



<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>

**2012/1**

---

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: 727.000.12/1)

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>

2012/1

**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 2012

---

<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	Surveillant 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****2012/1****A Tätigkeitsberichte****A 1 Wettbewerbskommission**Commission de la concurrence  
Commissione della concorrenza

- |  |    |
|--|----|
| 1. Jahresbericht 2011 der Wettbewerbskommission              | 1  |
| 2. Rapport annuel 2011 de la Commission de la concurrence    | 20 |
| 3. Rapporto annuale 2011 della Commissione della concorrenza | 38 |
| 4. Annual Report 2011 of the Competition Commission          | 56 |

**B Verwaltungsrechtliche Praxis****Pratique administrative****Prassi amministrativa****B 2 Wettbewerbskommission**Commission de la concurrence  
Commissione della concorrenza**2. Untersuchungen****Enquêtes Inchieste**

- |   |    |
|---|----|
| 1. Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich | 74 |
|---|----|

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

- |   |     |
|---|-----|
| 1. Tamedia/Bilan/Tribune des Arts   | 113 |
| 2. Bank Sarasin & Cie AG/B. Safra Luxembourg SA   | 121 |
| 3. PTT Global Chemical Public Company Ltd/Perstorp Holding AB/Perstorp Holding France SAS | 124 |
| 4. Sony Corporation/Sony Ericsson Mobile Communications AB                                | 125 |
| 5. Apax Partners LLP/Orange Communications S.A.   | 126 |
| 6. General Electric Company/Microsoft Corporation/Joint Venture                           | 137 |
| 7. Tamedia/Langenthaler Tagblatt  | 138 |
| 8. NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN   | 146 |

**B 3 Bundesverwaltungsgericht**Tribunal administratif fédéral  
Tribunale amministrativo federale

- |  |     |
|--|-----|
| 1. Urteil B-4041/2011 vom 14. Dezember 2011 betreffend vorsorgliche Massnahmen in der Untersuchung 32-0224 der Wettbewerbskommission gegen The Swatch Group AG | 158 |
| 2. Urteil B-4201/2011 vom 14. Dezember 2011 betreffend vorsorgliche Massnahmen in der Untersuchung 32-0224 der Wettbewerbskommission gegen The Swatch Group AG | 162 |

**Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)**

167

**Index (deutsch, français e italiano)**

169

# A Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Prassi amministrativa

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

A 1.	<b>1. Jahresbericht 2011 der Wettbewerbskommission</b>
------	--

### Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Vorwort des Präsidenten</b>	<b>3</b>	3.3.3	Energie	14
<b>2</b>	<b>Wichtigste Entscheide der WEKO</b>	<b>4</b>	3.3.4	Weitere Bereiche	15
<b>3</b>	<b>Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen</b>	<b>5</b>	3.4	Binnenmarkt	15
3.1	Produktmärkte	5	3.5	Ermittlungen	15
3.1.1	Konsumgüterindustrie und Detailhandel	5	3.6	Relations internationales	16
3.1.2	Bauwirtschaft	6	<b>4</b>	<b>Organisation und Statistik</b>	<b>17</b>
3.1.3	Uhrenindustrie	7	4.1	WEKO	17
3.1.4	Automobilsektor	7	4.2	Sekretariat	18
3.1.5	Landwirtschaft	8	4.3	Statistik	18
3.2	Dienstleistungen	9	<b>5</b>	<b>Revision Kartellgesetz – Stand der Arbeiten</b>	<b>20</b>
3.2.1	Finanzdienstleistungen	9	<b>6</b>	<b>Spezialthemen des Jahres 2011</b>	<b>21</b>
3.2.2	Gesundheitsdienstleistungen	10	6.1	Nichtweitergabe von Währungsvorteilen	21
3.2.3	Freie Berufe und gewerbliche Dienstleistungen	11	6.1.1	Lageentwicklung	21
3.3	Infrastruktur	12	6.1.2	Verfahren	23
3.3.1	Telekommunikation	12	6.1.3	Stand der Dinge	25
3.3.2	Medien	13	6.2	Verfahren zu Glasfaser-Kooperationen	25

## 1 Vorwort des Präsidenten

Das Jahr 2011 war ereignisreich, namentlich aus vier Gründen. Erstens haben zwei Spezialthemen die Ressourcen des Sekretariats, mehr als voraussehbar war, in Beschlag genommen. Einerseits haben die Meldungen von Swisscom und der Stadtwerke im Zusammenhang mit ihren Vereinbarungen zum Aufbau der Glasfasernetze zu aufwändigen Vorabklärungen des Sekretariats geführt. Gemäss Sekretariat enthalten die Kooperationsverträge Wettbewerbsabreden, die den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen geeignet sind. Andererseits hat sich der Wechselkurs Euro/CHF (und Dollar/CHF) im letzten Sommer sehr stark abgeschwächt, so dass die bereits bestehenden Preisdifferenzen zwischen der Schweiz und den umliegenden Ländern noch viel höher wurden. In diesem Zusammenhang sind viele Meldungen beim Sekretariat eingegangen, aus denen sich verschiedene zusätzliche Verfahren wegen Verdacht einer Abschottung des Schweizer Marktes ergaben.

Zweitens hat die WEKO im letzten Jahr mehrere grosse Verfahren abschliessen können. In der Untersuchung Online-Handel legte die WEKO fest, dass der Online-Vertrieb nur ausnahmsweise und unter sehr restriktiven Bedingungen beschränkt werden darf. In der Untersuchung zur Kosmetik- und Parfümeriebranche stellte sie klar, dass ein Austausch von vertraulichen Geschäftsinformationen zwischen Konkurrenten nicht zulässig ist. Im Fall NIKON stellte die WEKO eine unzulässige Behinderung von Parallelimporten fest und sprach eine hohe Busse aus. Und in der Untersuchung zum Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau schliesslich deckte sie eine grosse Zahl von unzulässigen Submissionsabreden auf und büsste die beteiligten Unternehmen.

Allen diesen grossen Verfahren ist gemeinsam, dass sie äusserst komplex waren und der Verfahrensaufwand des Sekretariats, aber auch der Aufwand der WEKO in der Entscheidungsphase sehr hoch waren. Die bei drohenden Sanktionen durchgeführten Anhörungen der betroffenen Unternehmen vor der WEKO waren zwar zeitlich intensiv. Sie waren aber im Interesse einer korrekten Entscheidungsfindung notwendig.

Drittens will der Bundesrat das Kartellgesetz mit einer Revision verschärfen, indem die Abreden gemäss den heutigen Abs. 3 und 4 in Art. 5 KG künftig unter einem Rechtfertigungsvorbehalt unzulässig sein sollen. Dies wird die Verfahren der Wettbewerbsbehörde vereinfachen. Zudem will er die Wettbewerbsbehörde in der Entscheidungsfindung verkleinern und professionalisieren. Ob dies in einem Gerichtsmodell – wie vom Bundesrat vorgeschlagen – oder weiterhin mit einer unabhängigen Verwaltungsbehörde geschieht, wird vom Parlament zu entscheiden sein.

Viertens ist die Amtsperiode 2008-2011 ausgelaufen, was mit dem Rücktritt und der Neuwahl von drei Mitgliedern der WEKO verbunden ist. Die neu zusammengesetzte WEKO wird ihre Arbeit in der nächsten Amtsperiode weiterhin konsequent auf den Schutz des wirksamen Wettbewerbs ausrichten, zum Vorteil der Konsumenten und Unternehmen.

**Prof. Vincent Martenet**

Präsident der Wettbewerbskommission

## 2 Wichtigste Entscheide der WEKO

In chronologischer Reihenfolge sind nachstehend die wichtigsten Entscheide der WEKO im Jahr 2011 aufgeführt. Auf diese wird in den Berichten zu den einzelnen Bereichen (siehe 3.1 bis 3.3) näher eingegangen.

Ende April 2011 hat die WEKO entschieden, dass das von **Swisscom und Groupe E** gemeldete Gemeinschaftsunternehmen (GU) nicht unter der Zusammenschlusskontrolle überprüft werden kann. Die WEKO ist im Laufe der vertieften Prüfung zur Überzeugung gelangt, dass das GU keinen selbständigen Marktauftritt haben wird und es deshalb an einer wesentlichen Voraussetzung für ein der Zusammenschlusskontrolle unterstelltes Vollfunktions-GU mangelt. Im Anschluss an den Entscheid der WEKO hat das Sekretariat eine Vorabklärung eröffnet, in welcher die dem GU zugrundeliegenden Wettbewerbsabreden geprüft werden.

Am 6. Juni 2011 hat die WEKO eine Untersuchung gegen die **Swatch Group** eröffnet. Diese will die Lieferung von fertigen Uhrwerken und Assortiments an Drittnehmer einstellen. Gleichzeitig verfügte die WEKO im Interesse des wirksamen Wettbewerbs im Uhrenmarkt vorsorgliche Massnahmen gegen Swatch Group, welche diese verpflichten, während der Dauer des Verfahrens die Drittunternehmen weiter zu beliefern, wobei leichte Lieferreduktionen möglich sind. Die vorsorglichen Massnahmen beruhen auf einer einvernehmlichen Regelung zwischen dem Sekretariat und Swatch Group. Sie sind kurz vor Jahresende vom Bundesverwaltungsgericht (BVGer) bestätigt worden.

