minderheitsbeteiligung)
- Cesar Information Services Scarl (Minderheitsbeteiligung)
- Crossrail AG (Minderheitsbeteiligung)
- KTL Kombi-Terminal Ludwigshafen GmbH (Minderheitsbeteiligung)
- DIT Duisburg Intermodal Terminal GmbH (Minderheitsbeteiligung)

### **SBB Cargo Int**

9. Gemäss Meldung ist der Geschäftszweck von SBB Cargo Int die Erbringung von Traktions- und weiteren Dienstleistungen für die Abwicklung von Schienengüterverkehren auf der Nord-Süd-Achse zwischen Nordseehäfen und Norditalien.<sup>15</sup> Zu diesen Leistungen gehörten beispielsweise auch die Planung und Organisation der Schienentransporte, d. h. vor allem die Planung der Ressourcen (Lok und Lokführer) und der Trassen oder die für die Grenzabfertigung notwendigen Leistungen (u. a. Verzollung).<sup>16</sup> Die Leistungen soll SBB Cargo Int für KV-Operateure (inklusive Hupac), Eisenbahnverkehrsunternehmen (inkl. SBB Cargo) und ausgewählte Spediteure (inkl. Chemoil) erbringen.

10. Diese einzelnen Geschäftstätigkeiten biete SBB Cargo Int für folgende Verkehre an:<sup>17</sup>

- begleiteter KV auf der Nord-Süd-Achse durch die Schweiz mit Start- und/oder Endpunkt im Ausland (z. B. Ralpin);
- unbegleiteter KV auf der Nord-Süd-Achse durch die Schweiz mit Start- und/oder Endpunkt im Ausland;
- internationale Ganzzüge.

### **Nebenabreden**

11. Im Rahmen der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens haben SBB Cargo und Hupac folgende Verträge geschlossen:

- Zusammenarbeitsvertrag zwischen SBB Cargo AG und SBB Cargo International AG vom 18. November 2010;
- Zusammenarbeitsvertrag zwischen SBB Cargo International AG und Hupac SA vom 18. November 2010;
- Aktionärbindungsvertrag zwischen SBB Cargo AG und Hupac SA.

12. Für den Zusammenarbeitsvertrag zwischen SBB Cargo AG (SBB Cargo) und SBB Cargo International AG (SBB Cargo Int) ergibt die Würdigung, dass dieser für die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens notwendig und mit dieser unmittelbar verbunden ist. Der Zusammenarbeitsvertrag zwischen SBB Cargo und SBB Cargo Int fällt somit unter das Konzentrationsprivileg. Vorbehalten bleiben jedoch die noch nicht abgeschlossenen respektive der WEKO zu diesem Zeitpunkt nicht zur Kenntnis gebrachten Leistungsvereinbarungen und allfällig weitere Verträge, soweit sie die Grundsätze des Zusammenarbeitsvertrages nicht respektieren.

13. In Bezug auf den Zusammenarbeitsvertrag zwischen SBB Cargo Int und Hupac liess sich feststellen, dass dieser eine Vertragsklausel enthält, bei der es sich um eine Wettbewerbsabrede handelt. Jedoch war zu berücksichtigen, dass SBB Cargo Int noch im Aufbau ist. Zwar wurde das Gemeinschaftsunternehmen bereits gegründet, jedoch wurde es noch nicht mit Leben erfüllt. Diese Vertragsklausel erscheint für die Gründung von SBB Cargo Int als notwendig, damit sie ihre Eigenständigkeit aufbauen kann. Dies gilt jedoch nur für die Anfangsphase, auch wenn die Parteien diese sehr enge Zusammenarbeit auf unbeschränkte Zeit hin als notwendig erachten. Für die Übergangsphase erscheinen drei Jahre in Analogie zur üblicherweise gewährten Übergangsfrist bei Konkurrenzverboten angemessen.<sup>18</sup> In diesem Umfang fällt die Abrede deshalb unter das Konzentrationsprivileg.

<sup>11</sup> Meldung, Rz. 13.

<sup>12</sup> Meldung, Rz. 13.

<sup>13</sup> Meldung, Rz. 55.

<sup>14</sup> Meldung, Rz. 249.

<sup>15</sup> Meldung, Rz. 16.

<sup>16</sup> Meldung, Rz. 17.

<sup>17</sup> Meldung, Rz. 18.

<sup>18</sup> RPW 2010/3, 504 Rz 63 ff., France Télécom SA/Sunrise Communications AG.



14. Zum Aktionärbindungsvertrag ergibt die Würdigung, dass dieser bei der Gründung von SBB Cargo Int grundlegend ist. Dies mag aber ein unbeschränkt gültiges sich auf alle Beteiligungen erstreckendes Konkurrenzverbot nicht zu rechtfertigen. Die entsprechende Regelung im Aktionärbindungsvertrag erhält daher keine Legalisierung durch den fusionsrechtlichen Entscheid und bleibt einer späteren kartellrechtlichen Überprüfung weiter zugänglich.

#### **Umsatzschwellen**

15. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben sind die Umsatzschwellen nach Artikel 9 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

#### **Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens**

16. Für das Zusammenschlussvorhaben bestehen betroffene Märkte gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). In einigen der betroffenen Märkte bestehen Anhaltspunkte für genügend Konkurrenz, so dass keine Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung bestehen. Für andere betroffene Märkte bestehen keine Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung gemäss Artikel 10 KG, insbesondere wegen fehlender Kausalität zwischen dem Zusammenschluss und der Auswirkungen auf den Wettbewerb.

17. Insgesamt ergibt die vorläufige Prüfung keine Anhaltspunkte, welche die Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG rechtfertigen.

B 2.3

**8. FIAT Powertrain/GM/VM Motori**

*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*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 24. März 2011*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 24. März 2011*

Am 25. Februar 2011 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Fiat Powertrain Technologies S.p.A. (nachfolgend FPT) mit Sitz in Turin, Italien, 50 % der Kontrolle über die VM Motori S.p.A. (VM Motori) zu erwerben, um künftig mit General Motors Automotive Holdings, S.L., mit Sitz in Figueruelas, Spanien (nachfolgend GMAH) die gemeinsame Kontrolle an VM Motori zu halten.

FPT ist ein unter italienischem Recht konstituiertes Unternehmen und 100 %ige Tochtergesellschaft von FIAT S.p.A. (nachfolgend Fiat), welche in der Entwicklung, der Herstellung und dem Vertrieb von Personenwagen (Pkw), Lastwagen sowie Landwirtschafts- und Baufahrzeugen tätig ist. Daneben ist Fiat hauptsächlich über Tochtergesellschaften und dem Geschäftsbereich Komponenten und Systeme, in der Herstellung von der Fahrzeugproduktion vorgelagerten Produkten tätig. FPT produziert und vertreibt Motoren für Automobile, industrielle

Anwendungen, Schiffe und für Stromgeneratoren sowie Getriebe.

GMAH ist ein nach spanischem Recht konstituiertes Unternehmen und 100 %ige Tochter der General Motors Company (nachfolgend GM), welche Automobile entwickelt, produziert und vertreibt und damit verbundene Dienstleistungen anbietet. GMAH Aktivitäten bestehen im Erwerb, Halten und Verwalten von Beteiligungen an anderen Gesellschaften für den Mutterkonzern. GMAH ist im Eigentum von 50 % der Aktien von VM Motori und wird dies nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens bleiben.

VM Motori ist tätig im Bereich der Entwicklung und Herstellung von Dieselmotoren für Personenwagen, Landmaschinen, industrielle und stationäre Anwendungen sowie für Schiffe. Aktionäre von VM Motori sind derzeit GMAH sowie DDC Holdings, eine 100 %ige Tochtergesellschaft von Penske Corporation, welche jeweils 50 % der Anteile an VM Motori halten.

Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft insbesondere die Märkte für die Herstellung und den Vertrieb von Dieselmotoren für Landmaschinen und industrielle Anwendungen. Die vorläufige Prüfung ergab, dass die durch das Zusammenschlussvorhaben herbeigeführten Überschneidungen begrenzt sind und eine marktbeherrschende Stellung weder begründet noch verstärkt wird. Auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG konnte daher 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*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 3. März 2011*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 4. März 2011*

1. Am 8. Februar 2011 hat die Wettbewerbskommission die vollständige Meldung zum rubrizierten Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia), die vollständige Kontrolle über die car4you Schweiz AG (nachfolgend: car4you) zu übernehmen.

2. Tamedia ist die Muttergesellschaft eines schweizerischen Medienunternehmens.<sup>1</sup> Tamedia ist in verschiedenen Bereichen tätig, insbesondere Zeitungen, Zeitschriften, elektronische Medien und Online sowie Druck und Logistik. Das Unternehmen ist v. a. in der Deutschschweiz (mit einem gewissen Schwerpunkt in den Grossräumen Bern und Zürich) sowie nach Übernahme der Presse publications SR S.A. (nachfolgend: PPSR) in der Romandie (hauptsächlich im Grossraum Genf/Lausanne) tätig.<sup>2</sup> Im Bereich Rubrikanzeigen hat Tamedia einerseits Angebote in zahlreichen Printtiteln, andererseits betreibt sie selbst oder über Konzerngesellschaften u. a. sehr viele Domains, seien dies Rubrikanangebote mit direkter Buchungsmöglichkeit oder Metaportale.

3. Car4you ist gemäss Meldung ein Unternehmen mit Sitz in Zürich, dessen Kerngeschäft im Betrieb eines Online-Marktplatzes für den Verkauf von Neu- und Gebrauchtfahrzeugen besteht (www.car4you.ch und www.car4you.li). Dort können sowohl Händler als auch Private Anzeigen buchen. Das Angebot von car4you kann u. a. auch auf der Seite www.autoweb.ch abgerufen werden. Car4you betreibt gemäss Meldung weitere Websites in Kooperation mit Dritten sowie Metaportale, z. B. www.inserate.ch mit Subpages. Mit Metaportalen kann auf Inserate diverser Plattformen zurückgegriffen werden, z. B. bei www.inserate.ch im Bereich Fahrzeuge auf car4you, im Bereich Immobilien auf homegate, im Bereich Stellen auf jobwinner. Laut Meldung hat car4you die eigenständigen Aktivitäten im Bereich Print-Anzeigen zwischenzeitlich eingestellt und durch ein Kombi-Angebot mit der zur Tamedia-Gruppe gehörenden Automobil Revue ersetzt. Die Umsätze dieses Angebots [...].

