

ZUSAMMENSCHLUSS: FRANCE TÉLÉCOM / SUNRISE

Mergers & Acquisitions (HS 2016)

Ablauf der Präsentation

- Sachverhalt
- Was bedeutet Fusionskontrolle?
- Eine kurze Repetition
- Kartellrechtliche Probleme im vorliegenden Fall
- Lösung im Fall France Télécom/Sunrise
- Fazit
- Fragen

Sachverhalt: Überblick

- Parteien
 - France Télécom SA (Tochtergesellschaft: Orange)
 - Tele Denmark Communication A/S (Tochtergesellschaft: Sunrise)

- Vorgehen
 - France Télécom sollte Sunrise akquirieren
 - Anschliessend sollten Orange und Sunrise fusioniert werden

- Gründe für das Vorhaben
 - Hoher Marktanteil der Swisscom
 - Hohe Investitionen notwendig, um wettbewerbsfähig zu bleiben
 - Zusammenschluss: Synergien nutzen, Kosten teilen

- Weko
 - Veto gegen den Zusammenschluss
 - Verhinderung eines Duopols im Mobilfunkmarkt in der Schweiz

Was bedeutet Fusionskontrolle?

- Präventive Kontrolle von Transaktionen, in denen eine Gesellschaft die wirtschaftliche Kontrolle über eine andere Gesellschaft erlangt (nur exogenes Wachstum)
 - Ziel: Vermeidung möglicher Missbräuche marktbeherrschender Unternehmen
 - Meldung an Weko nach Verpflichtungsgeschäft (Signing), aber vor Verfügungsgeschäft (Closing)
- > Dazwischen: Schwebezustand (Art. 34 KG)

Fusionskontrolle: eine kurze Repetition (I/III)

Prüfschema

1. Anwendungsbereich des KG (Art. 2 KG)
 - a) Persönlich (Art. 2 Abs. 1, 1^{bis})
 - b) Sachlich
 - i. Unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG)
 - ii. Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG)
 - iii. Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 9 KG)
 - c) Räumlich: Auswirkungsprinzip (Art. 2 Abs. 2 KG)
 - d) Ausnahmen (Art. 3 KG)
2. Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)
 - a) Fusion (lit. a):
 - i. Kombinationsfusion (Art. 3 Abs. 1 lit. b FusG)
 - ii. Absorptionsfusion (Art. 3 Abs. 1 lit. a FusG)
 - iii. Quasifusion
 - iv. Unechte Fusion
 - b) Kontrollerwerb (lit. b i.V.m. Art. 1 VKU)
 - c) Gemeinschaftsunternehmen (Art. 2 VKU)

Fusionskontrolle: eine kurze Repetition (II/III)

3. Umsatzschwellenwerte (Art. 9 Abs. 1 - 4 KG)
 - a) Gemeinsam min. CHF 2 Mrd. weltweit oder bzw. 500 Mio. in der Schweiz **und**
 - b) min. 2 Beteiligte je CHF 100 Mio. in der Schweiz -> Meldepflicht

4. Beurteilung des Zusammenschlusses durch die Weko
 - a) **Vorprüfung** (Art. 32 Abs. 1 KG): Anhaltspunkte für Entstehung/Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 10 Abs. 1 KG)?
 - i. Wenn nicht: Zusammenschluss kann vollzogen werden
 - ii. Bei Hinweisen auf bedenklicher Machtkonzentration: Hauptprüfung

 - b) **Hauptprüfung** (Art. 10 Abs. 2 i.V.m. 33 ff. KG):
 - i. Zusammenschluss führt zu einer **marktbeherrschenden Stellung** (Art. 7 KG), die wirksamen Wettbewerb beseitigen kann (**qualifizierte Marktbeherrschung**) (Art. 10 Abs. 4)
 - Marktstruktur
 - Unternehmenseigenschaften
 - Potenzieller Wettbewerb
 - i. Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt?