Die WEKO erliess am 11. Juli 2011 einen Leitentscheid in Bezug auf die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen des **Online-Handels**. Sie hielt im Entscheid fest, dass Beschränkungen des Online-Handels grundsätzlich gegen das Kartellgesetz verstossen und dass sie nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen zulässig sind. So kann es in einem selektiven Vertriebssystem gerechtfertigt sein, dem Online-Händler vorzuschreiben, die gleichen Voraussetzungen wie ein zugelassener Fachhändler zu erfüllen und ein physisches Verkaufsgeschäft zu betreiben. Die Online-Händler müssen aber in jedem Fall frei sein, die Endverkaufspreise eigenständig festlegen zu können.

Auf Meldung von Swisscom und verschiedener Stadtwerke hin eröffnete das Sekretariat verschiedene Vorabklärungen zu **Glasfaserkooperationen**. Es kam nach sehr anspruchsvollen Ermittlungen Anfang September 2011 zum Schluss, dass diese harte horizontale Wettbewerbsabreden enthalten und nicht im Voraus sanktionsbefreit werden können. Das von den Stadtwerken und Swisscom gewählte Vierfaser-Modell sollte eigentlich Wettbewerb auf dem Glasfasernetz ermöglichen. Die Verträge enthielten aber Klauseln wie die Layer1-Exklusivität für die Stadtwerke oder eine Preiskontrollklausel, welche das Sekretariat als Preis- und Mengenabreden qualifizierte, die den angestrebten Wettbewerb stark beeinträchtigen können. In der Folge haben Swisscom und einzelne Stadtwerke ihre Kooperationsverträge entsprechend angepasst.

Im Zusammenhang mit dem Informationsaustausch zwischen Konkurrenten entschied die WEKO am 31. Oktober 2011, dass der Austausch von Umsatzzahlen, Bruttopreisen und Werbeausgaben zwischen den Unternehmen der **Kosmetik- und Parfümeriebranche** eine unzulässige Wettbewerbsabrede darstellt. Der Austausch von vertraulichen Informationen zwischen direkten Konkurrenten ist in jedem Fall geeignet, das Wettbewerbsverhalten der einzelnen Unternehmen in wettbewerbsschädigender Weise zu beeinflussen. Falls dies auch einen Einfluss auf das konkrete Preissetzungsverhalten der Unternehmen hat, liegt eine sanktionierbare Preisabrede vor. In casu konnte dieser Nachweis nicht erbracht werden, weshalb keine Sanktion ausgesprochen wurde.

Am 28. November 2011 stellte die WEKO fest, dass **NIKON** Parallelimporte von Fotoapparaten und weiterem Fotozubehör von Februar 2008 bis September 2009 in unzulässiger Weise behindert hat. Die WEKO sanktionierte NIKON für diese Behinderung mittels unzulässiger Vertikalabreden mit einem Betrag von rund CHF 12.5 Millionen. Mit diesem Entscheid signalisierte die WEKO, dass sie entschlossen gegen jegliche Behinderung von Direkt- oder Parallelimporten aufgrund von gebietsabschottenden Vertikalabreden vorgeht. Sie bestätigte auch ihren Entscheid von Dezember 2009 in Sachen GABA/Elmex, der weiterhin vor dem Bundesverwaltungsgericht hängig ist.

Schliesslich schloss die WEKO am 16. Dezember 2011 ihre Untersuchung zum **Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau** ab. Sie stellte eine hohe Zahl von unzulässigen Submissionsabreden zwischen den 18 beteiligten Unternehmen fest und büsste diese mit einer Gesamtsanktion von CHF 4.3 Millionen. Die WEKO hat damit eine weitere grosse Untersuchung in ihrem Schwerpunktbereich „Submissionsabreden“ abschliessen können. Eine weitere zu ähnlichen Sachverhalten im Kanton Zürich ist noch hängig.

## 3 Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen

### 3.1 Produktmärkte

#### 3.1.1 Konsumgüterindustrie und Detailhandel

Mit ihrem Entscheid in Sachen **Nikon** vom 28. November 2011 konkretisierte die WEKO ihre bisherige Praxis (vgl. Gaba, RPW 2010/1 65 ff.) zu absolutem Gebietschutz. Die WEKO eröffnete die Untersuchung am 24. März 2010 infolge einer Anzeige und führte bei Nikon Schweiz AG gleichentags eine Hausdurchsuchung durch.

Die Untersuchung ergab, dass Nikon Parallelimporte in die Schweiz vertraglich auf zweifache Weise ausgeschlossen hat: Einerseits hat sie inländischen Unternehmen den Bezug von Nikon Imaging Produkten ausserhalb des Vertragsgebiets (Schweiz und Liechtenstein) verboten. Andererseits bestanden in ausländischen Vertriebsverträgen Exportverbote, die Verkäufe in die Schweiz ausschlossen. Darüber hinaus geht aus der anlässlich der Hausdurchsuchung bei Nikon beschlagnahmten E-Mail Korrespondenz hervor, dass Verkäufe durch Parallelhändler in die Schweiz tatsächlich behindert worden sind bzw. behindert werden sollten. Diese

Klauseln und die Ausübung von Druck auf Parallelhändler haben dazu beigetragen, dass im Zeitraum Frühjahr 2008 bis Herbst 2009 im Vergleich zum freien Wettbewerb überhöhte Preise verlangt worden sind.

Die Massnahmen zum Gebietsschutz haben den wirksamen Wettbewerb auf den relevanten Märkten zwar nicht beseitigt, aber immerhin erheblich beeinträchtigt (Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG). Die dafür ausgesprochene Busse in Höhe von CHF 12.5 Mio. ergibt sich basierend auf die Umsätze von Nikon in der Schweiz sowie der Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens.

Mit Verfügung vom 31. Oktober 2011 entschied die WEKO, dass der Informationsaustausch zwischen den Mitgliedern des Verbandes der Hersteller, Importeure und Lieferanten von Kosmetik- und Parfümerieprodukten (**ASCOPA**) ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 KG darstellt und verbot dessen Weiterführung. Bei den Parteien handelte es sich um **die schweizerischen Tochterunternehmen und Distributoren führender Hersteller der Luxuskosmetikbranche**. Die betroffenen Unternehmen hatten sich zu einem Kartell zusammenschlossen und gegenseitig sensible Informationen über Preise, Umsätze, Werbekosten und allgemeine Geschäftsbedingungen ausgetauscht. Auf diese Weise konnten sie ihr Marktverhalten einander anpassen. Diese Anpassung führte zu einer erheblichen Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Markt für Parfümerie- und Kosmetikprodukte.

Im Juli 2011 wurde die im September 2010 eröffnete Untersuchung betreffend die Behinderung des Online-Handels abgeschlossen. Die WEKO erklärte in ihrem Entscheid die in Frage stehenden **Behinderungen des Online-Handels** der Electrolux AG und der V-Zug AG als unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Die WEKO äusserte sich in diesem Entscheid erstmals zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Internetverkäufe eingeschränkt werden dürfen. Sie hielt fest, dass Internetverkäufe grundsätzlich zulässig sein müssen und nur unter bestimmten, restriktiven Voraussetzungen beschränkt werden dürfen. Darüber hinaus betonte die WEKO, dass Konstellationen, in denen Beschränkungen von Internetverkäufen mit Preisbindungen zweiter Hand oder absoluten Gebietsschutzklauseln einhergehen, als besonders schädlich zu betrachten sind. Als zulässig erachtete es die WEKO im konkret zu beurteilenden Fall, dass die Electrolux AG bzw. die V-Zug AG im Rahmen ihrer selektiven Vertriebssysteme von ihren Händlern verlangt, neben dem Produkteverkauf über das Internet auch ein stationäres Fachgeschäft zu führen. Mit den Unternehmen Electrolux AG und der V-Zug AG wurden einvernehmliche Regelungen abgeschlossen.

Die am 19. Mai 2011 eröffnete Vorabklärung "**Grafische Papiere**" wurde Ende Dezember 2011 ohne Folgen eingestellt. Das Sekretariat konnte keine genügenden Anhaltspunkte für Wettbewerbsbeschränkungen – insbesondere die Verhinderung von Parallelimporten – durch die vier in der Schweiz tätigen Papiergrosshändler Antalis AG, Inapa Schweiz AG, Papyrus Schweiz AG sowie Fischer Papier AG feststellen.

Im Abschlussstadium befindet sich die im Jahre 2010 mittels Hausdurchsuchungen eröffnete Untersuchung

gegen die **Roger Guenat S.A.** (mittlerweile Altimum S.A.) wegen Verdachts auf Preisbindungen zweiter Hand im Bereich Bergsportprodukte. Die Ermittlungen sind abgeschlossen, die Erstellung des Verfügungsantrages steht kurz vor dem Abschluss. Mit dem Abschluss dieser Untersuchung ist im Verlaufe des kommenden Jahres zu rechnen.