4. Die Tamedia erwarb per Aktienkaufvertrag vom 11. Dezember 2009 (Vollzug am [...]) 15 % der Aktien an der car4you von der car4you Holding AG (nachfolgend: car4you Holding). Durch Aktionärbindungsvertrag gleichen Datums erhielt Tamedia zudem weitgehende Mitbestimmungs- und Kontrollrechte, so dass die car4you

heute von der Tamedia und der Car4you Holding gemeinsam kontrolliert wird. Ziel der Vertragsparteien war von Beginn weg die vollständige Übernahme der car4you durch Tamedia bis im Jahr 2013. Der Aktienkaufvertrag sah zudem beidseitige Optionen für eine vorzeitige Realisierung der Übernahme der restlichen Aktien durch die Tamedia vor. Nach Abschluss einer Ergänzungsvereinbarung hat Tamedia nun Ende 2010 die Call-Option ausgeübt. Sie wird somit zukünftig die alleinige Kontrolle über die car4you inne haben.

5. Im vorliegenden Fall handelt es sich um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG, SR 251) beziehungsweise um Erlangung der Kontrolle gemäss Artikel 1 Buchstabe a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU, SR 251.4).

6. Vorliegend besteht keine Meldepflicht aufgrund von Artikel 9 Absatz 1 KG, da die Umsatzschwellen nicht erreicht werden. Gemäss Artikel 9 Absatz 4 KG besteht jedoch ungeachtet der Absätze 1-3 die Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat und der Zusammenschluss diesen Markt betrifft oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist. Am 1. Dezember 1997 hat die Wettbewerbskommission in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die "groupe Edipresse" (nachfolgend: Edipresse) auf dem Markt für überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und dem Markt für regionale Tageszeitungen der Regionen Genf und Lausanne marktbeherrschend ist.<sup>3</sup> Seit der Übernahme des schweizerischen Geschäfts der Edipresse durch Tamedia entfaltet die rechtskräftige Feststellung der Marktbeherrschung auf den oben genannten Märkten auch Wirkung auf Tamedia, welche am vorliegenden Zusammenschlussvorhaben beteiligt ist.<sup>4</sup> Die REKO/WEF hat festgehalten, dass sich aufgrund der Ortsunabhängigkeit des Internets auch nationale Internetportale als substitutive Werbeträger für regionale (und lokale) Inserenten eignen, welche Rubrikanzeigen platzieren wollen.<sup>5</sup> Laut REKO/WEF umfasst daher der Werbeteilmarkt der Rubrikanzeigen (Kontakte, Stellen, Immobilien und sonstige Kleinanzeigen) grundsätzlich Tageszeitungen (u. U. auch lokale Anzeiger)

<sup>1</sup> Auf die Nennung und Beschreibung aller Konzerngesellschaften wird vorliegend verzichtet.

<sup>2</sup> RPW 2009/3, 245 ff., Tamedia/PPSR

<sup>3</sup> RPW 1998/1, 61 Rz 96, Le Temps.

<sup>4</sup> RPW 2009/3, 330 Rz 421, Tamedia/PPSR.

<sup>5</sup> Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/2, 382 f. E. 8.3.2, Tamedia/BZ/20 Minuten.

sowie entsprechende Internetportale. Vor diesem Hintergrund ergibt sich, dass die Märkte, in denen car4you ihre Tätigkeit ausübt, den Märkten für überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und für regionale Tageszeitungen der Region Genf und Lausanne benachbart sind. Damit sind die Voraussetzungen von Artikel 9 Absatz 4 KG erfüllt und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben untersteht der Meldepflicht.

7. Der vorliegende Zusammenschluss betrifft die Bereiche (Print-/Online-)Rubrikanzeigen sowie Online-Firmenwerbung. Allgemein ergeben sich durch die Übernahme der car4you nur geringfügige Marktanteilsadditionen in den genannten Märkten. Tamedia hat die Strategie von car4you zudem bereits bisher im Rahmen der gemeinsamen Kontrolle mit der car4you Holding AG (mit)bestimmt.

8. Im vorliegenden Fall bestand lediglich ein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU, nämlich der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Rubrikanzeigen in der Westschweiz. Auch in diesem Markt ist die Marktanteilsaddition durch die Übernahme von car4you gering. Zwar weist Tamedia bedeutend höhere Marktanteile aus als ihre grössten Konkurrenten und verfügt wohl auch über Vorteile durch die Möglichkeit der Verknüpfung von Rubrikanzeigen mit Medieninhalten. Jedoch beruht ein wesentlicher Anteil der Marktanteile der Tamedia noch auf Rubrikanzeigen im Printbereich, welche tendenziell eher rückläufig sind. Weiter ist im Bereich der Online-Rubrikanzeigen die Entwicklung dynamisch. So haben in den letzten fünf Jahren mehrere Unternehmen neue Angebote lanciert, so etwa home.ch, findix.ch, mascus.ch, newhome.ch, anibis.ch und tutti.ch. Auch sind in den nächsten Jahren bereits weitere Markteintritte absehbar. Insgesamt ist daher von einer genügenden disziplinierenden Wirkung auf die beteiligten Unternehmen auszugehen. Dies deckt sich auch mit der Einschätzung der Weko im Fall Tamedia/PPSR.<sup>6</sup>

9. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 Absatz 1 KG sind daher nicht gegeben.

---

<sup>6</sup> Vgl. RPW 2009/3 317 ff. Rz 369 ff., Tamedia/PPSR.

B 2.3

**10. Swiss Life/Nationale Suisse (Geschäftszweig Kollektivleben)**

*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*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 14. März 2011*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 14. März 2011*

Am 16. Februar 2011 hat die Wettbewerbskommission die Meldung der Swiss Life AG (nachfolgend: Swiss Life) erhalten, wonach diese beabsichtigt, den Geschäftsbereich Kollektiv-Lebensversicherungen von der Schweizerischen National Leben AG (nachfolgend: National Leben) zu übernehmen.

Die Swiss Life gehört zur Swiss Life Gruppe. Die Swiss Life Gruppe ist im Versicherungs- und Vermögensver-

waltungsgeschäfts, vor allem in den Bereichen Vorsorgelösungen und Lebensversicherungen, tätig. Sie hat sich dabei auf das Geschäft mit Einzel- und Kollektivlebensversicherungen spezialisiert.

Die National Leben, die zur Schweizerischen National-Versicherungs-Gesellschaft AG gehört, ist eine Anbieterin von Vorsorgelösungen im Bereich Einzel- und Kollektivleben. Sie ist Teil einer Versicherungsgruppe, die mit Risiko- und Vorsorgelösungen in den Bereichen Leben und Nichtleben in den Versicherungsmärkten der Schweiz sowie insbesondere auch in Italien, Spanien, Deutschland, Belgien und Liechtenstein tätig ist.

Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass das beabsichtigte Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung der Swiss Life begründen oder verstärken könnte, durch welche der wirksame Wettbewerb auf dem Markt für Kollektiv-Lebensversicherungen beseitigt werden kann. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

**11. Lufthansa Technik AG/Panasonic Avionics Corporation (GU idair GmbH)**

*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*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 23. Februar 2011*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 24. Februar 2011*

1. Am 24. Januar 2011 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Lufthansa Technik AG (nachfolgend: LHT) und die Panasonic Avionics Corporation (nachfolgend: PAC) ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen namens idair GmbH nach deutschem Recht mit Sitz in Hamburg, Deutschland, zu gründen.

2. Die LHT ist eine unter deutschem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Hamburg und ist in den Bereichen der Wartung, Reparatur und Überholung von Flugzeugen, Triebwerken und Ersatzteilen tätig. Ihre Geschäftseinheiten Wartung, Überholung, Geräteversorgung, Triebwerke und VIP-Flugzeuge betreuen Kunden weltweit. Die LHT gehört zum Lufthansa-Konzern.

3. Die PAC ist eine unter dem Recht des Bundesstaates Delaware, Vereinigte Staaten von Amerika, konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Lake Forest, Kalifornien, Vereinigte Staaten von Amerika, und ist gemäss Meldung als Integrator für Kabinenmanagement- und Bordunterhaltungssysteme (nachfolgend: CMS- und IFE-Systeme) in Verkehrsflugzeugen tätig. Sie entwickelt und designt CMS- und IFE-Systeme und stellt solche Systeme für Verkehrsflugzeuge her. Die PAC gehört zur Panasonic Corporation mit Sitz in Osaka, Japan.

4. Die idair GmbH ist das neu zu gründende Gemeinschaftsunternehmen. Als Sitz der idair GmbH ist Hamburg vorgesehen. Die idair GmbH soll vor allem im Be-

reich des Designs, der Vermarktung, der Integration sowie allenfalls der Entwicklung und Herstellung von CMS- und IFE-Systemen und sonderangefertigten CMS- und IFE-Komponenten für VVIP-Flugzeuge sowie sonderangefertigten Komponenten für Sitzverstellungssysteme für Verkehrsflugzeuge tätig sein. Beide Parteien werden je 50 % der Stammanteile der idair GmbH halten und diese gemeinsam kontrollieren.

5. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 18. Januar 2011 als Short Form CO der EU-Kommission gemeldet (COMP/M.5976). Diese hat den Zusammenschluss am 17. Februar 2011 gutgeheissen.

6. Im vorliegenden Fall handelt es sich um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251). Es wird ein Gemeinschaftsunternehmen nach Artikel 2 Absatz 2 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4) gegründet. Die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absatz 1 KG werden erreicht. Daher ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

7. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft Bereiche in Bezug auf Flugzeugkabinenausrüstung.

8. Der einzige Bereich, der als betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU gemeldet wurde, betrifft die Ausstattung von Verkehrsflugzeugen mit IFE-Systemen. Nach den meldenden Unternehmen wird die idair GmbH in diesem Markt nicht als Anbieterin tätig sein und es finden keine Marktanteilsadditionen statt.

9. Die vorläufige Prüfung ergibt keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 Absatz 1 KG sind daher nicht gegeben.

## C Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili

### C 1 Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali

C.1	<b>1. Entscheid des Amtsgerichts Luzern-Land vom 9. November 2010 betreffend vorsorgliche Massnahmen</b>
-----	--

*Entscheid (01 10 110) des Amtsgerichts Luzern Land vom 9. November 2010 in Sachen Gesuchstellerin A gegen Gesuchsgegnerinnen B und C betreffend vorsorgliche Massnahmen.*

#### Sachverhalt

1. Die Gesuchstellerin war im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen Vertragspartnerin der Gesuchsgegnerinnen. Die Gesuchsgegnerin B ist sogenannte Haupthändlerin (bzw. nach Angaben der Gesuchstellerin Renault-"A"-Händlerin) der Gesuchsgegnerin C und damit befugt, mit Händlern oder Werkstätten Verträge über den Verkauf oder die Reparatur von Renault-Fahrzeugen abzuschliessen. Die Gesuchsgegnerin C ist Generalimporteurin in der Schweiz für die Marken Renault und Dacia.