Fusionskontrolle: eine kurze Repetition (III/III)

5. Rechtsfolgen

- a) Weko lässt Zusammenschluss zu (evtl. mit Auflagen und Bedingungen)
- b) Weko untersagt Zusammenschluss
- c) Ausnahmsweise Zulassung wegen überwiegenden öffentlichen Interessen

Auf jeden Fall: Beendigung des Schwebezustandes der zivilrechtlichen Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts (Art. 34 KG)

Kartellrechtliche Probleme

- Nach der Fusion würden nur noch zwei Mobilfunkanbieter im Markt verbleiben: Orange/Sunrise und Swisscom
- Eventuell würde eine kollektiv marktbeherrschende Stellung entstehen und wirksamen Wettbewerb beseitigen

Lösung im Fall Orange/Sunrise



1. Anwendungsbereich KG

a) Persönlich:

1. Unternehmen (Art. 2 Abs.1 KG) ✓
2. Definition Unternehmen (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG) ✓

b) Sachlich

1. Unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG)
2. Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG)
3. Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 9 KG) ✓

c) Räumlich: Auswirkungsprinzip (Art. 2 Abs. 2 KG) ✓

d) Ausnahmen: Art. 3 KG ✗

-> Anwendungsbereich des KG eröffnet

2. Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)

a) Fusion (lit. a):

-> I.c. sollte die Sunrise als Tochter der Tele Denmark an France Télécom verkauft werden und sollte weiterhin bestehen bleiben: Keine Fusion wegen fehlender Auflösung einer der Gesellschaften.

b) Kontrollerwerb (lit. b i.V.m. Art. 1 VKU): ✓

-> I.c. wurde ein Aktienkaufvertrag geschlossen mit dem Inhalt, dass die France Télécom durch den Kauf von Sunrise 75% der Aktien halten sollte und die Tele Denmark noch 25% (Share Deal). Die France Télécom hätte nach dem Zusammenschluss die alleinige Kontrolle über die Unternehmung gehabt: Kontrollerwerb mittels Aktionärbindungsvertrag

c) Gemeinschaftsunternehmen (Art. 2 VKU):

-> I.c. wird eine bestehende Tochtergesellschaft der Tele Denmark an die France Télécom veräußert, die Parteien bringen keine Unternehmensteile in eine dritte Gesellschaft ein, das sie später gemeinsam kontrollieren -> nicht einschlägig

-> Kontrollerwerb i.S.v. Art. 4 Abs. 3 lit. b KG i.V.m. Art. 1 VKU

3. Umsatzschwellenwerte

Jahr 2008	Weltweit	Schweiz
France Télécom	CHF 79'429 Mio.	CHF 1'308 Mio.
Sunrise	CHF 1'856 Mio.	CHF 1'856 Mio.
Total	CHF 81'285 Mio.	CHF 3'164 Mio.

- Aufgreifkriterium: Schwellenwerte
 - a) Gemeinsam min. CHF 2 Mrd. weltweit oder bzw. 500 Mio. in der Schweiz **und**
 - b) min. 2 Beteiligte je CHF 100 Mio. in der Schweiz

-> **Zusammenschluss untersteht der Meldepflicht**

4.1 Beurteilung des Zusammenschlusses

Einzelmarktbeherrschung: Vorprüfung (Art. 32 Abs. 1 KG)

Eingreifkriterium: Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung?

a) Abgrenzung relevanter Märkte (Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU)

- 9 Märkte abgegrenzt, 4 relevant
- Endkundenmarkt, Netzzugangsmarkt, Terminierungsmarkt, Roaming-Markt

b) Marktbeherrschende Stellung (Art. 10 Abs. 1 KG)

- Marktstruktur, Unternehmenseigenschaften, potenzieller Wettbewerb
- Keine Anhaltspunkte für Einzelmarktbeherrschung im Endkundenmarkt, Netzzugangsmarkt und Roaming-Markt, Swisscom hält jeweils 60% der Marktanteile
- Terminierungsmarkt: Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung, Gesellschaften sind jedoch voneinander abhängig → Nur geringe Veränderung zu erwarten

-> Keine Begründung/Verstärkung einer Einzelmarktbeherrschung

4.2 Beurteilung des Zusammenschlusses

Kollektive Marktbeherrschung

Führt ein Zusammenschluss zu einer **kollektiv marktbeherrschenden Stellung durch mehrere Unternehmen**, die den **wirksamen Wettbewerb beseitigen** können, kann die Weko den Zusammenschluss untersagen.