Eine umfangreiche Marktbeobachtung wurde auf Veranlassung der Stiftung für Konsumentenschutz (SKS) und der IG Zölliake durchgeführt. Diese kritisierten das höhere Preisniveau für **glutenfreie Produkte** in der Schweiz im Vergleich zum benachbarten Ausland. Das Sekretariat prüfte, ob Preise vorgeschrieben oder Parallelimporte verhindert werden. Dazu befragte das Sekretariat Hersteller, Händler und Importeure und führte bei ausgewählten Produkten Preisvergleiche durch. Es konnten keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Preisbindung oder Behinderung von Parallelimporten ermittelt werden. Die gemeldeten Preisunterschiede haben andere Gründe: So führen u.a. kleine Einkaufsmengen und die höheren Margen der inländischen Detailhändlern zu höheren Preisen bei den importierten Produkten. Bei den in der Schweiz hergestellten Lebensmitteln ergeben sich höhere Produktionskosten, da es in der Schweiz keine spezialisierten Hersteller für glutenfreie Produkte gibt.

### 3.1.2 Bauwirtschaft

Die im Juni 2009 eröffnete Untersuchung betreffend **Submissionsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau** wurde mit Entscheid der WEKO vom 16. Dezember 2011 abgeschlossen.

Am 7. Juni 2011 liess das Sekretariat den Parteien den Antrag an die WEKO zur Stellungnahme zukommen. In der Folge fanden im Oktober 2011 anlässlich dreier Sessionen aufwändige Anhörungen vor der WEKO statt. Von der Möglichkeit zu den einzelnen Verfahrensschritten Stellung zu nehmen, machten die Parteien rege Gebrauch.

18 direkt an Submissionsabsprachen beteiligte Firmen wurden schliesslich mit insgesamt knapp CHF 4 Mio. sanktioniert, wobei 7 Baugeschäfte in den Genuss von Sanktionsreduktionen im Rahmen des Bonusprogramms kamen; eines profitierte von einem vollständigen Sanktionserlass. Die Untersuchung hatte gezeigt, dass sich die beteiligten Baufirmen bei über 100 Projekten abgesprochen haben, um bei öffentlichen und privaten Ausschreibungen die Beträge der Eingaben zu koordinieren und um somit Bauprojekte unter sich aufzuteilen.

Die Bekämpfung solcher Submissionsabsprachen bildet einen Schwerpunkt der Arbeit der Wettbewerbsbehörden. Durch die Signalwirkung dieses bedeutenden Entscheides sollen ähnliche Verstöße gegen das Kartellgesetz zukünftig unterbunden werden.

### 3.1.3 Uhrenindustrie

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 2011 zu informellen Kontakten mit der Swatch Group bei denen sich zeigte, dass Swatch Group das

angekündigte Vorhaben zumindest teilweise in die Tat umzusetzen gedenkt. Aus diesem Grund eröffnete das Sekretariat am 6. Juni 2011 eine Untersuchung wegen eines möglichen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Gleichzeitig hat die WEKO gestützt auf eine einvernehmliche Regelung mit der Swatch Group vorsorgliche Massnahmen für die Dauer der Untersuchung erlassen. Sie schreiben vor, dass die Swatch Group Drittkunden vorerst in vollem Umfang weiter beliefern muss. Im Jahr 2012 kann die Swatch Group die Lieferung mechanischer Uhrwerke auf 85 % und von Assortiments auf 95 % der Menge, welche 2010 bezogen wurde, reduzieren. Damit soll verhindert werden, dass der Wettbewerb auf den relevanten Märkten nachhaltig beeinträchtigt wird. Die gegen die vorsorglichen Massnahmen eingereichten Beschwerden von betroffenen Unternehmen sind vom BVGer Mitte Dezember 2011 abgewiesen worden.

Die Swatch Group plant, insbesondere die Lieferung mechanischer Uhrwerke und Assortiments (regulierende Bestandteile eines mechanischen Uhrwerks) an Drittnehmer einzustellen. Die Untersuchung soll zeigen, ob das Verhalten ein kartellrechtlich unzulässiger Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt. Dabei soll insbesondere geprüft werden, ob alternative Bezugsquellen zur Swatch Group bestehen und in welchem Zeitraum solche allenfalls aufgebaut werden könnten. Die Swatch Group hat ihre Bereitschaft zu einer einvernehmlichen Lösung im Sinne einer stufenweisen Lieferreduktion signalisiert.

Im Rahmen der Ermittlungshandlungen führte das Sekretariat umfangreiche Befragungen bei einer grossen Anzahl Marktteilnehmern durch. Im kommenden Jahr werden die Ermittlungshandlungen fortgesetzt und soweit möglich abgeschlossen.

Die im September 2009 eröffnete Untersuchung gegen die ETA Manufacture Horlogère Suisse SA wegen eines möglichen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung wurde gleichzeitig mit der Eröffnung der Untersuchung gegen die Swatch Group AG sistiert, da sie massgeblich durch die Ergebnisse der neuen Untersuchung beeinflusst werden kann.

### 3.1.4 Automobilsektor

Im Jahr 2011 gingen beim Sekretariat weitere Anzeigen von schweizerischen Endkunden ein, die angeblich erfolglos versucht hatten, im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) einen BMW bzw. einen MINI zu kaufen. Die WEKO hatte bereits im Oktober 2010 eine Untersuchung gegen die **BMW Group** wegen möglicher Behinderung von Direktimporten bzw. Parallelimporten von Neufahrzeugen der Marken BMW und MINI aus dem EWR in die Schweiz eröffnet. Der entsprechende Antrag des Sekretariats an die WEKO wurde der BMW Group im Oktober 2011 zur Stellungnahme zugestellt.

Im Zusammenhang mit dem **tiefen Euro-Wechselkurs** gingen insbesondere in den Sommermonaten 2011 zahlreiche Anzeigen von Endkunden ein, die sich über die teilweise sehr hohen Preisunterschiede zwischen der Schweiz und EU-Ländern im Bereich von Personenwagen und Motorrädern beklagten. Das Sekretariat prüfte bei den angezeigten Sachverhalten insbesondere, ob

Hinweise für gebietsabschottende Verhaltensweisen (z.B. Exportverbote in Bezug auf die Schweiz) vorlagen. Gemäss der KFZ-Bekanntmachung der WEKO stellt die Beschränkung der Möglichkeit der Endverbraucher in der Schweiz, der Mitglieder eines Selektivvertriebssystems in der Schweiz oder der Verkäufer in der Schweiz, die von einem Endverbraucher in der Schweiz beauftragt worden sind, Kraftfahrzeuge ohne Einschränkungen bei einem in der Schweiz zugelassenen oder im EWR tätigen Händler zu beziehen in der Regel eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung dar.

Das Sekretariat beantwortete viele Anfragen, die sich auf die **Gewährung von Garantieansprüchen** auf direkt und parallel importierten Personenwagen bezogen. Das Sekretariat verwies dabei stets auf die entsprechenden Bestimmungen in der KFZ-Bekanntmachung und die entsprechenden Erläuterungen. Demnach müssen Garantien, welche von den Kraftfahrzeuglieferanten an dem Ort gewährt werden, wo das neue Kraftfahrzeug verkauft wird (sog. Hersteller- oder Werksgarantien), unter denselben Bedingungen im gesamten Europäischen Wirtschaftsraum und in der Schweiz Gültigkeit haben.

Ende 2011 hat das Sekretariat mit den Arbeiten zur **Revision der KFZ-Bekanntmachung** der WEKO begonnen. Die Revision erfolgt vor dem Hintergrund, dass die Europäische Kommission im Jahr 2010 einen neuen wettbewerbsrechtlichen Rahmen für die Automobilbranche angenommen hat. 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. Die interessierten Verbände werden zu gegebener Zeit zur Stellungnahme eingeladen.

Das Sekretariat hat im Rahmen der Ämterkonsultation zur Inkraftsetzung der Änderungen zum Bundesgesetz über die Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen (**CO<sub>2</sub>-Gesetz**) und der Verordnung über die Verminderung der CO<sub>2</sub>-Emissionen von Personenwagen Stellung genommen. Bei der Umsetzung des CO<sub>2</sub>-Gesetzes kann es zu Nachteilen für Kleinimporteure gegenüber Grossimporteuren kommen. Im Unterschied zu Grossimporteuren können Kleinimporteure eingeführte Personenwagen mit hohen CO<sub>2</sub>-Emissionen nicht mit solchen mit tiefen CO<sub>2</sub>-Emissionen kompensieren, sofern sie sich nicht zu Emissionsgemeinschaften zusammenschliessen, was mit zusätzlichem Aufwand verbunden ist. Das Sekretariat steht Massnahmen, die zur Erschwerung von Direkt- und Parallelimporten führen, grundsätzlich ablehnend gegenüber. Dementsprechend hat es bei der vorgeschlagenen Umsetzung des CO<sub>2</sub>-Gesetzes Bedenken geäussert.