2. Mit Gesuch vom 28.9.2010 stellte die Gesuchstellerin im vorsorglichen Massnahmeverfahren folgende Anträge:

1. Der Gesuchsgegnerin B und C sei unter Androhung von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall folgendes zu verbieten:

1.a die Renault-Kunden in irgendeiner Weise darüber zu orientieren, dass die Gesuchstellerin ab 1.10.2010 keine Wartungs- und Instandsetzungsdienstleistungen (inkl. Garantiarbeiten im Rahmen der [von] Renault angebotenen Serviceverträge) mehr leisten kann;

1.b der Gesuchstellerin den Zugang zum RenaultNet-Anschluss ab dem 1.10.2010 zu sperren;

1.c die Renault Signalisation bei der Gesuchstellerin nicht zu demontieren oder durch Dritte demontieren zu lassen.

2. Ferner sei der Gesuchsgegnerin B und C unter Androhung von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall zu befehlen, der Gesuchstellerin [die] für die Ausführung der Wartungs- und Instandsetzungsdienstleistungen für Renault-Kunden erforderlichen Originalersatzteil (oder qualitativ gleichwertige Ersatzteile) mit Beginn ab 1.10. zu den bisherigen Konditionen zu liefern.

3. Die in den Anträgen Ziff. 1 und 2 angebehrten Massnahmen seien superprovisorisch zu verfügen.

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegner B und C.

In formeller Hinsicht führte sie aus, die Parteien hätten im Renault-Händlervertrag für sämtliche Streitigkeiten, die nicht gütlich beigelegt werden könnten, als ausschliesslichen Gerichtsstand das am Sitz des Haupthändlers, namentlich der Gesuchsgegnerin B, örtlich und sachlich zuständige Handelsgericht vereinbart. Die Gesuchsgegnerin B habe ihren Sitz in Kriens, weshalb das angerufene Gericht zum Erlass von vorsorglichen bzw. superprovisorischen Massnahmen zuständig sei. Da der Renault-Händlervertrag vom 4.1.2005 sowohl von der Gesuchsgegnerin B als auch von der Gesuchsgegnerin C unterzeichnet sei und die Gesuchsgegnerin B angekündigt habe, die Orientierung der Renault-Kunden erfolge durch die Gesuchsgegnerin C, sei davon auszugehen, dass die Gesuchsgegnerinnen B und C in diesem Fall als Vertragspartner der Gesuchstellerin rechtlich und tatsächlich zusammenwirken würden. Deshalb handle es sich bei den Gesuchsgegnerinnen B und C um einfache Streitgenossen im Sinne vom § 50 Abs. 1 ZPO, welche vor dem angerufenen Gericht in demselben Verfahren zweckmässigerweise eingeklagt bzw. belangt werden könnten.

Zur materiellen Begründung brachte die Gesuchstellerin folgendes vor: Sie sei eine sogenannte Renault-"B"-Händlerin. Mit Schreiben vom 24.9.2008 habe die Gesuchsgegnerin B, nach Absprache mit der Gesuchsgegnerin C, den Renault-Händlervertrag vom 4.1.2005 mit der Gesuchstellerin per 30.9.2010 gekündigt. Mit Schreiben vom 30.3.2009 an die Gesuchsgegnerinnen habe sie festgehalten, dass sie gestützt auf die Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (WEKO-Erläuterungen), insbesondere gestützt auf Ziff. 6 Abs. 2 und Ziff. 17 Abs. 2, weiterhin unter den Gesuchsgegnerinnen tätig sein wolle und damit für Renault-Kunden weiterhin Wartungs- und Instandsetzungsdienstleistungen im Rahmen der von Renault angebotenen Serviceverträge (inkl. Garantiarbeiten) auszuführen beabsichtige bzw. ausführen werde. Mit einem weiteren Schreiben vom 15.9.2010 habe sie diesen Willen bestätigt. Auf ihr Schreiben vom 30.3.2009 hätten die Gesuchsgegnerinnen B und C am 4.2.2010 Umsatzziele für Automobilteile und Zubehör für das Jahr 2010 veranschlagen las-

sen. Für den Verkauf von Neuwagen seien keine Umsatzziele veranschlagt worden, da dieser Vertrag ja am 30.9.2010 infolge Kündigung geendet habe. Weiter habe ein Vertreter der Gesuchsgegnerinnen die Gesuchstellerin am 22.9.2010 besucht, um die Massnahmen zur Zielerreichung 2010 zu besprechen. Mit diesen und weiteren Tätigkeiten der Gesuchsgegnerinnen hätten diese konkludent zugestimmt, dass sie die Gesuchstellerin, auch nach dem 1.10.2010 für Renault-Kunden Wartungs- und Instandstellungsdienstleistungen im Rahmen der von Renault angebotenen Serviceverträge (inkl. Garantiarbeiten) ausführen dürfe. Das Schreiben der Gesuchsgegnerin B vom 23.9.2010, mit welchem diese die Konsequenzen des Ablaufs der Kündigungsfrist aufgezeigt haben, stehe klar im Widerspruch zum vorherigen konkludenten Verhalten und verstosse insbesondere gegen Ziff. 6 Abs. 2 und Ziff. 17 Abs. 2 der WEKO-Erläuterungen. Dem entsprechenden Schreiben könne entnommen werden, dass sogar die Gesuchsgegnerin B einen Abschluss bzw. die Weiterführung des Servicevertrages ernsthaft in Betracht ziehe. Mit den im Schreiben angekündigten Vorhaben würde der Gesuchstellerin ein erheblicher, nicht leicht wiedergutzumachender Schaden entstehen, indem sie durch die Kundenorientierung definitiv ihre Renault-Kunden verlieren würde. Ferner erhebe sie, die Gesuchstellerin, gestützt auf das beabsichtigte Verhalten der Gesuchsgegnerinnen wettbewerbsrechtliche Einreden, da die Kundenorientierung unwahr, irreführend und ohnehin wettbewerbsrechtlich unzulässig wäre. Die Gesuchsgegnerinnen würden zudem ihre Verpflichtungen aus Vertrag verletzen, da sie die Gesuchstellerin im Glauben gelassen hätten, auch nach dem 1.10.2010 Wartungs- und Instandsetzungsdienstleistungen (inkl. Garantiarbeiten) im Rahmen der von Renault angebotenen Serviceverträge ausführen zu dürfen. Sie, die Gesuchstellerin, habe daher erhebliche Investitionen getätigt, um die Zielvorgaben 2010 und für die Folgejahre von den Gesuchsgegnerinnen zu erreichen. Das Verhalten der Gesuchsgegnerinnen verstosse damit auch gegen Treu und Glauben und verdiene keinen Rechtsschutz.

3. Mit dringlicher Anordnung vom 28.9.2010 wurde den Anträgen 1 und 2 der Gesuchstellerin vorderhand entsprochen. Den Gesuchsgegnerinnen wurde eine Frist bis 11.10.2010 zur Abgabe einer schriftlichen Vernehmlassung angesetzt (amtl. Bel. 1).

4. Mit Vernehmlassung vom 11.10.2010 beantragten die Gesuchsgegnerinnen was folgt:

1. Die superprovisorisch verfügten Anordnungen des Richters in den Ziffern 1 bis 3 des Entscheids vom 28.9.2010 seien aufzuheben.
2. Mit Bezug auf die Gesuchsgegnerin B, es seien die Anträge der Gesuchstellerin in ihrem Gesuch vom 28.9.2010 vollumfänglich abzuweisen.
3. Mit Bezug auf die Gesuchsgegnerin C, es sei auf die Anträge der Gesuchstellerin in ihrem Gesuch vom 28.9.2010 mangels örtlicher Zuständigkeit nicht einzutreten; eventualiter seien die Anträge der Gesuchstellerin in ihrem Gesuch vom 28.9.2010 vollumfänglich abzuweisen.

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgenlasten der Gesuchstellerin.

Begründend führten die Gesuchsgegnerinnen aus, die Gesuchsgegnerin C habe mit der Gesuchstellerin ausser der "Vereinbarung betreffend Marken-Identifikation Renault" kein Vertragsverhältnis. In dieser Vereinbarung hätten die Parteien als ausschliesslichen Gerichtsstand das Handelsgericht Zürich vereinbart, weshalb das angerufene Gericht für mögliche Ansprüche seitens der Gesuchstellerin gegen die Gesuchsgegnerin C örtlich und sachlich nicht zuständig sei. Die Gesuchsgegnerin C habe lediglich direkte vertragliche Beziehungen zu den Partnern der Netz-Stufe 1; die Gesuchsgegnerin 1 sei eine solche Partnerin. Die Partner der Netz-Stufe 1 würden mit den Sekundärnetzpartnern Verträge abschliessen, weshalb zwischen der Gesuchsgegnerin C und der Gesuchstellerin – mit Ausnahme der Vereinbarung betreffend Renault-Markenidentifikation – kein direktes Vertragsverhältnis bestehe. Die Gesuchsgegnerin B habe überdies mit der Gesuchstellerin am 22.12.2006 einen provisionierten Händlervertrag geschlossen, welcher den Händlervertrag vom 4.1.2005 ersetzt habe.

Die Kündigung des Vertrags durch die Gesuchsgegnerin B sei fristgemäss erfolgt und ordnungsgemäss schriftlich begründet worden. Eine formelle Bewerbung um einen Servicehändlervertrag habe die Gesuchstellerin in der Folge nicht eingereicht. Die Gesuchsgegnerin B habe der Gesuchstellerin mit Schreiben vom 23.9.2010 – in Beantwortung von deren Schreiben vom 15.9.2010, welches an die Gesuchsgegnerin C gerichtet gewesen sei – mitgeteilt, dass für den Abschluss eines Servicehändlervertrags eine Bewerbung erforderlich sei. Voraussetzung dafür sei aber die Einhaltung der für alle Servicehändler im Renault-Netz einheitlich geltenden qualitativen Kriterien. Anstatt sich um einen Servicehändlervertrag zu bemühen habe die Gesuchstellerin jedoch das vorliegende Massnahmebegehren eingereicht. Die Gesuchstellerin habe dieses Vorgehen vermutlich aus dem alleinigen Grund gewählt, da sie wisse, dass sie die qualitativen Selektionskriterien für einen Servicehändlervertrag nicht erfüllen könne. Dieses Vorgehen sei rechtsmissbräuchlich und verdiene keinen Rechtsschutz. Da die Kündigungsfrist am 30.9.2010 abgelaufen sei, bestehe aktuell kein Vertrag zwischen den Parteien. Die Behauptung der Gesuchstellerin, die Gesuchsgegnerinnen hätten durch ihr Verhalten nach der Kündigung konkludent zugestimmt, dass die Gesuchstellerin auch nach Ablauf der Kündigungsfrist Wartungs- und Instandsetzungsdienstleistungen für Renault-Kunden (einschliesslich Garantiarbeiten und Arbeiten im Rahmen von Serviceverträgen) ausführen dürfe, entbehre jeder Grundlage. Die Gesuchstellerin habe sich immer nur auf Wartungs- und Instandsetzungsdienstleistungen bezogen, welche selbstverständlich jeder Händler oder jede Werkstatt ausführen könne. Von Garantiarbeiten oder Arbeiten im Rahmen von Serviceverträgen sei in den Schreiben der Gesuchstellerin nicht die Rede gewesen. Die übrigen von der Gesuchstellerin vorgebrachten Tätigkeiten – Festlegung von Umsatzzielen für Automobilteile, Zubehör und Neuwagen, Besuch des Vertreters der Gesuchsgegnerin B etc. – seien einzig und allein aus dem Grund erfolgt, dass die Parteien die Bestimmungen des provisionierten Händlervertrags bis



zu dessen Beendigung einzuhalten gehabt hätten. Dies sei der Gesuchstellerin auch so mitgeteilt und diese sei deshalb wie bis anhin betreut worden.