- Explizit oder implizite formlose Aktivitäten der Unternehmen mit dem Ziel, Wettbewerb in irgendeiner Form zu beschränken, wie im Monopol:
 - Parallelverhalten
 - Kein Wettbewerb

Voraussetzungen

1. Anreize für kollusives Verhalten
 2. Anreize mit gewisser Dauerhaftigkeit
- Gewinn im kollusiven Markt („Tacit Collusion“) höher als bei Vorliegen von Konkurrenz: kein Wettbewerb

-> Prüfung des Vorliegens der Rahmenbedingungen für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung auf Endkundenmarkt, Netzzugangsmarkt, Roaming-Markt anhand **9 Faktoren**

Kollektive Marktbeherrschung: Kriterien (I/IV)

1. Anzahl Unternehmen
2. Marktanteile
3. Marktkonzentration
 - Fusionierte Unternehmen (<40%), Swisscom (>60%), andere (10-20%), asymmetrische Marktanteile
 - Weko: Swisscom, Orange, Sunrise als eigenständig agierende Anbieter; nach Zusammenschluss wären nur noch Swisscom und Orange/Sunrise auf dem Markt -> Verstärkte Marktkonzentration und Möglichkeit zur Etablierung und Aufrechterhaltung von kollusivem Verhalten deutlich erhöht, keine Konkurrenz durch «andere»

Kollektive Marktbeherrschung: Beurteilungskriterien (II/IV)

4. Symmetrien

- Kostensymmetrie, Technologische Symmetrie, Produkte-, Interessensymmetrie
- Weko: Durch Zusammenschluss würde sich die Symmetrie der Unternehmen in den Bereichen der Technologie und den Kosten erhöhen.

5. Marktwachstum und Innovationen

- Dynamischer Markt / Gesättigter Markt
- Weko: Ein gesättigter Schweizer Markt, die tiefe Wechselbereitschaft im Privatkundenbereich, lange Vertragszeiten und das Fehlen von grossen zu erwarteten Innovationen führen zu einer Begünstigung koordinierten Verhaltens.

Kollektive Marktbeherrschung: Beurteilungskriterien (III/IV)

6. Markttransparenz

- Transparenz über Preise erhöht die Wahrscheinlichkeit kollusiven Verhaltens
- Weko: Die hohe Markttransparenz vereinfacht Preisvergleiche. Konkurrenten können schnell auf Preisänderungen reagieren und Verluste ihrer Marktanteile verhindern.

7. Multimarktbeziehungen

- Interaktion der Gesellschaften auf mehreren Märkten
- Weko: Es bestehen Multimarktbeziehungen zwischen Swisscom und neuem Unternehmen.

Kollektive Marktbeherrschung: Beurteilungskriterien (IV/IV)

8. Stellung der Marktgegenseite

- Stellung der Kunden/Sanktionsmöglichkeiten
 - Weko I: Position der Kunden ist durch die Intransparenz des Marktes geschwächt. Zusammenschluss hätte dies verstärkt (einfachere Koordination zwischen verbleibenden Unternehmen)
 - Weko II: Sanktionsmöglichkeiten der Unternehmen durch z.B. gegenseitige Verwicklung in langwierige fernmelderechtliche Verfahren

9. Potenzielle Konkurrenz

- Zutrittsschranken
 - Weko: Da der Schweizer Mobiltelekommunikationsmarkt gesättigt ist und hohe Initialinvestitionen fordert, ist potenzielle Konkurrenz unwahrscheinlich.

Fazit aus der Prüfung

1. Unterstützende Umstände für potenziell kollusives Verhalten
 - Anzahl Unternehmen, Marktanteile, Marktkonzentration
 - Symmetrie, Marktwachstum und Innovationen
 - Markttransparenz, Multimarktbeziehungen

2. Anreize für gewisse Dauerhaftigkeit
 - Stellung der Kunden
 - Sanktionsmechanismen
 - Geringe potenzielle Konkurrenz

Entscheid der Weko

- Veto gegen Zusammenschluss mit Verfügung vom 21. April 2010
 - Gesamtwürdigung der Faktoren ergab, der Zusammenschluss der Nummer 2 und 3 würde eine kollektive marktbeherrschende Stellung (Duopol) zwischen der Swisscom und dem neuen Unternehmen im Endkunden- und Netzzugangsmarkt begründen;
 - wodurch wirksamer Wettbewerb hätte beseitigt werden können **und**
 - keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem andern Markt bewirkt worden wäre, der die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt hätte (Art. 10 Abs. 2 lit. b).

Wie ging es weiter?

- Die Parteien zogen das Urteil an das Bundesverwaltungsgericht weiter, zogen den Rekurs aber zurück.
- Tele Denmark verkaufte Sunrise an einen britischen Finanzinvestor.
- France Télécom verkaufte Orange (Schweiz) an die Firma Apax.

Fragen

- Kann der Entscheid der Weko als verhältnismässig eingestuft werden?
- Hätte es mildere Mittel als das Verbot des Zusammenschlusses gegeben?

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!