Schliesslich hat das Sekretariat Ende 2011 im Rahmen der Ämterkonsultation zur Änderung verschiedener Verordnungen im Strassenverkehr Stellung genommen. Das Sekretariat begrüsst in diesem Zusammenhang, dass

eine erleichterte Zulassung importierter Personenwagen möglich wird, sofern der Importeur über eine sog. EG-Übereinstimmungs-bescheinigung verfügt.

### 3.1.5 Landwirtschaft

Im Jahr 2011 gingen verschiedene Anzeigen aus dem Bereich Landwirtschaft ein. Die Marktbeobachtungen haben jedoch keine Wettbewerbsbeschränkungen zu Tage gefördert. Eine Marktbeobachtung im Düngemarkt wird voraussichtlich Anfang 2012 abgeschlossen. Zum Getreidemarkt wurde eine Vorabklärung durchgeführt und abgeschlossen.

Aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung auf den Märkten Konsummilch, Konsumrahm und Butter musste die **Emmi AG** ein Zusammenschlussvorhaben melden. Dabei handelt es sich um die Übernahme der Rutz Käse AG, welche primär in der Affinage von Appenzeller- und Tilsiter-Käse tätig ist. Die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens ergab keine Anhaltspunkte, wonach eine neue marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

In der ersten Jahreshälfte verfasste die WEKO ein Gutachten zu einer vor dem Kantonsgericht Waadt hängigen Klage. Dabei war insbesondere die Frage zu beantworten, ob einem Produzenten von **Etivaz-Käse** aufgrund des Kartellgesetzes der Zugang zu einem Reifkeller der "Coopérative des producteurs de fromages d'alpages, L'Etivaz" zu gewähren sei. Die Frage wurde verneint.

Das Sekretariat war an über 30 Ämterkonsultationen zu Gesetzes- oder Verordnungsänderungen beteiligt und hat sich zu mehr als 20 parlamentarischen Vorstössen geäussert. Die WEKO nahm auch am Vernehmlassungsverfahren zur Agrarpolitik 2014-2017 teil.

## 3.2 Dienstleistungen

### 3.2.1 Finanzdienstleistungen

Das Sekretariat hat im Bereich der Debitkarten eine weitere Vorabklärung abgeschlossen. Das Verfahren geht zurück auf zwei Widerspruchsmeldungen von MasterCard. Beide Meldungen hatten die Einführung einer sogenannten "Default Interchange Fee" zum Gegenstand. Die erste betraf das in der Schweiz stark verbreitete Debitkartensystem "**Maestro**" und sah die Belastung einer Interchange Fee auf sämtlichen inländischen Zahlungstransaktionen vor, welche durch eine Maestro-Debitkarte ausgelöst werden. Gegenstand der zweiten Meldung war die Lancierung des neuen Debitkartensystems "**Debit MasterCard**" in der Schweiz unter gleichzeitiger Einführung einer Interchange Fee für Transaktionen, die mit dieser neuen Debitkarte ausgeführt werden. Da nach bisheriger Praxis der Wettbewerbsbehörden Interchange Fees regelmässig als Preisabsprachen zwischen den Kartenherausgebern (Issuer) und den die Händler anwerbenden Unternehmen (Acquirer) qualifiziert werden und es sich bei beiden um ähnliche Zahlkartensysteme von MasterCard handelt, wurden die hierzu eröffneten Vorabklärungen zu einem Verfahren vereinigt.

Zunächst äusserte das Sekretariat Bedenken hinsichtlich der kartellrechtlichen Zulässigkeit einer "Default Interchange Fee" für das Maestro-System. Dabei wurde un-

ter anderem berücksichtigt, dass "Maestro" das mit Abstand grösste in der Schweiz betriebene, sowohl beim Handel als auch bei den Karteninhabern weit verbreitete Debitkartensystem ist, das keine echte Konkurrenz hat, da beim Debitkartensystem von VISA ("VISA V PAY") trotz Ankündigung noch kein Markteintritt erfolgt ist. Eine Einführung einer "Fallback Interchange Fee" lässt sich nicht mit wirtschaftlichen Effizienzgründen rechtfertigen.

Bedenken ergaben sich für das Sekretariat in der Folge auch in Bezug auf die Default Interchange Fee für Debit MasterCard. Bezugnehmend auf den Fall PAY (vgl. RPW 2009/2, 122 ff.) billigte es die Einführung solcher Gebühren für die neue Debitkarte von MasterCard unter bestimmten Bedingungen, insbesondere jener, dass MasterCard bezüglich Maestro auf die Einführung einer Default Interchange Fee verzichtet und auch keine Anreize für einen Wechsel von Maestro zu einem anderen Debitkartensystem, namentlich zu Debit MasterCard, für die Issuer und Acquirer setzt.

In einer Vorabklärung untersuchte das Sekretariat die Ausweitung der Tätigkeit der **Gebäudeversicherung Bern (GVB)** im Privatversicherungsmarkt. Mit der Revision des Gebäudeversicherungsgesetzes im Jahre 2010 ermöglichte der bernische Gesetzgeber der GVB, zusätzlich zu den im Monopol angebotenen Feuer- und Elementarschadenversicherungen für im Kanton Bern gelegene Gebäude auch freiwillige Gebäudezusatzversicherungen wie z.B. eine Gebäudewasserversicherung anzubieten. Zudem schuf der Gesetzgeber eine gesetzliche Grundlage für die Ausübung von Nebentätigkeiten durch die GVB (z.B. Schadenabwicklung für Dritte oder Schätzung von Gebäuden), soweit diese im Zusammenhang mit der Haupttätigkeit stehen. Sowohl der Schweizerische Versicherungsverband (SVV) wie auch einzelne Versicherungsgesellschaften äusserten ihre Bedenken über die Ausgestaltung des neuen Marktauftrittes des GVB. Sie haben insbesondere auf die Unzulänglichkeit einer strikten Trennung zwischen dem Monopolbereich und dem Bereich der Zusatzversicherung hingewiesen. Zudem wurde befürchtet, dass das Vorhaben bei der GVB zu Wettbewerbsvorteilen auf dem Markt für Gebäudezusatzversicherungen und damit zu einer Wettbewerbsverzerrung führen könne. Das Sekretariat machte deshalb gegenüber der GVB Anregungen, wie die Ausweitung der Tätigkeit möglichst wettbewerbsneutral und kartellrechtskonform ausgestaltet werden könnte. Die GVB hat diese Anregungen in eine Verpflichtungserklärung aufgenommen. Dadurch konnten die kartellrechtlichen Bedenken ausgeräumt werden.

Beendet hat das Sekretariat eine Vorabklärung im Bereich der **Versicherung von Asbestrisiken**. Dabei ging es um die Frage, ob die in der Schweiz tätigen Haftpflichtversicherer im Zeitraum 2002 – 2003 eine Abrede darüber getroffen hatten, das Asbestrisiko aus den Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Betriebshaftpflichtversicherung auszuschliessen. Das Sekretariat konnte keine Anhaltspunkte für einen Kartellrechtsverstoss finden, zumal verschiedene Gesellschaften bereits vor dem erwähnten Zeitraum dazu übergegangen waren, das Asbestrisiko in der einen oder anderen Form von der allgemeinen Versicherungsdeckung auszuschliessen. Als Hauptgrund für diese Ausschlüsse

konnte die internationale Entwicklung bei Schadenersatzprozessen identifiziert werden, welche für die Assekuranz zu einem Verlust des Rückversicherungsschutzes führte und damit eine versicherungstechnische Neubewertung des Asbestrisikos notwendig machte. Immerhin wurde die Versicherung solcher Risiken nicht generell abgeschafft, sondern lediglich der Versicherungsschutz aus den allgemeinen Vertragsbedingungen ausgeschlossen, was eine feinere Risikokontrolle und damit ein verbessertes Risikomanagement ermöglicht. Individuelle Versicherungslösungen werden somit in Zukunft möglich sein und von den Versicherungen auch angeboten.

Weiter hat das Sekretariat im Bereich der Finanzdienstleistungen verschiedene **Zusammenschlussvorhaben** beurteilt. Dabei ist daran zu erinnern, dass auch bei Bankfusionen, die aus Gründen des Gläubigerschutzes durch die FINMA beurteilt werden (Art. 10 Abs. 3 KG) stets eine Meldung des Zusammenschlussvorhabens an die WEKO gemäss Art. 9 KG erfolgen muss. Überdies führte das Sekretariat zwei **Beratungen** durch, welche ein Homologationspapier der SIX Multipay AG für Kartenterminals und ein Benchmarking von Hypothekenzinssparnissen bei Banken zum Gegenstand hatten.