Die Gesuchsgegnerin B habe zusammenfassend zu keinem Zeitpunkt und in keiner Weise angedeutet, zu einer nahtlosen Weiterführung ihrer vertraglichen Beziehungen mit der Gesuchstellerin bereit zu sein. Eine solche wäre allenfalls dann in Betracht zu ziehen gewesen, wenn die Gesuchstellerin rechtzeitig vor Ablauf der Kündigungsfrist eine Bewerbung eingereicht hätte. Da ihr das Bewerbungsprozedere bestens bekannt gewesen sei, sei sie nicht gutgläubig gewesen. Die WEKO-Bekanntmachung statuierte – im Gegensatz zu den diesbezüglichen Erläuterungen – keinen Kontrahierungszwang. Deshalb und da die Gesuchsgegnerin B die Einhaltung der qualitativen Kriterien bei einer Bewerbung überprüfen dürfe, sei diese nicht verpflichtet, mit der Gesuchstellerin einen Servicehändlervertrag abzuschliessen, der unmittelbar nach Ablauf des provisionierten Händlervertrags zu laufen beginne. Die verfügten superprovisorischen Massnahmen könnten sich auf keine Anspruchsgrundlage stützen und seien deshalb aufzuheben. Es bestehe weder ein gültiger Vertrag der Gesuchstellerin mit den Gesuchsgegnerinnen, noch habe diese einen Anspruch auf Abschluss eines Vertrags. Die vor zwei Jahren ausgesprochene Kündigung sei ohne Widerspruch geblieben. Die Gesuchstellerin habe sich den Nachteil, der ihr aus der Beendigung des provisionierten Händlervertrags entstehe, selbst zuzuschreiben. Damit liege ein drohender, nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil – und damit die entscheidende Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen – nicht vor. Zudem liege keine Dringlichkeit vor, hätte die Gesuchstellerin sich doch während der zweijährigen Kündigungsfrist um einen Servicehändlervertrag bewerben können.

### Erwägungen

1. Zuständigkeit betreffend die Gesuchsgegnerin B: Aus dem von der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin B geschlossenen provisionierten Händlervertrag ergibt sich, dass für sämtliche Streitigkeiten, die die Parteien nicht gütlich beilegen können, das am Sitz des Partners der Netz-Stufe 1 örtlich und sachlich zuständige Handelsgericht zuständig ist (gg. Bel. 6 S. 14 Ziff. 17.4). Die Gesuchsgegnerin ist vorliegend Partnerin der Netz-Stufe 1 (gg. Bel. 6 S. 2). Sie hat ihren Sitz in Kriens (gs. Bel. 5). Der angerufene Richter ist gestützt auf die erwähnte Gerichtsstandsvereinbarung i.V.m. Art. 33 GestG sowie auf §7 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 i.V.m. § 227 ZPO örtlich und sachlich zuständig.

2. Zuständigkeit betreffend die Gesuchsgegnerin C: Die Gesuchstellerin macht geltend, bei den Gesuchsgegnerinnen handle es sich um eine einfache Streitgenossenschaft im Sinne von § 50 Abs. 1 ZPO. Somit könne sie gestützt auf Ziff. 18.4 des Renault-Händlervertrags [vom 4.1.2005] und subsidiär in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 33 GestG vor dem angerufenen Gericht, in demselben Verfahren zweckmässigerweise eingeklagt bzw. belangt werden (Gesuch S. 3). Die Gesuchsgegnerin C bestreitet die Zuständigkeit des angerufenen Richters. Ausschliesslich zuständig für das Verhältnis zwischen der Gesuchstellerin und ihr selbst sei das Han-

delsgericht Zürich. Analog einer Schiedsvereinbarung sei eine auf Art. 7 Abs. 1 GestG gestützte Konzentration bei einem Gericht ausgeschlossen, auch wenn es sich vorliegend um eine Gerichtsstandsvereinbarung handle (Stellungnahme S. 2 f.).

2.1 Zum Einwand der Gesuchsgegnerinnen, eine Konzentration bei einem Gericht gestützt auf Art. 7 Abs. 1 GestG sei ausgeschlossen, ist vorab Folgendes festzuhalten: Auch bei Vorliegen einer Schiedsgerichtsklausel bleibt die Anordnung vorsorgliche Massnahmen zwingend Sache der staatlichen Gerichte; abweichende Parteivereinbarungen wäre nichtig (Art. 26 Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit, vgl. RÜEDE/HANDELFELDT, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 1993, S. 251, VOGEL/SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 2006, N. 14 71, SJZ 1988 S. 88). Hier liegt unbestrittenermassen nicht eine Schieds-, sondern eine Gerichtsstandsvereinbarung vor. In Bezug auf vorsorgliche Massnahmen ist eine Gerichtsstandsvereinbarung nicht zulässig (DIETRICH, Gerichtsstandsgesetz, 2001, N 7 und 75 zu Art. 33 GestG; SPÜHLER/VOCK, Gerichtsstandsgesetz, 2000, N 2 zu Art. 33 GestG). Es sind somit die allgemeinen Zuständigkeitsvoraussetzungen anwendbar, wobei Art. 7 GestG auch für vorsorgliche Massnahmen gilt (DIETRICH, a.a.O., N 65 zu Art. 33 GestG).

2.2 Das angerufene Gericht ist für die Beurteilung vorsorglicher Massnahmen gegenüber der Gesuchsgegnerin B örtlich zuständig (vgl. Erw. 1.1). Damit ist es gestützt auf Art. 7 Abs. 1 GestG auch für allfällige Ansprüche gegenüber der Gesuchsgegnerin C zuständig, sofern diese mit der Gesuchsgegnerin B eine einfache Streitgenossenschaft bildet.

2.3 Die Bestimmung von Art. 7 Abs. 1 GestG ist dem Ziel einer effizienten und widerspruchsfreien Streiterledigung verpflichtet und soll eine personenbezogene Konzentration von an sich unabhängig zu verfolgenden Ansprüchen am selben Ort ermöglichen (subjektive Klagenhäufung; MÜLLER/WIRTH, Gerichtsstandsgesetz, 2001, N 2 f., 8 und 10 zu Art. 7 GestG; BGE 129 III 80 E. 2 S. 83 ff.). Die Klagen bei einfacher Streitgenossenschaft sind selbständig, können an sich getrennt erhoben werden und auch verschiedene rechtliche Grundlagen haben. Aus Gründen der Prozessökonomie und zur Vermeidung sich widersprechender Urteile wird jedoch die Beurteilung in einem einheitlichen Verfahren ermöglicht (MÜLLER, a.a.O., N 19 zu Art. 7 GestG). Bei der sogenannten unechten Streitgenossenschaft wird im Allgemeinen das Vorliegen von im Wesentlichen gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen vorausgesetzt (MÜLLER, a.a.O., N 20 zu Art. 7 GestG). Auf welche Bestimmung sich die Zuständigkeit für eine beklagte Partei stützt, spielt keine Rolle (MÜLLER, a.a.O., N 24 zu Art. 7 GestG).

Die "Vereinbarung betreffend Marken-Identifikation Renault" zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin C ist mit der Aufhebung des provisionierten Händlervertrags zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin B hinfällig geworden (gg. Bel. 2 Art. 10.1). Die entsprechende Vereinbarung bildete den Anhang 2 des Händlervertrags (gg. Bel. 6). Damit steht fest, dass die allfälligen Ansprüche der Gesuchstellerin gegenüber beiden Gesuchsgegnerinnen auf gleicharti-

gen tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen beruhen, nämlich auf dem provisionierten Händlervertrag bzw. der damit (als Anhang 2) zusammenhängenden „Vereinbarung betreffend Marken-Identifikation Renault“. Der von der Gesuchsgegnerin C erhobene Einwand, dass sie aus dem Händlervertrag keine Verpflichtungen trafe, ist unbehelflich. Denn für die Beurteilung der Zuständigkeit kommt es allein auf die Behauptungen der gesuchstellenden Partei an. Die sich darauf beziehenden Einwände der Gegenpartei sind erst im Stadium der materiellen Beurteilung zu prüfen (BGE 129 III 80 E.2.2 S. 85, m.w.H.). Die Gesuchsgegnerinnen bilden damit eine sogenannte unechte einfache Streitgenossenschaft und das angerufene Gericht ist zur Beurteilung von Ansprüchen der Gesuchstellerin gegenüber der Gesuchsgegnerin C gestützt auf Art. 7 Abs. 1 GestG ebenfalls örtlich zuständig.

2.4 Mehrere Personen können gemeinsam klagen oder eingeklagt werden, wenn der gleiche Richter zuständig, die gleiche Verfahrensart anwendbar und die gemeinsame Beurteilung der Streitigkeiten zweckmässig ist (§ 50 Abs. 1 ZPO). Da es sich sowohl in Bezug auf die Gesuchsgegnerin B als auch auf die Gesuchsgegnerin C um ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen handelt, ist sowohl der gleiche Richter zuständig als auch die gleiche Verfahrensart anwendbar. Die Zweckmässigkeit der gemeinsamen Beurteilung ergibt sich aus dem vorstehend (Erw. 2.3) Ausgeführten. Damit ist der angerufene Richter im Sinne von § 50 Abs. 1 ZPO auch sachlich zuständig.