### 3.2.2 Gesundheitsdienstleistungen

Nach Eingang mehrerer Meldungen wurde der **Medikamentenvertrieb in der Schweiz** durch die Wettbewerbsbehörden im Rahmen einer Vorabklärung einer eingehenden Analyse unterzogen. Ziel war es zu prüfen, in welchem Umfang Probleme in der Distributionskette/Vertriebskette vom System der *whole-salers* über die Grossverteiler bis zu den Detailhändlern (Apotheken, selbstdispensierende Ärzte und Drogerien) bestehen. Die Sichtung der Informationen zur Funktionsweise des Systems sowie die Vertiefung gewisser Aspekte sind noch im Gange.

Nach dem Zwischenbericht wurde die Vorabklärung, die auf den **Vertrieb von Hörgeräten** ausgerichtet war, mit dem Ziel verlängert, die im Laufe des Jahres 2011 aufgetretenen Veränderungen auf dem Markt zu berücksichtigen. Die Untersuchung wird Anfang 2012 weitergeführt und soll aufzeigen, ob Anhaltspunkte bestehen, dass die von den Produzenten vorgeschlagenen Preise den Wettbewerb auf dem Hörgerätemarkt verhindern oder massgeblich beeinträchtigen.

Im April 2011 unterbreitete der Dachverband **santésuisse** den Wettbewerbsbehörden im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens die von ihren Mitgliedern (83 Krankenversicherern) getroffene Vereinbarung betreffend Kundenwerbung. Die am 1. Juni 2011 in Kraft getretene Vereinbarung sieht das Verbot von Telefonwerbung oder allgemeinem Telefonmarketing, die Limitierung der Provisionskosten an Makler und Vermittler auf maximal CHF 50.- sowie die Einführung einer Regelung von Qualitätsanforderungen in der Vermittlertätigkeit vor. Die Wettbewerbsbehörden konnten nicht ausschliessen, dass die Auswirkungen dieser Vereinbarungen kartellrechtlich problematisch sein könnten. Sie haben deshalb die Eröffnung einer Vorabklärung beschlossen. Das Verfahren soll feststellen, ob bei der Vereinbarung Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen gegeben sind.

Mehrere Meldungen betreffend **Preisunterschiede** zwischen der Schweiz und den angrenzenden Ländern betrafen ebenfalls Gesundheitsdienstleistungen. Die Preise für Medikamente, Medizinalgeräte, Antikörper, biotechnologische Reagenzien sowie insbesondere tierärztliches Diätfutter sind Gegenstand mehrerer Marktbeobachtungen.

Drei Fälle von **Unternehmenszusammenschlüssen** wurden im Bereich des Gesundheitsmarktes untersucht: zunächst die Bildung eines Gemeinschaftsunternehmens für die Forschung und Produktion von Tierarzneimitteln durch die Unternehmen Merck & Co., Inc. und Sanofi-Aventis SA. Dieses Vorhaben wurde schliesslich von den beiden Unternehmen aufgegeben. Weiter die Bildung eines Gemeinschaftsunternehmens Vifor Fresenius Medical Care Renal Pharma Ltd. zwischen Galenica und Fresenius: Dieses neue Unternehmen wird im Bereich der Nephrologie in Forschung, Entwicklung, Verkauf und Vertrieb von pharmazeutischen Produkten tätig sein. Dieses Vorhaben wurde von der WEKO gutgeheissen. Schliesslich kam es betreffend Übernahme des Krankenversicherers ProVita durch SWICA zu keinem definitiven Entscheid seitens der WEKO, da SWICA ihre Meldung zurückgezogen hat.

Betreffend **reglementierte Gesundheitsmärkte** wurden die Wettbewerbsbehörden im Rahmen von Diskussionen über die Umsetzung der neuen Spitalfinanzierung sowie die Erstellung von Spitallisten mehrfach beigezogen. Gestützt auf ihre zum Thema veröffentlichte Stellungnahme unterstrichen sie gegenüber den zuständigen kantonalen Behörden die Wichtigkeit eines möglichst breiten Zugangs öffentlicher und privater Anbieter (Spitäler und Kliniken) zum Spitalleistungsmarkt der Grundversicherung unnötige Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit sowie des freien Wettbewerbs. Im Laufe des Jahres haben sich die Wettbewerbsbehörden zu verschiedensten Gesetzes- und Verordnungsrevisionsprojekten sowie zu Antworten auf parlamentarische Vorstösse geäussert.

Vorbehalte äusserte das Sekretariat u.a. in Zusammenhang mit der Vorlage eines neuen **Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung** (KVAG). Die Vorlage enthält aus Sicht des Sekretariates diverse Bestimmungen, welche die Krankenversicherer in ihrer wirtschaftlichen Freiheit übermässig einzuschränken drohen, ohne dass solche Bestimmungen für die Aufsicht über die Anbieter zwingend erforderlich wären. Dies würde dem Ziel des Gesetzgebers, einen wirksamen Wettbewerb zwischen Krankenversicherern spielen zu lassen, längerfristig entgegenlaufen.

### 3.2.3 Freie Berufe und gewerbliche Dienstleistungen

Im Dezember 2011 konnte die Untersuchung gegen **TicketCorner AG** und die **AG Hallenstadion Zürich** abgeschlossen werden. Für die WEKO ist nicht unzulässig, dass Veranstalter bei Anlässen im Hallenstadion mindestens 50 % der fremdvertriebenen Tickets über Ticketcorner verkaufen müssen. Die Untersuchung hat gezeigt, dass das Hallenstadion nicht marktbeherrschend war und dass die Kontingentierung der Tickets den Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigte.

Im Sommer wurde eine Untersuchung gegen den Schweizer Ableger der **International Federation of the Phonographic Industry (IFPI Schweiz)** eröffnet. Es bestanden Anhaltspunkte für eine Absprache, die auf die Beschränkung von Parallelimporten gewisser Tonträger wie etwa CDs abzielte. Mit dem Verfahren soll ebenfalls die Erstellung der Charts für die Schweizer Hitparade analysiert werden. Ebenfalls untersucht das Verfahren den Einfluss des Media Promotion Network (MPN), das die Musikstücke promotet und ihnen damit den Aufnahme in die Musikneuheiten der Radiomedien sowie den Fachjournalisten den Zugang zu den Daten dieser Musikstücke erleichtert.

Der Bereich gewerbliche Dienstleistungen war ebenfalls von der sogenannten **Frankenstärke-Problematik** betroffen. Bearbeitet wurden zahlreiche Meldungen verschiedenster Bereiche, so etwa Pauschalreisen oder Computersoftware. Mehrere Meldungen führten zu vertiefteren Analysen, wovon einige noch im Gange sind. In den meisten Fällen war die Nichtweitergabe von Währungsvorteilen eine Folge von Entscheidungen innerhalb von Unternehmensgruppen, was diese aufgrund des sogenannten Prinzips des "Konzernprivilegs" vor der Anwendung des KG bewahrt. Gemäss diesem Prinzip sind die zwischen den zum selben Mutterhaus gehörenden Unternehmen getroffenen Absprachen nicht unzulässig, da die Gruppe eine wirtschaftliche Einheit bildet.

Im Laufe dieses Jahres gingen erneut Meldungen gegen **Bergbahnunternehmen** wegen angeblicher Ungleichbehandlung von Skischulen ein. Bereits in den vergangenen Jahren gingen beim Sekretariat zahlreiche Meldungen im Bereich Skischulen und deren Verhältnis zu Bergbahnen ein. Im Jahr 2007 hatte die Vereinigung Schweizer Bergbahnen auf Aufforderung des Sekretariates hin eine Empfehlung für ihre Mitglieder verfasst. Diese forderte die Mitglieder im Wesentlichen auf, für eine Gleichbehandlung der Skischulen unter bestimmten Voraussetzungen zu sorgen (Beteiligung der Skischulen an Bergrettung, Tourismuswerbung usw.). Diese Empfehlung wurde positiv aufgenommen, aber es wurden neue Klagen laut, die auf mögliche Ungleichbehandlungen hinwiesen. Die Ermittlungen sind im Gange.

Ende des Jahres gelangte Olympique des Alpes SA/FC Sion (**FC Sion**) mit einer Klage gegen die Union européenne des Associations de football (**UEFA**) ans Sekretariat, weil diese sie von der Teilnahme an den European Champions League ausgeschlossen hatte. Gemäss FC Sion habe die UEFA ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht, indem sie sich nicht an die Verordnung über vorsorgliche Massnahmen vom 5. Oktober 2011 des Waadtländer Kantonsgerichtes gehalten hätte. Da parallel ein Verfahren vor dem Zivil- und Schiedsgericht im Gange war, beschloss das Sekretariat gemäss gängiger Praxis nicht auf die Problematik einzugehen.