3. Voraussetzungen und Verfahren: Der Richter ordnet im summarischen Verfahren vorsorgliche Massnahmen an, wenn glaubhaft gemacht wird, dass sie zur Abwehr eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, insbesondere zur Aufrechterhaltung eines bestehenden Zustands, vor Beginn oder während des Prozesses notwendig sind (§ 227 Abs. 1 ZPO). Glaubhaftmachen heisst, dem Richter die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der gesuchsbegründenden Tatsachen darzulegen. An die Glaubhaftmachung sind je nach Art der Beantragten Massnahme und nach der Überzeugungskraft der Stellungnahme der Gegenpartei verschieden hohe Ansprüche zu stellen (STUDER/RÜEGG/EIHZOLZER, Der Luzerner Zivilprozess, 1994, N 8 zu § 227 ZPO).

4. Behauptete Rechtsgrundlagen: Die Gesuchstellerin behauptet, ihr stünden gestützt auf vertragliche und kartellrechtliche Bestimmungen sowie Bestimmungen über den unlauteren Wettbewerb Ansprüche zu (Gesuch/Deckblatt). Sie macht vorab geltend, die Gesuchsgegnerinnen hätten konkludent zugestimmt, dass sie, die Gesuchstellerin, weiterhin für Renault-Kunden Wartungs- und Instandstellungsdienstleistungen im Rahmen der von Renault angebotenen Serviceverträge (inkl. Garantiewerke) ausführen dürfe (Gesuch S. 5 f. Ziff. 6). Damit beruft sie sich auf eine vertragliche Grundlage (vgl. dazu Erw. 5 nachstehend).

Weiter macht sie geltend, die von den Gesuchsgegnerinnen in Aussicht gestellte Kundenorientierung sei unwahr, irreführend und ohnehin wettbewerbsrechtlich unzulässig (Gesuch S. 6 f. Ziff. 8). Inwiefern dies der Fall sein soll, begründet sie nicht. Ebenfalls zeigt sie nicht

auf, inwiefern die Gesuchsgegnerinnen konkret gegen das Kartellgesetz bzw. das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb verstossen haben sollen.

5. Vertragliche Grundlage: Die Gesuchstellerin macht geltend, die Gesuchsgegnerinnen hätten durch ihr Verhalten konkludent zugestimmt, dass sie weiterhin für Renault-Kunden Wartungs- und Instandstellungsdienstleistungen im Rahmen der von Renault angebotenen Serviceverträge (inkl. Garantiewerke) ausführen dürfe (Gesuch S. 5 f. Ziff. 6). Die Gesuchsgegnerinnen bestreiten dies; sie hätten lediglich den laufenden Händlervertrag gemäss den vertraglichen Bestimmungen bis zum Ablauf der Kündigungsfrist am 30.9.2010 weitergeführt.

Die Gesuchsgegnerinnen anerkennen jedoch ausdrücklich, dass die Gesuchstellerin auch nach Beendigung des Händlervertrags Wartungs- und Instandsetzungsdienstleistungen (exkl. Garantiewerke) ausführen kann, wie dies jeder beliebigen Garage möglich sei. Ebenso anerkennt sie, dass Ersatzteile auch an Nicht-Vertrags-Garagen – wenn auch zu anderen Konditionen – geliefert werden (Vernehmlassung S. 5 ff. Ziff. 21 ff. und S. 12 Ziff. 50). Dies war und ist unbestritten. Diesbezüglich haben die Gesuchsgegnerinnen auch keine Massnahmen angedroht oder eingeleitet, weshalb kein Anlass besteht, ihnen diesbezüglich vorsorglich etwas zu befehlen oder zu verbieten.

Die von der Gesuchsgegnerin B mit Schreiben vom 23.9.2010 angekündigten Massnahmen (Information der Renault-Kunden durch die Gesuchsgegnerin C, dass die Gesuchstellerin keine Garantiewerke mehr leisten könne; Kündigung RenaultNet-Anschluss; Demontage der Signalisation; vgl. gs. Bel. 3) sind grundsätzlich geeignet, einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil für die Gesuchstellerin zu bewirken. Andererseits ergibt sich bereits aus dem Händlervertrag vom 22.12.2006, dass vom Tag der Beendigung des Vertrags an der (ehemalige) provisionierte Händler nicht mehr das Recht hat, Garantie- und Gewährleistungsarbeiten für Fahrzeuge auszuführen und Arbeiten im Rahmen der von Renault angebotenen Serviceverträge (Garantieverlängerung und Wartung) durchzuführen (gg. Bel. 6 Ziff. 15.1). Die angekündigten Massnahmen stellen demnach ohne Weiteres, aber doch nur dann einen drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil für die Gesuchstellerin dar, wenn die im Massnahmenverfahren vorläufig und summarisch vorzunehmende Prüfung der Rechtslage ergibt, dass die Kündigung unrechtmässig war oder wenn inzwischen (d.h. seit dem 1.10.2010) ein neuer Vertrag zustande gekommen ist, wenn also auch nach Ablauf der Kündigungsfrist per 30.9.2010 ein Vertragsverhältnis zwischen ihr und den Gesuchsgegnerinnen B und C oder ein entsprechender Anspruch darauf bestand. Andernfalls ist nicht ersichtlich und hat die Gesuchstellerin nicht dargelegt, inwieweit ihr aus den angekündigten – und mit Verfügung vom 28.9.2010 vorsorglich untersagten – Massnahmen ein Nachteil entstehen könnte (vgl. STUDER/RÜEGG/EIHZOLZER, a.a.O. N 8 zu § 227 ZPO; BÜHLER/EDELMANN/KILLER, Komm. zur aargauischen Zivilprozessordnung, 1998, N 15 zu § 302 ZPO AG).

5.1 Kündigung des provisionierten Händlervertrags per 30.09.2010: Erstellt ist, dass die Gesuchsgegnerin B den provisionierten Händlervertrag vom 22.12.2006 (und nicht den von 4.1.2005) mit Schreiben vom 24.9.2008 fristgerecht auf den 30.9.2010 gekündigt hat (gs. Bel. 7, gg. Bel. 6 S. 10 Ziff. 14.1). Die Gesuchstellerin hat nicht vorgebracht, diese Kündigung angefochten zu haben (vgl. Gesuch S. 4 f. Ziff. 4 und 5). Unbestritten ist zudem, dass für die Zeit ab 1.10.2010 kein neuer schriftlicher Vertrag abgeschlossen wurde (Gesuch S. 6 Ziff. 6 und 8, Vernehmlassung S. 4 Ziff. 14). Es ist deshalb zu prüfen, ob die Gesuchsgegnerinnen durch ihr Verhalten dem Abschluss eines Servicehändlervertrags (sog. zugelassene Werkstatt) ab 1.10.2010 konkludent zugestimmt haben und/oder ob ein Anspruch auf den Abschluss eines solchen Vertrags bestand bzw. besteht.

5.2 Anspruch auf Weiterführung als Servicehändlerin/zugelassene Werkstatt: Die Gesuchstellerin bringt vor, sie habe den Gesuchsgegnerinnen mit Schreiben vom 30.3.2009 mitgeteilt, sie werde gestützt auf Ziff. 6 Abs. 2 und Ziff. 17 Abs. 2 der WEKO-Erläuterungen weiterhin, unter ihnen tätig sein (Gesuch S. 5 Ziff. 5). Sinngemäss macht sie damit geltend, gestützt auf die WEKO-Erläuterungen Anspruch auf die Weiterführung des Vertrages als zugelassene Werkstatt zu haben. Die Gesuchsgegnerinnen machen geltend, Voraussetzung für den Abschluss eines Servicehändlervertrags sei unter anderem die Einhaltung der für alle Servicehändler im Renault-Netz einheitlich geltenden qualitativen Kriterien gemäss den WEKO-Erläuterungen Ziff. 6. Die Gesuchstellerin habe sich nicht um den Abschluss eines Servicehändlervertrags beworben. Es müsse zudem auf die WEKO-Bekanntmachung abgestellt werden, da es sich bei den von der Gesuchstellerin zitierten Regeln lediglich um die dazugehörigen Erläuterungen handle (Vernehmlassung S. 4 Ziff. 13 f. und S. 9 Ziff. 40). Zu prüfen ist deshalb, ob die Gesuchstellerin gestützt auf die Bestimmungen der Wettbewerbskommission (WEKO-Bekanntmachung bzw. entsprechende Erläuterungen) Anspruch auf die Weiterführung des Vertrags hat.

Die WEKO-Bekanntmachung definiert in Ziff. 6 den Begriff "zugelassene Werkstatt" (gg. Bel. 3 S. 3). In Ziff. 6 Abs. 2 der zugehörigen Erläuterungen wird festgehalten, dass "all jene Werkstätten, welche in der Lage sind, die entsprechenden Kriterien zu erfüllen, als zugelassene Werkstatt ins Werkstattnetz aufgenommen werden müssen (Kontrahierungszwang)". Dies gelte insbesondere für zugelassene Händler, deren Vertrag aufgelöst worden sei, die aber weiterhin als zugelassene Werkstatt tätig sein wollen. Jedoch seien die Kraftfahrzeuglieferanten befugt, die Einhaltung der vorgegebenen Kriterien durch die Bewerber vorab zu überprüfen (gs. Bel. 10 S. 2). Daraus ergibt sich klar, dass ein Bewerbungsverfahren zulässig und diesfalls eine Bewerbung notwendig ist, um als zugelassene Werkstatt anerkannt zu werden, und zwar unabhängig davon, ob die Werkstatt zuvor bereits im Rahmen eines Händlervertrags Vertragspartner des Lieferanten gewesen ist oder nicht. Ziff. 17 der WEKO-Bekanntmachung bezieht sich auf die Modalitäten der Vertragsauflösung (gg. Bel. 3 S. 8). Der von der Gesuchstellerin zitierte Abs. 2 der Erläuterungen von Ziff. 17 der WEKO-Bekanntmachung gilt lediglich dann, wenn noch ein Vertrag zwischen den Parteien besteht (gs. Bel.

10 S. 7). Dies ist vorliegend jedoch gestützt auf die fristgerechte und unangefochten gebliebene Kündigung durch die Gesuchsgegnerin B nicht mehr der Fall (vgl. Erw. 5.1 vorstehend), weshalb sich die Gesuchstellerin nicht mehr darauf berufen kann. Ein Kontrahierungszwang besteht somit nicht. Die Gesuchstellerin hat aktuell keinen Anspruch auf Abschluss eines Servicehändlervertrags, zumal sie nicht geltend macht, sich dafür beworben zu haben, obwohl sie von der Gesuchsgegnerin C mit Schreiben vom 23.9.2010 auf die entsprechende Pflicht aufmerksam gemacht worden war (vgl. gs. Bel. 3). Damit kann offen bleiben, ob die Bestimmungen der WEKO-Bekanntmachung gegenüber Zivilgerichten überhaupt verbindlich sind, was die Gesuchsgegnerinnen bestreiten (vgl. Vernehmlassung S. 10 Ziff. 41 und 43).