Schliesslich gingen im Laufe des Jahres im Bereich gewerbliche Dienstleistungen zahlreiche Meldungen ein, die Gegenstand von zum Teil noch in Abklärung befindlichen Verfahren waren. Von besonderem Interesse war der **Vertrieb von Filmwerken** in der Schweiz. Betroffen von diesem Verfahren sind gewisse Filmvertriebsunternehmen sowie verschiedene Kinos. Einige von Letzteren seien gegenüber den Grossen insofern benachteiligt, als

dass sie Filmkopien erst nach einer bestimmten Frist nach der offiziellen Lancierung erhielten. Diese Kinosäle würden auf diese Weise Marktanteile verlieren, da der Grossteil der Eintritte sich auf die ersten Wochen des Filmstarts in den Kinos beschränke. Weiter ging es um die Problematik rund um Websites, auf denen **Online-Hotelreservierungen** getätigt werden können. Manche Hotels würden dabei unter dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung der Internetseiten leiden, über welche Online-Reservierungen getätigt werden könnten. Laut den eingegangenen Meldungen seien diese Webseiten in den letzten Jahren für den Hoteltourismus unumgänglich geworden und würden ihre marktbeherrschende Stellung missbrauchen, indem sie hohe Kommissionen auf die Übernachtungspreise erheben würden. Ebenfalls würden unangemessene Geschäftsbedingungen aufgestellt, so etwa die "Meistbegünstigungsklausel". Dabei müsse der Hotelier dem Kunden, welcher über eine Internetseite gebucht habe, für ein identisches Zimmer desselben Reservationszeitraumes den günstigsten Preis anbieten. Eine solche Klausel verunmögliche es dem Hotel, Lastminute-Aktionen durchzuführen, wenn es noch über freie Zimmer verfüge. Die Ermittlungen sind im Gange.

### 3.3 Infrastruktur

#### 3.3.1 Telekommunikation

Schwerpunkt im Bereich Telekommunikation bildete auch in diesem Jahr das Thema **Glasfaser**. Swisscom und die regionalen Energieversorgungsunternehmen der Städte Basel, Bern, Genf, Luzern, St. Gallen und Zürich vereinbarten den gemeinsamen Aufbau von Fibre-to-the-Home-Glasfasernetzen (FttH-Glasfasernetz). Die Kooperationspartner unterbreiteten dem Sekretariat einzelne Klauseln ihrer Kooperationsverträge gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG. Da es bei einigen Klauseln Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden gab, eröffnete das Sekretariat im Laufe des Frühjahrs 2011 mehrere Vorabklärungen. Eine vertiefte Marktanalyse inklusive der Befragung wichtiger Marktteilnehmer ergab schliesslich, dass die dem Sekretariat unterbreiteten Klauseln Abreden über Mengen und Preise sowie über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern darstellen. Vor diesem Hintergrund konnte das Sekretariat eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht ausschliessen. Das Sekretariat hat die Kooperationspartner mit einem detaillierten Schlussbericht über seine Bedenken unterrichtet: eine Befreiung vom Sanktionsrisiko lässt das Kartellgesetz in diesem Falle nicht zu. Der Befund bedeutet jedoch kein Verbot der kritischen Vertragsklauseln. Die Kooperationspartner tragen allerdings weiterhin das Risiko von kartellrechtlichen Sanktionen (siehe zum Thema Glasfaser ausführlich unter 6.2 hinten).

Im November 2010 ging bei der WEKO die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens zwischen **Swisscom** und **Groupe E** zum Aufbau eines FttH-Glasfasernetzes im Kanton Freiburg ein. Nachdem die WEKO im Dezember 2010 entschieden hatte, das Zusammenschlussvorhaben einer vertieften Prüfung zu unterziehen, hat sie dem geplanten Gemeinschaftsunternehmen im Mai 2011 die Vollfunktionseigenschaft abgesprochen und gleichzeitig die Meldefähigkeit des Vorha-

bens verneint. Im Rahmen der vertieften Prüfung hat das Sekretariat jedoch bei einzelnen Klauseln im Vertragswerk zwischen Swisscom und Groupe E wettbewerbsrechtliche Probleme festgestellt. Das Sekretariat hat daher eine Vorabklärung wegen Verdachts einer unzulässigen Wettbewerbsabrede eröffnet.

Wegweisend für das weitere Vorgehen der WEKO in Preismissbrauchsfällen war das Urteil i.S. **Mobilfunkterminierungsgebühren**. Mit Urteil vom 20. April 2011 hat das Bundesgericht die Beschwerde des EVD gegen **Swisscom Mobile** abgewiesen und damit das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts bestätigt. Das Bundesgericht geht in seinem Urteil – in Abweichung zur geltenden Praxis der EU-Kommission und der EU-Gerichte – davon aus, dass das Element des "Erzwingens" beim Preismissbrauch selbständig nachgewiesen werden muss. Damit wurde die Eingriffsschwelle bei der Preismissbrauchsbekämpfung nach Kartellgesetz erhöht. Das bis zur Entscheidung des Bundesgerichts von der WEKO sistierte Verfahren **Mobilfunkterminierung II** gegen Swisscom, Sunrise und Orange wurde daraufhin im Dezember 2011 eingestellt.

### 3.3.2 Medien

Im Bereich Medien hatte die WEKO mehrere Unternehmenszusammenschlüsse zu prüfen:

Tamedia hat beim Sekretariat im Jahr 2011 drei Zusammenschlüsse gemeldet: **Tamedia AG/car4you, car4you Schweiz AG (Tamedia)/www.auto-online.ch und Tamedia AG/Doodle AG**. Bei den ersten zwei Zusammenschlüssen kam die WEKO zum Ergebnis, dass einzig der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Rubrikanzeigen in der Westschweiz betroffen ist, jedoch aufgrund der aktuellen Konkurrenzsituation und der zu erwartenden Marktentwicklung die beteiligten Unternehmen genügend diszipliniert würden. Vom Zusammenschluss Tamedia AG/Doodle AG waren zwei Märkte betroffen: Der Markt für nationale Bannerwerbung in der Deutschschweiz und der Markt für nationale Bannerwerbung in der französischen Schweiz. Auch bei diesem Vorhaben ging die WEKO von einer noch genügenden disziplinierenden Wirkung durch Konkurrenzunternehmen aus. Die WEKO hat daher alle drei Zusammenschlüsse in der vorläufigen Prüfung für unbedenklich erklärt.

Mitte Dezember 2011 ist das Zusammenschlussvorhaben **NZZ/Ringier/Tamedia/cXence** zur Vorprüfung eingegangen. Die beteiligten Unternehmen beabsichtigen die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens PPN AG zwecks Vermarktung von Restplatzinventar auf Websites. Dabei soll die Werbung benutzerspezifisch auf dem Restplatzinventar von NZZ, Ringier und Tamedia publiziert werden. Das Ergebnis der vorläufigen Prüfung wird Anfang 2012 vorliegen.

Ebenfalls im Dezember 2011 ist bei der WEKO das Zusammenschlussvorhaben **Tamedia/Bilan/Tribune des Arts** eingegangen. Nachdem Edipresse sich entschieden hat, sich in der Schweiz aus den Bereichen Finanz- und Wirtschaftspresse sowie Lifestyle-Zeitschriften teilweise zurückzuziehen, beabsichtigt Tamedia die Übernahme der beiden bei Edipresse verbliebenden Titel "Bilan" und "Tribune des Arts" sowie den Ausbau der

Geschäftstätigkeit in der Westschweiz. Die Monatsfrist für das Verfahren der vorläufigen Prüfung läuft bis ins Jahr 2012 hinein.

Im Rahmen der Neubeurteilung der **Vergabe von Veranstaltungskonzessionen für die Verbreitung von Regionalfernseh- und Regionalradioprogrammen** sind bei der WEKO seit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. Dezember 2009 drei Gutachtersaufträge des BAKOM eingegangen. Diese Aufträge zur Abklärung einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung umfassen die Regionen Ostschweiz mit der NZZ-Gruppe (TV), Südostschweiz mit der Südostschweiz Mediengruppe (Radio) und Aargau mit der AZ-Mediengruppe (Radio). Das Gutachten für die Region Ostschweiz wurde bereits am 28. Februar 2011 erstellt und dem BAKOM übermittelt. Der Abschluss der im Herbst 2011 eingegangenen Gutachtersaufträge für die Region Südostschweiz und die Region Aargau ist für das erste Quartal des kommenden Jahres geplant.

Nachdem im Sommer 2011 das Referendum gegen ein Buchpreisbindungsgesetz zustande gekommen ist und das Volk am 11. März 2012 über die Einführung dieses Gesetzes abstimmen wird, hat die WEKO die Untersuchung **Bücherpreise in der Romandie** bis zur Publikation des definitiven Abstimmungsergebnisses im Bundesblatt sistiert.

Das Sekretariat wird die Vorabklärung in Sachen **Preispolitik SDA** Anfang 2012 abschliessen. Das Sekretariat überprüft Hinweise, wonach die SDA ihre Stellung im Markt aufgrund der Ausgestaltung ihres Preissystems missbraucht haben soll. Dabei stehen die Rabattpolitik der SDA – insbesondere die Gewährung von Exklusivitätsrabatten – sowie die Koppelung von Angeboten im Vordergrund. Des Weiteren wird die Transaktion zwischen dem Deutschen Depeschendienst (ddp) und der SDA, aufgrund welcher Anfang 2010 die Dienste der ehemaligen AP Schweiz eingestellt wurden, genauer geprüft, da Anzeichen für das Vorliegen einer Gebietsabrede bestehen.