5.3 Konkludenter Abschluss eines Servicehändlervertrags: Die Gesuchstellerin bringt verschiedene Umstände vor, welche eine konkludente Einwilligung der Gesuchsgegnerinnen in die Weiterführung des Vertrags bzw. den konkludenten Abschluss eines Servicehändlervertrages belegen sollen:

Die Gesuchsgegnerinnen B und C hätten auf ihr Schreiben vom 30.3.2009, mit welchem sie die Weiterarbeit als Vertragswerkstatt angekündigt habe, erst im Februar 2010 reagiert, indem die Umsatzziele für Automobilteile und Zubehör für das ganze Jahr 2010 – und nicht nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist per 30.9.2010 – veranschlagt worden seien. Für den Verkauf von Neuwagen der Marke Renault sei in Anbetracht dessen, dass der Vertrag auf den 30.9.2010 gekündigt und lediglich die Weiterführung des Werkstattvertrages beabsichtigt gewesen sei, keine Vereinbarung getroffen worden (Gesuch S. 5 Ziff. 6). Die Gesuchsgegnerinnen führen dazu aus, beide Vertragsparteien seien dazu verpflichtet gewesen, die Bestimmungen des provisionierten Händlervertrags bis zur Beendigung desselben einzuhalten. Dies sei der Gesuchstellerin mit der Kündigung vom 24.9.2008 sowie mit E-Mail der Gesuchsgegnerin C vom 2.3.2009 mitgeteilt worden (Vernehmlassung S. 6 f. Ziff. 25). Aus den beiden zitierten Schreiben ergibt sich dies klar (gs. Bel. 7, gg. Bel. 7). Weiter seien entsprechend der üblichen Praxis die Umsatzziele für Automobilteile und Zubehör für das ganze Jahr festgelegt worden. Bei Vertragsbeendigung während des Kalenderjahres erfolge die Abrechnung über die vereinbarten Zahlen einfach proportional. Die Umsatzziele für Neuwagen seien ebenfalls weiterhin im Form eines vierteljährlich erstellten Volumenplans festgelegt worden. Damit sie die Behauptung der Gesuchstellerin, für den Verkauf von Neuwagen seien keine Ziele festgelegt worden, widerlegt (Vernehmlassung S. 6 f. Ziff. 25 ff.). Aus der Aktennotiz der Gesuchstellerin betreffend Ersatzteil-Zielvereinbarung ergibt sich, dass diese anhand der Vorjahreszahlen ausgehandelt worden ist (gs. Bel. 11). Offenbar wurde demnach wie in den Vorjahren verfahren, der Vertrag also – in Übereinstimmung mit den Ausführungen der Gesuchsgegnerinnen – während der Kündigungsfrist wie bis anhin weitergeführt. Die von den Gesuchsgegnerinnen aufgelegten Volumenpläne 1. bis 3. Quartal 2010 für Neuwagen widerlegen die diesbezüglichen Behauptungen der Gesuchstellerin klar (vgl. gg. Bel. 8a bis 8c). Eine konkludente Absicht oder gar Zusicherung, den auf

den 30.9.2010 gekündigten Vertrag weiterführen und/oder auf ein Bewerbungsverfahren betreffend zugelassene Werkstatt verzichten zu wollen, lässt sich daraus nicht ableiten.

Auch die weiteren Ausführungen der Gesuchstellerin sind nicht geeignet, ein Einverständnis der Gesuchsgegnerinnen zur Weiterführung des Vertragsverhältnisses glaubhaft zu machen. Die Gesuchsgegnerin B zwecks Besprechung der Massnahmen zur Zielerreichung bis am 31.12.2010 habe es sich um den normalen Ablauf während dem (im damaligen Zeitpunkt nach wie vor) bestehenden Vertragsverhältnis gehandelt. Die Möglichkeit zur Bestellung von Winterreifen zu Sonderkonditionen habe nicht nur Renault-Händlern, sondern beispielsweise auch Flottenkunden zur Verfügung gestanden. Auch die automatisch generierte Erinnerung per E-Mail, dass ein Mitarbeiter der Gesuchstellerin für einen Basiskurs eingeschrieben sei, belege nichts, zumal die Schulungen auch Mitarbeitern von Fremdgaren, also Nichtmitgliedern des Renault-Händlernetzes, offen stünden. Bei der Mitteilung der Anpassung des Garantiestundenansatzes vom 29.9.2010 habe es sich ebenfalls um ein routinemässiges Schreiben gehandelt, welches an alle im damaligen Zeitpunkt im Händlersystem eingetragenen Händler – und damit aufgrund des Vertragsablaufs per 30.9.2010 auch an die Gesuchstellerin – versandt worden sei (Gesuch S. 6 Ziff. 6, Vernehmlassung S. 7 f. Ziff. 30 ff.). Diese Ausführungen der Gesuchsgegnerinnen sind schlüssig. Es ist auch daraus nicht ersichtlich, dass die Gesuchstellerin aufgrund des dargestellten Aktivitäten der Gesuchsgegnerinnen, welche ausdrücklich auf die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum 30.9.2010 hingewiesen hatten (gs. Bel. 7, gg. Bel. 7), auf die Weiterführung des Vertrags über dieses Datum und damit über das Ende der Kündigungsfrist hinaus bzw. auf den konkludenten Abschluss eines neuen Servicehändlervertrages hätte schliessen dürfen.

5.4 Bewerbung als Servicehändlerin: Mit Schreiben vom 30.3.2009 hatte die Gesuchstellerin unter dem Betreff "Ihre Stellungnahme zu unserem Bauvorhaben" ausgeführt, wie bis anhin legitimiert zu sein, für ihre Renault-Kunden Wartungs- und Instandsetzungsdienstleistungen zu erbringen (gs. Bel. 8). Dass sie das war und weiterhin ist, war und ist unbestritten (vgl. Vernehmlassung S. 6 Ziff. 23 sowie die vorstehenden Erwägungen). Zudem hatte sie im besagten Schreiben ausgeführt, ohne Weiteres in der Lage zu sein, die vorgegebenen qualitativen Kriterien für das Erbringen von Servicedienstleistungen zu erfüllen (gs. Bel. 8). Dass die Gesuchsgegnerinnen dies nicht als Bewerbung zum Abschluss eines Servicehändlervertrags verstanden oder verstehen mussten (vgl. Vernehmlassung S. 6 Ziff. 24), ist nachvollziehbar. Die Gesuchstellerin hat sich weder explizit beworben noch beispielweise Bewerbungsunterlagen angefordert. Das Bewerbungsverfahren war ihr bereits aus dem Jahr 2006 bekannt (vgl. gg. Bel. 5). Mit Schreiben vom 15.9.2010 hat die Gesuchstellerin geltend gemacht, dass sie die vorgegebenen qualitativen Kriterien des Servicevertrags erfülle und sie die Wartungs- und Instandsetzungsdienstleistungen "zu den bisherigen Konditionen" ausführen wolle. Sie schrieb, dass sie ohne anders lautenden Gegenbericht bis 24.9.2010 davon

ausgehe, dass sich die Gesuchsgegnerin C damit einverstanden erkläre (gs. Bel. 9). Auch in diesem Schreiben hat sie sich nicht ausdrücklich um den Abschluss eines Servicehändlervertrags beworben. Innert der gesetzten Frist, mit Schreiben vom 23.9.2010, hat die Gesuchsgegnerin B der Gesuchstellerin mitgeteilt, dass für den Abschluss eines Servicevertrags eine Bewerbung erforderlich ist, listete die erforderlichen Unterlagen auf und ersuchte um baldmöglichsten Bescheid, wie die Gesuchstellerin weiterfahren möchte (gs. Bel. 3). Dass die Gesuchstellerin die verbleibende Zeit genutzt hätte, doch noch eine Bewerbung einzureichen, hat sie nicht behauptet; solches ergibt sich auch nicht aus ihrem Schreiben vom 24.9.2010 (vgl. gs. Bel. 24, Gesuch S. 6 Ziff. 7 und Vernehmlassung S. 8 f. Ziff. 34 – 38). Selbst im vorliegenden Verfahren macht sie nicht geltend, sich noch bewerben zu wollen.

5.5 Zusammenfassend ergibt die summarische Prüfung der Rechtslage, dass seit dem 1.10.2010 zwischen der Gesuchstellerin und den Gesuchsgegnerinnen B und C keine vertragliche Grundlage mehr besteht. Die Gesuchstellerin hat keine Anspruch auf den nahtlosen Abschluss eines neuen Vertrages als Servicehändlerin bzw. zugelassene Werkstatt, da sie während der zweijährigen Kündigungsfrist unbestrittenermassen keine Bewerbung, wie sie generell zulässig und vorliegend bekanntermassen erforderlich gewesen wäre, eingereicht hat. Vor diesem Hintergrund ist die Gesuchsgegnerin B grundsätzlich befugt, die bereits in Ziff. 15.1 des Vertrags vom 22.12.2006 statuierten und von ihr mit Schreiben vom 23.9.2010 angekündigten Massnahmen zu vollziehen. Diesbezüglich ist das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen abzuweisen und die dringliche Anordnung vom 28.9.2010 aufzuheben. Bei einer laufenden oder eventuell sogar auch bei einer bloss angekündigten Bewerbung um den Abschluss eines Servicehändlervertrags mit entsprechender Glaubhaftmachung von Ernsthaftigkeit und Erfolgsaussicht wäre allenfalls anders zu entscheiden gewesen (z.B. vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Bewerbungsverfahrens). Der Gesuchstellerin ist es anerkanntermassen weiterhin möglich, Wartungs- und Instandsetzungsdienstleistungen (exkl. Garantiarbeiten) zu erbringen und Originalersatzteile (oder qualitativ gleichwertige Ersatzteil) zu beziehen. Die Gesuchsgegnerinnen habe dies nie bestritten und diesbezüglich auch keine Massnahmen angekündigt. Diesbezüglich besteht deshalb kein Anlass, den Gesuchsgegnerinnen etwas zu befehlen oder zu verbieten.

6. Kosten: Im Summarentscheid, mit dem das Verfahren abgeschlossen wird, ist grundsätzlich immer über die Kosten zu befinden (STUDER/RÜEGG/EIHLER, a.a.O. N 2 zu § 237 ZPO). Die Gesuchstellerin als unterliegende Partei hat sämtliche Kosten zu tragen (§ 237 Abs. 1 i.V.m. § 119 ZPO). Die Gerichtskosten werden auf Fr. 2'000.- festgesetzt (inkl. Dringliche Anordnung vom 28.9.2010; § 6 Abs. 1 Bst. D KoV). In summarischen Verfahren beträgt die Anwaltsgebühr Fr. 400.- bis Fr. 4'000.-, bei einem sehr hohen Streit- oder Interessenwert bis Fr. 10'000.- (§ 56 KoV). Die Kostennote der gesuchsgegnerischen Rechtsanwältinnen vom 25.10.2010 vom Fr. [...] (inkl. Fr. [...] Auslagenpauschale und Fr. [...] MWST; aml. Bel. 4) kann nicht geltend

gemachten Umfang genehmigt werden. Bedeutung und Schwierigkeit der Sache, Art und Umfang der Bemühungen, der Zeitaufwand und der Umstand, dass zwei Parteien zu vertreten waren, rechtfertigen die Festsetzung des Honorars auf Fr. [...], was mit Auslagen von ermessenweise Fr. [...] eine Anwaltskostenentschädigung von Fr. [...] ergibt. Wird, wie vorliegend mehrwertsteuerpflichtigen Parteien eine Anwaltskostenentschädigung zugesprochen, ist keine Mehrwertsteuer hinzuzurechnen (LGVE 2006 I Nr. 43).

### Rechtsspruch

1. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die dringliche Anordnung vom 28.9.2010 wird aufgehoben.

3. Die Gesuchstellerin hat die Verfahrenskosten zu tragen.

Die Gerichtskosten betragen Fr. [...] (inkl. Kosten dringliche Anordnung) und werden mit dem gesuchstellerischen Kostenvorschuss von Fr. [...] verrechnet.

Die Gesuchstellerin hat den Gesuchsgegnerinnen B und C eine Anwaltskostenentschädigung von Fr. [...] (inkl. Fr. [...] Auslagen) zu bezahlen.

3. Gegen diesen Entscheid ist der Kurs zulässig (§§ 258 ff. ZPO). Er ist innert 10 Tagen seit Zustellung des Entscheides mit Anträgen und Begründung schriftlich beim Obergericht des Kantons Luzern einzureichen (in je einem Exemplar für das Gericht und jede Gegenpartei). Der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

C.1	<b>2. Entscheid des Obergerichts Kanton Luzern vom 11. Januar 2011 betreffend Entscheid des Amtsgerichts Luzern-Land vom 9. November 2010</b>
-----	---

*Entscheid (11 10 212) des Obergerichts Kanton Luzern (1. Abteilung) vom 11. Januar 2011 in Sachen Gesuchstellerin und Rekurrentin A gegen Gesuchsgegnerinnen und Rekursgegnerinnen B und C betreffend Entscheid des Amtsgerichtspräsidenten I von Luzern-Land vom 9. November 2010 (01 10 110).*

### Erwägungen

1. Die Gesuchstellerin stand im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung (28.09.2010) mit den Gesuchsgegnerinnen in vertraglicher Beziehung (insbesondere aufgrund eines provisionierten Händlervertrags betreffend Verkauf, Wartung und Reparatur von Fahrzeugen der Marke Renault). Diese endete am 30. September 2010 infolge Kündigung durch die Gesuchsgegnerin B. Die Gesuchstellerin war der Meinung, die Gesuchsgegnerinnen seien auch nach dem 30. September 2010 an den Vertrag gebunden bzw. hätten die vertraglich versprochenen Leistungen weiterhin zu erbringen. Sie beantragte deshalb die Anordnung vorsorglicher Massnahmen:

1. Den Gesuchsgegnerinnen B und C sei unter Androhung von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle zu verbieten:
  - a) die Renault-Kunden in irgendeiner Weise darüber zu orientieren, dass die Gesuchstellerin ab 1. Oktober 2010 keine Wartungs- und Instandsetzungsdienstleistungen (inkl. Garantiarbeiten im Rahmen der Renault angebotenen Serviceverträge) mehr leisten kann;
  - b) der Gesuchstellerin den Zugang zum Renault-Net-Anschluss ab dem 1. Oktober 2010 zu sperren;
  - c) die Renault Signalisation bei der Gesuchstellerin nicht zu demontieren oder durch Dritte demontieren zu lassen.
2. Ferner sei den Gesuchsgegnerinnen B und C unter Androhung von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle zu befehlen, der Gesuchstellerin für die Ausführung der Wartungs- und Instandsetzungsdienstleistungen für Renault-Kunden erforderlichen Originalersatzteile (oder qualitativ gleichwertige Ersatzteile) mit Beginn ab 1. Oktober zu den bisherigen Konditionen zu liefern.
3. Die in den Anträgen Ziffer 1 und 2 angebehrten Massnahmen seien superprovisorisch zu verfügen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerinnen B und C.

Der delegierte Richter des Amtsgerichtspräsidenten I von Luzern-Land wies am 9. November 2010 das Gesuch ab und hob die von ihm am 28. September 2010 getroffene dringliche Anordnung auf.

2. Mit Rekurs vom 22. November 2010 stellte die Gesuchstellerin folgende Anträge (OG amtl.Bel. 1):

1. Der Entscheid vom 9. November 2010 des Amtsgerichts Luzern-Land sei aufzuheben.
2. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen sei gutzuheissen.
3. Die Verfügung vom 28. September 2010, d.h. die dringliche Anordnung des Amtsgerichts Luzern-Land sei zu bestätigen.
4. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an das Amtsgericht Luzern-Land zurückzuweisen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerinnen.

In ihrer Rekursantwort vom 9. Dezember 2010 beantragten die Gesuchsgegnerinnen (OG amtl.Bel. 7):

1. Dem Rekurs sei in Anwendung von § 259 Abs. 2 ZPO hinsichtlich Ziffer 2 des angefochtenen Entscheides (Aufhebung der dringlichen Anordnung vom 28. September 2010) per sofort die aufschiebende Wirkung zu entziehen;
2. Im Übrigen sei der Rekurs abzuweisen und der Entscheid der Vorinstanz vom 9. November 2010 zu bestätigen;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Rekurrentin.

3. Der Rekurs ist noch nach den Verfahrensvorschriften der Luzerner Zivilprozessordnung zu beurteilen (Art. 404 Abs. 1 Schweizerische Zivilprozessordnung).

4. Der Rekurs ist zu begründen (§ 260 ZPO). Die Rekurrentin hat sich mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und darzulegen, in welchen Punkten und aus welchen tatsächlichen oder rechtlichen Gründen er falsch sein soll. Der blosser Verweis auf erstinstanzliche Rechtsschriften (wie in OG amtl.Bel. 1 S. 11 Ziff. 8) genügt nicht. Die nicht substantiiert kritisierten Urteilsgründe der Vorinstanz gelten als akzeptiert (LGVE 2007 I Nr. 36).

Die Rekurschrift erfüllt diese prozessualen Anforderungen nur zum Teil. Sie beschränkt sich über weite Strecken auf die Wiederholung der vorinstanzlich eingenommenen Positionen. Konkrete Verweise auf Stellen des angefochtenen Entscheides und konkrete Kritik an dessen Erwägungen finden sich wenig. Soweit eine Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid fehlt, ist auf die Ausführungen der Rekurrentin nicht einzutreten.

5. Die aufgelegten Urkunden werden zu den Akten genommen. Eine Stellungnahme des vorinstanzlichen Richters ist nicht einzuholen; seine Beurteilung ergibt sich aus den Erwägungen des Entscheides vom 9. No-

vember 2010. Ein Augenschein im Betrieb der Gesuchstellerin kann unterbleiben; die entsprechenden Beweisthemen sind für die Beurteilung des Rekurses nicht relevant.

Auf eine Instruktionsverhandlung, die ohnehin nur bei besonderen Umständen durchgeführt wird (§ 261 Abs. 2 ZPO), ist zu verzichten, da aufgrund der Ausführungen der Parteien keine Vergleichslösung zu erwarten ist (vgl. insbesondere OG amtl.Bel. 1 S. 4 f. Ziff. 6.3 und amtl. Bel. 7 S. 10 ff. Ziff. 37 ff.).

6. Die Gesuchstellerin hat die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen glaubhaft zu machen, nämlich den Bestand eines materiellen zivilrechtlichen Anspruchs, dessen Gefährdung oder Verletzung und den drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil (§ 227 Abs. 1 ZPO).

7. Nach Ansicht der Gesuchstellerin gelten die Verpflichtungen aus dem gekündigten Vertrag weiter. Sie stützt ihren behaupteten Hauptanspruch auf mehrere, voneinander unabhängige Begründungen.

7.1. Zunächst behauptet die Gesuchstellerin, die Parteien hätten konkludent die Weitergeltung des streitigen Vertrags ab 1. Oktober 2010 vereinbart.

Unbestritten ist, dass die Gesuchsgegnerin B den Vertrag auf Ende September 2010 gekündigt hat. Wer einen Vertrag vorbehaltlos kündigt, gibt unmissverständlich seinem Willen Ausdruck, die vertragsrechtliche Beziehung zu beenden, sodass ab Vertragsbeendigung für alle Beteiligten keine vertraglichen Hauptpflichten mehr bestehen. Aus diesem Grund sind an das Glaubhaftmachen einer Aufhebung der ausgesprochenen Kündigung durch konkludentes Verhalten hohe Anforderungen zu stellen. Dabei spielt das Verhalten der kündigenden Vertragspartei eine ausschlaggebende Rolle. Denn in erster Linie ist sie es, die auf ihren unmissverständlich zum Ausdruck gebrachten Beendigungswillen zurückkommen müsste. Dasselbe gilt mutatis mutandis auch für die Behauptung, die Parteien hätten anstelle der Rückgängigmachung der Kündigung einen neuen, jedoch identischen Vertrag geschlossen, welcher zeitlich nahtlos an den beendeten anschliesse.

Die Vorinstanz hat sich zu diesen Fragen in Erwägung 5.3 geäussert. Sie hat dabei die verschiedenen von der Gesuchstellerin vorgetragene Indizien gewichtet und ist zum Ergebnis gelangt, diese genügten für ein Glaubhaftmachen nicht. Die Gesuchstellerin spricht diese Indizien in Ziff. 4 der Rekurschrift (OG amtl.Bel. 1 S. 16 ff.) zwar an. Sie wiederholt dabei aber nur ihren vorinstanzlichen Standpunkt, ohne darzulegen, weshalb der angefochtene Entscheid in diesem Punkt falsch sein soll.