### 3.3.3 Energie

Die WEKO hatte auch im Bereich Energie einige Zusammenschlüsse zu beurteilen. Erwähnenswert ist dabei der Zusammenschluss **Fluxys G SA/Eni Gas Transport Deutschland S.p.A./Eni Gas Transport GmbH/Eni Gas Transport International SA/Transitgas AG/Swissgas AG**. Dabei ging es um die Erlangung der alleinigen Kontrolle von Fluxys G über die Eni Gas Transport GmbH, die Eni Gas Transport Deutschland S.p.A. und die Eni Gas Transport International SA sowie um die Erlangung der gemeinsamen Kontrolle von Fluxys G und Swissgas über die Transitgas AG. In diesem Zusammenschlussverfahren hat die WEKO erstmals eine Marktabgrenzung im Bereich Erdgas vorgenommen. Dabei lehnte sie sich an die Rechtsprechung der EU an. Die WEKO hat den Zusammenschluss in der vorläufigen Prüfung als unbedenklich erklärt.

Das Sekretariat hat im Widerspruchverfahren eine Vorabklärung in Sachen **Erdgas Zentralschweiz (EGZ)** eröffnet. Dabei geht es um eine Branchenvereinbarung, welche die EGZ – handelnd durch ihre Eigentümerinnen, welche zugleich auch Kundinnen derselben sind – mit

ihren Kunden abgeschlossen hat. Diese Branchenvereinbarung sieht unter anderem eine Regelung für die Berechnung des Netznutzungsentgelts vor. Für das Netznutzungsentgelt sieht die Regelung unterschiedliche Berechnungsarten vor, je nachdem ob es sich um die beiden Aktionärinnen oder um Drittkunden handelt. Das Sekretariat hat in der Vorabklärung daher zu prüfen, ob durch die Regelung für die Berechnung des Netznutzungsentgelts Drittkunden gegenüber den Aktionärinnen diskriminiert werden.

Die Marktbeobachtung betreffend **Offerten für Grosskonsumenten** konnte abgeschlossen werden. Dabei ging es um die Frage, ob zwischen Elektrizitätsunternehmen Abreden bestehen, die dazu führen, dass die aus der Grundversorgung ausgetretenen Grosskonsumenten keine attraktiven Offerten erhalten. Das Sekretariat hat auf die Eröffnung einer Vorabklärung verzichtet, weil die Befragung der Grosskonsumenten keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede ergeben hat.

Das Sekretariat hat die Beschaffung von **Systemdienstleistungen** durch Swissgrid weiter beobachtet. Das Sekretariat konnte feststellen, dass die Preise auch nach der Abschaffung der Preisobergrenzen nicht wieder angestiegen sind.

Das Sekretariat wirkt zudem bei den vorbereitenden Arbeiten für die **Revision des Stromversorgungsgesetzes** in der Arbeitsgruppe "G-Komponente" mit. Die Arbeitsgruppe beschäftigt sich insbesondere mit der Frage der Einführung einer Kraftwerkskomponente.

### 3.3.4 Weitere Bereiche

Das Sekretariat hat die Vorabklärung im Bereich **Eierhandel** eingestellt; es liegen keine Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbeschränkung vor. Einerseits stellte das Sekretariat fest, dass der angezeigte Eierproduzent keine marktbeherrschende Stellung innehat und im Falle einer Verdrängung oder einer Ausbeutung von Produktionsmittelproduzenten gegen seine eigenen Interessen handeln würde. Andererseits wurde das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede zwischen den Eierhändlern und den Eierproduzenten verneint.

Das Sekretariat hat gegen die Schweizerische Post eine Vorabklärung in Sachen neues **Geschäftskunden-Preissystem für Briefpostsendungen** eröffnet. Es bestehen Hinweise darauf, dass das Rabattsystem im neuen Geschäftskunden-Preissystem für Briefpostsendungen Konkurrenten im Wettbewerb behindern und marktverschliessende Wirkung haben könnte. Der Abschluss der Vorabklärung ist für das erste Quartal 2012 vorgesehen.

### 3.4 Binnenmarkt

Am 1. Juli 2006 trat das revidierte Binnenmarktgesetz in Kraft. Kernanliegen dieser Revision war die Marktzugangsrechte zu verstärken und die Voraussetzungen für zulässige Marktzugangsbeschränkungen zu verschärfen. Im Jahre 2011 zog das Kompetenzzentrum Bilanz über fünf Jahre revidiertes Binnenmarktgesetz und kam dabei zum erfreulichen Schluss, dass die vom Gesetzgeber erwünschte Verbesserung der Marktzugangsrechte für ortsfremde Anbieter durchwegs eingetreten ist.

Das mit der Revision eingeführte Beschwerderecht der WEKO (Art. 9 Abs. 2<sup>bis</sup> BGBM) wird regelmässig eingesetzt und erweist sich als sehr wirksames Instrument zur Durchsetzung der Marktzugangsrechte.

Das Bundesgericht hat die Anliegen des Gesetzgebers mit seinem Leitentscheid zum revidierten Binnenmarktgesetz BGE 134 II 329 (Praktikantenausbildung als Teil der Niederlassungsfreiheit des Anwalts) aufgenommen und seine liberale Praxis im Jahr 2011 bestätigt.

Einen Schwerpunkt im Jahr 2011 bildeten nach wie vor die kantonalen und kommunalen Marktzugangsbeschränkungen für ortsfremde Taxidienste. Das Kompetenzzentrum wurde von verschiedenen kantonalen und kommunalen Regulatoren kontaktiert und stellte bei Vorhaben über die Revisionen oder den Neuerlass von Taxivorschriften seine Beratung zur Verfügung. Gleichzeitig nimmt das Sekretariat regelmässig Beschwerden aus dem Taxigewerbe entgegen. Insbesondere Taxidienste aus ländlichen Gemeinden machen geltend, dass ihnen der Marktzugang in den Städten verwehrt sei. Eine Beschwerde der WEKO gegen Marktzugangsbeschränkungen des Kantons Genf für ausserkantonale Taxidienste ist nach wie vor beim Genfer Verwaltungsgericht hängig. Das Bundesgericht trug mit einem wichtigen Entscheid zur Öffnung des Binnenmarkts im Taxiwesen bei, indem es festhielt, dass Vermittlungszentralen nicht untersagt werden darf, Fahraufträge an ortsfremde Taxidienste zu vermitteln (BGer Urteil 2C\_940/2010 vom 17. Mai 2011 E. 5.2).

Das Kompetenzzentrum behandelte im Laufe des Jahres 2011 mehrere Eingaben von Privaten aus verschiedensten Wirtschaftszweigen. Auf einige dieser Eingaben hin trat das Kompetenzzentrum mit den zuständigen kommunalen und kantonalen Behörden in Kontakt und konnte so einen binnenmarktrechtskonformen Marktzugang erwirken.

### 3.5 Ermittlungen

Im Jahr 2011 hat das KompZ Ermittlungen eine punktuelle aber praxisrelevante Anpassung des Merkblattes über die Vorgehensweise bei Hausdurchsuchungen vorgenommen. In Übereinstimmung mit der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen eidgenössischen Strafprozessordnung (Art. 264 StPO) wurde der Schutz der Anwaltskorrespondenz ausgedehnt. Die Anwaltskorrespondenz ist nun von der Beschlagnahme ausgenommen, ungeachtet des Ortes, an dem sie sich befindet und des Zeitpunktes, in welchem sie geschaffen wurde.

Das KompZ Ermittlungen hat im Berichtsjahr ihre Kontakte zu schweizerischen und ausländischen Behörden im Bereich der IT-Forensik weitergeführt und vertieft, so konnte namentlich ein Mitarbeiter des Sekretariates ein Stage in der entsprechenden Abteilung der französischen Wettbewerbsbehörde absolvieren. Das KompZ Ermittlungen hat seinerseits die neuen Mitarbeiter des Sekretariates ausgebildet und für die Durchführung von Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen vorbereitet.

Im November 2011 hat das KompZ Ermittlungen zusammen mit dem Dienst Produktemärkte eine grosse Hausdurchsuchungsaktion bei den Sanitär-grosshändlern geplant und durchgeführt. Dabei hat das Sekretariat mit den Polizeibehörden von 5 Kantonen sowie der Bundes-

kriminalpolizei kooperiert. Erstmals hat das Sekretariat gleichzeitig mit den Hausdurchsuchungen auch Einvernahmen vor Ort durchgeführt.

### 3.6 Internationales

**OECD:** Vertreter der WEKO und des Sekretariats nahmen an den dreimal jährlich in Paris stattfindenden Treffen des OECD Wettbewerbskomitees teil. Dabei wurden von der Delegation in Zusammenarbeit mit dem SECO verschiedene Beiträge verfasst und vorgetragen. In diversen Sessionen wurde mehrmals das Thema der Fusionen (Auflagen, ökonomische Analyse, Auswirkungen der Entscheide) sowie das Thema der Förderung der Einhaltung des Gesetzes und der Compliance-Programme thematisiert. Das Wettbewerbskomitee hat entschieden, eine Empfehlung betreffend das öffentliche Beschaffungswesen auszuarbeiten. Neu werden sog. strategische Themen während der nächsten Jahre vom Komitee vertieft. Dabei wurden die internationale Kooperation und die Evaluation der Tätigkeit und der Entscheide der Wettbewerbsbehörde gewählt.