Selbst wenn man die Ausführungen der Gesuchstellerin als prozessual genügende Kritik am angefochtenen Entscheid betrachtete, käme man zu keinem anderen Ergebnis. Die von ihr genannten Indizien, insbesondere auch diejenigen mit Wirkung über das Vertragsende hinaus (Garantiestundenansatz und Neuwagenlieferung), sind auch in ihrer Gesamtheit nicht derart gewichtig, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit für eine Rückgängigmachung der Kündigung spräche. Die Bestellung der beiden Fahrzeuge (auf eigenen Namen als "Demofahrzeuge"; OG rek.Bel. 14) und die Mitteilung des er-

höhten Garantiestundenansatzes (AGP gs. Bel. 15) erfolgten noch während des laufenden Vertrags; zudem stammt das Schreiben betreffend den Garantiestundenansatz von der Gesuchsgegnerin C und nicht von der kündigenden Vertragspartei (Gesuchsgegnerin B). Eine konkludente Aufhebung der Kündigung bzw. ein konkludenter neuer Vertragsschluss ist damit nicht glaubhaft gemacht.

7.2. Die Vorinstanz hat in Erwägung 5.2 die Frage geprüft, ob die Gesuchstellerin aufgrund der wettbewerbsrechtlichen Ordnung (WEKO-Bekanntmachung und entsprechende Erläuterungen, vgl. AGP gg.Bel. 3 und gs. Bel. 10) einen Anspruch auf Weitergeltung des gekündigten Vertrags hat. Sie verneinte dies mit der Begründung, dass die wettbewerbsrechtliche Ordnung ein Bewerbungsverfahren zur Anerkennung als zugelassene Werkstatt selbst im Falle eines aufgelösten Vertrags als zulässig erachte, ein schlichter Kontrahierungszwang also nicht bestehe. Die Gesuchstellerin habe aber bis zum Vertragsende kein solches Bewerbungsverfahren eingeleitet, was einen nahtlosen Übergang zu einem neuen bzw. weitergeführten Vertragsverhältnis verhindere. Damit könne offen bleiben, ob die WEKO-Bekanntmachung für ein Zivilgericht überhaupt verbindlich sei.

Die Gesuchstellerin äussert sich zu diesem Thema in Ziff. 3 und Ziff. 5 der Rekurschrift (OG amtl.Bel. 1 S. 11 ff. und 18 ff.). Sie wendet zunächst und insbesondere ein, sie habe sich noch während laufendem Vertrag um einen neuen Vertrag beworben, was vornehmlich aus dem Schreiben der Gesuchsgegnerin B vom 23. September 2010 (AGP gs.Bel. 3) folge. Dies wurde vom delegierten Richter unter Berücksichtigung der ganzen gewechselten Korrespondenz jedoch verneint (AGP Entscheid S. 14 E. 5.4). Mit ihm ist davon auszugehen, dass eine solche Bewerbung während laufendem Vertrag nicht glaubhaft gemacht ist. Insbesondere zeigt das Schreiben der Gesuchsgegnerin B vom 23. September 2010 (AG gs.Bel. 3), dass aus ihrer Sicht die Gesuchstellerin damals noch kein Bewerbungsverfahren eingeleitet hatte ("So oder so benötige ich von Dir eine Bewerbung als Renault Servicestelle in Form eines Businessplanes." [es folgen konkrete Angaben zum Inhalt einer möglichen Bewerbung]).

Ob die Streitlage anders zu beurteilen wäre, wenn sich die Gesuchstellerin noch während laufendem Vertrag um einen neuen Vertrag beworben hätte, kann offen bleiben, da eine solche Bewerbung nicht erfolgte. Die Bewerbung vom 18. November 2010 (OG rek.Bel. 8) ist in diesem Zusammenhang untauglich, da sie keine nahtlose Weiterführung des Vertrags begründen kann, was aber mit zu den Voraussetzungen der Glaubhaftmachung des Hauptanspruches gehören würde. Die Auslegung der WEKO-Erläuterungen (AGP gs.Bel. 10) durch die Vorinstanz wird von der Gesuchstellerin im Übrigen zu Recht nicht beanstandet (OG amtl.Bel. 1 S. 19), da diese Erläuterungen zu Ziff. 6 der WEKO-Bestimmungen (AGP gg.Bel. 3) unmissverständlich ausführen, dass vor Vertragsabschluss ein Bewerbungsverfahren durchgeführt werden darf.

8. Nach dem Gesagten ist mit dem angefochtenen Entscheid davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin den

Bestand des geltend gemachten Hauptanspruchs nicht glaubhaft gemacht hat. Damit ist nicht mehr zu prüfen, ob eine Gefährdung oder Verletzung dieses Anspruchs und ein drohender, nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil zu bejahen wären.

9. Mit dem Entscheid über den Rekurs wird der Antrag der Gesuchsgegnerinnen auf Entzug der Suspensivwirkung gemäss § 259 ZPO gegenstandslos.

10. Bei diesem Verfahrensausgang trägt die Gesuchstellerin sämtliche Kosten (§ 119 Abs. 1 ZPO). Für das Rekursverfahren wird die Gerichtsgebühr auf Fr. [...] und die Anwaltskostenentschädigung an die Gesuchsgegnerinnen auf Fr. [...] (inkl. Auslagen) festgesetzt (§ 10 Abs. 1 und § 58 KoV). Der erstinstanzliche Kostenspruch wird bestätigt.

11. Der Streitwert übersteigt Fr. [...] (Art. 51 BGG).

### **Rechtsspruch**

1. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.

2. Die Gesuchstellerin trägt alle Verfahrenskosten.

Die Gerichtskosten von Fr. [...] (erst- und zweitinstanzlich je Fr. [...]) sind durch die Kostenvorschüsse der

Gesuchstellerin von Fr. [...] gedeckt. Der Restbetrag von Fr. [...] wird der Gesuchstellerin von der kantonalen Gerichtskasse zurückerstattet.

Die Gesuchstellerin hat den Gesuchsgegnerinnen eine Anwaltskostenentschädigung von Fr. [...] (erstinstanzlich Fr. [...], zweitinstanzlich Fr. [...]) zu bezahlen.

3. Gegen Urteile und Entscheide letzter kantonalen Instanzen ist die Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. und Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) zulässig. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten muss der Streitwert mindestens Fr. [...] in arbeits- und mietrechtlichen Fällen und mindestens Fr. [...] in allen übrigen Fällen betragen. Wird dieser Streitwert nicht erreicht, ist die Beschwerde zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt.

Die Beschwerde ist nach den Vorschriften von Art. 42 und Art. 99 BGG innert 30 Tagen beim Bundesgericht einzureichen. Gerügt werden kann nur der Beschwerdegrund von Art. 98 BGG.

4. Dieser Entscheid ist den Parteien und der Vorinstanz zuzustellen.



**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
FR.	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)		
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	<b>U</b>	
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UE	Union Européenne
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Püg	Preisüberwachungsgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
<b>Q</b>		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
<b>R</b>		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	<b>V</b>	
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	<b>W</b>	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RR	Regierungsrat	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	<b>X</b>	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	<b>Y</b>	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	<b>Z</b>	
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
<b>S</b>		ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZPO	Zivilprozessordnung
SJ	La semaine judiciaire	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

## Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
  - abgestimmte Verhaltensweise -
  - Abrede 1 ff., 7 ff., 12, 14, 18, 78, 89, 109, 123, 142, 148, 185, 195, 202, 204, 209, 216
  - Acquiring 5, 23 f., 42 f., 62, 96 ff., 100 ff., 104, 106 ff., 112, 116 ff.
  - Anhörung 105 f., 149, 160, 162, 172, 193 f.
  - Apotheker/innen -
  - Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 5, 16, 98, 117, 134, 157, 198
  - Befristung des Entscheids -
  - Breitbanddienste -
  - Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 4 f., 98, 102, 106, 117 ff., 127, 131 ff., 138, 142, 157, 162, 170, 190
  - Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 19, 165, 173
  - Effizienzprüfung -
  - Einstellung einer Untersuchung -
  - einvernehmliche Regelung 14, 104, 169 f., 173, 196
  - Erheblichkeit 8, 154
  - Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
  - Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
  - Interchange Fee 4 f., 23, 40, 42, 59, 61 f., 104, 117, 119 f., 123, 133, 176, 190
  - Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 79, 91, 116, 191, 204, 210, 212, 215
  - Koppelungsgeschäft 97, 144, 181 ff.
  - Kostenraster -
  - Krankenversicherer -
  - Kreditkarten 2, 4, 98 f., 102, 104, 116 ff., 160, 175, 190, 197
  - Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft 117, 119
- L**
- legitimate business reasons 93, 144 f., 165, 169, 172 f., 177 f., 181 f., 184
- M**
- Marktaufteilung -
  - marktbeherrschende Stellung 2, 5, 18, 78 f., 82, 87, 89, 91, 97, 102, 112, 116, 119, 122 ff., 128, 129 ff., 139 ff., 143 f., 149, 177, 187, 189 ff., 195, 197, 199, 201 ff., 205 f., 209, 211, 213 ff.
  - Marktgegenseite 79, 82, 89 f., 101, 115 ff., 123, 129, 131, 134, 140, 142, 151, 178, 188, 205 f.
  - Marktorganisation -
  - Marktstruktur 116, 123, 125, 128, 134
  - Marktzutrittsschranken 123, 129
  - Meldepflicht 201, 203 ff., 210, 212 f., 215
  - Missbrauch 2, 5, 10, 78 f., 82 ff., 89, 93 f., 97, 106, 115, 122 f., 130, 133 ff., 139 f., 142 ff., 151 ff., 161 f., 182 ff., 187, 189 ff., 195, 197
- N**
- Netzwerk 2, 4, 90, 117 ff., 122, 147, 204 f.
  - Netzwerkkosten 4
  - Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten 5
  - potenzieller Wettbewerb 123, 129, 133
  - Preisabrede 3, 10
  - Preisbindung zweiter Hand 17
- Q**
- Quersubventionierung 6, 94 f.
- R**
- Rabatte 17
  - Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 2 f., 9, 12 ff., 115, 142, 166, 185 ff., 191, 196
  - Senkung Herstellkosten -

---

Submission 1, 10 f.	Veröffentlichung 5
Submissionskartell 1, 10 f., 130	Verschulden 189 f.
<b>T</b>	Vierparteiensysteme -
Tarife 3, 5 f.	vorbehaltene Vorschriften 78, 89 f., 96, 112, 204
Tarifvertrag -	vorgezogene Recyclinggebühren -
Tierärzte/innen -	
Transparenzmassnahmen -	<b>W</b>
<b>U</b>	Wettbewerb um den Markt -
Umstossung der Vermutung -	<b>X</b>
Untersuchung 3 ff., 13 ff., 86 f., 96 ff., 103 ff., 110 ff., 115 f.,	<b>Y</b>
119 f., 123, 130, 133, 148, 151 f., 161 f., 170, 177, 179,	<b>Z</b>
184, 190 f., 196 f.	Zahlungsmittel 98, 117 f., 120
unzulässige Wettbewerbsabrede 5, 7, 10	zweiseitige Märkte -
<b>V</b>	
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -	

---