**ICN:** Zwei Vertreter der schweizerischen Behörden nahmen an der 10. ICN-Konferenz vom 17. bis 20. Mai 2011 in Den Haag teil. Der ICN Cartel Workshop fand vom 10. Bis 13. Oktober in Brügge statt. Die Arbeitsgruppe Mergers organisierte mehrere Teleseminare zum Thema Unternehmenszusammenschlüsse. Die Arbeitsgruppe Unilateral Conduct ihrerseits führte die Ausarbeitung eines Manuals für die Analyse von Missbräuchen marktbeherrschender Stellungen fort.

**UNCTAD:** Vom 19. – 21. Juli fand in Genf die 11. Konferenz der "Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy (IGE)" statt. Die Wettbewerbsbehörden waren durch den Direktor und den Präsidenten vertreten. Anlässlich der Konferenz wurden u.a. die Resultate der vom Präsidenten geleiteten und vom SECO finanzierten "Peer Review of Competition Law and Policy in Serbia" vorgestellt und diskutiert. Im Rahmen des COMPAL Programmes, welches die Bildung resp. Stärkung von Wettbewerbsbehörden in Lateinamerika zum Ziel hat, wurden im letzten Jahr zwei Praktikantinnen aus Lateinamerika für je drei Monate im Sekretariat der WEKO betreut.

**EU:** Nachdem der Bundesrat im August 2010 das entsprechende Verhandlungsmandat erteilt hat, haben die Verhandlungen zu einem Abkommen über eine engere Zusammenarbeit zwischen der schweizerischen und europäischen Wettbewerbsbehörde am 25. März in Brüssel begonnen. Das angestrebte bilaterale Abkommen soll auf beiden Seiten eine effizientere Durchsetzung kartellrechtlicher Bestimmungen sicherstellen. Dieses Instrument soll ebenfalls die Möglichkeit eines Austausches vertraulicher Informationen regeln. Die Verhandlungen wurden das ganze Jahr in Form von Treffen, Video- und Telefonkonferenzen weitergeführt. Das Abkommen wird aller Wahrscheinlichkeit nach im ersten Quartal 2012 unterzeichnet werden.

**Bilaterale Beziehungen:** Solche wurden insbesondere mit den deutschen, französischen und österreichischen Wettbewerbsbehörden gepflegt. Anlässlich eines Arbeitsbesuchs der ukrainischen Wettbewerbsbehörde in

Bern wurde ein Memorandum of Understanding betreffend Kooperation unterzeichnet.

**Vietnam-Projekt:** In diesem Jahr wurde das dreijährige Projekt "Strengthening the Vietnamese Competition Authorities" abgeschlossen. Das Projekt hatte zum Ziel, die im Jahr 2006 gegründete vietnamesische Wettbewerbsbehörde (VCA) zu stärken und zu unterstützen. 2011 absolvierte ein Mitarbeiter der vietnamesischen Behörde ein dreimonatiges Praktikum im Sekretariat. Das vom SECO finanzierte Projekt wurde nach Abschluss extern begutachtet.

## 4 Organisation und Statistik

### 4.1 WEKO

Im Jahr 2011 hielt die WEKO 18 Plenarsitzungen ab. Ende 2011 ist die vierjährige Amtsdauer der WEKO-Mitglieder abgelaufen. Die Mitglieder **Vincent Martenet** (Präsident), **Stefan Bühler** (Vizepräsident), **Evelyne Clerc**, **Andreas Heinemann**, **Andreas Kellerhals**, **Daniel Lampart**, **Jürg Niklaus**, **Thomas Pletscher** und **Johann Zürcher** sind für die Amtsperiode 2012-2015 wiedergewählt worden.

Folgende Mitglieder sind mit Ablauf ihrer maximalen Amtszeit bzw. altershalber auf Ende 2011 zurückgetreten:

- **Martial Pasquier**, Professor an der Universität Lausanne, bisher Vizepräsident der WEKO;
- **Anne Petitpierre**, emeritierte Professorin an der Universität Genf;
- **Rudolf Horber** (Schweizerischer Gewerbeverband).

Sie werden für die Amtsperiode 2012-2015 durch folgende Personen ersetzt:

- **Winand Emons**, Professor an der Universität Bern;
- **Armin Schmutzler**, Professor an der Universität Zürich;
- **Henrique Schneider** (Schweizerischer Gewerbeverband).

Gleichzeitig mit den Wieder- und Neuwahlen hat der Bundesrat **Andreas Heinemann**, Professor an der Universität Zürich, auf den 1. Januar 2012 zum Vizepräsidenten der WEKO ernannt.

**Martial Pasquier** trat am 1. Juli 1998 als damals jüngstes Mitglied in die WEKO ein. Er hat rasch eine wichtige Rolle übernommen, nämlich diejenige des praxiserfahrenen Ökonomeprofessors und des Brückenbauers zwischen Ökonomen und Juristen. Als Pragmatiker wollte er die Verfahren effizient entscheiden. Er ist dieser Rolle in seinen 14 Jahren als Mitglied der WEKO stets treu geblieben. Als Mitglied der damaligen Kammer Produktmärkte und auch später hat er viele wichtige Entscheide der WEKO massgeblich mitgeprägt. Ein besonderes Anliegen war ihm die Kommunikation im Innern, aber vor allem gegen aussen. Er hat wichtige Hinweise gegeben und Änderungen in der Kommunikation bewirkt, die heute zum Standard gehören. Er hat sich auch immer dafür eingesetzt, dass die WEKO ihre Entscheide

aktiv, aber auch korrekt und objektiv kommuniziert. Aufgrund seiner Verdienste ist er vom Bundesrat auf Anfang 2011 zum Vizepräsidenten der WEKO ernannt worden. Er verlässt die WEKO im Wissen, viel am heutigen Stand der Praxis zum Kartellgesetz beigetragen zu haben.

**Anne Petitpierre** gehörte der WEKO seit Anfang 2003 an. Sie hat mit ihren umfassenden Kenntnissen des Umwelt- und Wirtschaftsrechts dazu beigetragen, auch diese Dimensionen in der Anwendung des Kartellrechts zu erschliessen. Sie war zudem stark geprägt durch die Idee der Interdisziplinarität, welche sie immer wieder gewinnbringend in den Diskussionen einbrachte.

**Rudolf Horber** (Schweizerischer Gewerbeverband) trat Anfang 2001 der WEKO bei. Er verstand es ausgezeichnet, das Wettbewerbsrecht den KMU näher zu bringen, indem er als Botschafter die Grundzüge und Ziele des Wettbewerbsrechts regelmässig betonte und an praxisnahen Beispielen erläuterte. Eine angemessene Behandlung von kleinen und Kleinstunternehmen in der Anwendung des Kartellgesetzes war ihm immer ein wichtiges Anliegen. Mit seiner pragmatischen Art hat er zudem viele wertvolle Beiträge in anspruchsvollen Beratungen liefern können.

Die WEKO dankt den drei ausscheidenden Mitgliedern für ihren Einsatz und wünscht ihnen alles Gute für ihre weitere berufliche Zukunft.

#### 4.2 Sekretariat

Eine grosse Herausforderung in der Arbeit des Sekretariats stellten die Tätigkeiten im Zusammenhang mit der

Nichtweitergabe von Währungsvorteilen seit Juli 2011 dar. Das Sekretariat hat mehr als 370 Meldungen von Konsumenten und Unternehmen erhalten. Ziel war es, die Meldungen rasch zu bearbeiten und wo nötig, Verfahren mit Pilotcharakter zu eröffnen. Zu diesem Zweck ist Mitte August 2011 eine Task Force ins Leben gerufen worden. In dieser haben sich vier Personen ausschliesslich mit den eingehenden Meldungen beschäftigt und neue Verfahren eingeleitet (siehe 6.1.). Dies bedurfte jedoch auch einer Neu beurteilung der Prioritäten, weil sich die Task Force aus erfahrenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern zusammen setzte. Unterstützung erhielt das Sekretariat vom EVD, das bis Ende 2011 zusätzliche Mittel für die vier Stellen der Task Force zur Verfügung stellte.

Aufgrund der Zuteilung von neuen Personalressourcen ab 2012 wird das Sekretariat seinen Personalbestand um rund zehn Stellen aufstocken können.

Ende des Jahres 2011 beschäftigte das Sekretariat 68 (Vorjahr 62) Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (Vollzeit und Teilzeit), mit einem Frauenanteil von 41 (Vorjahr 45) Prozent. Dies entspricht insgesamt 58.6 (Vorjahr 53.6) Vollzeitstellen. Das Personal teilte sich wie folgt auf: 45 wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (inkl. Geschäftsleitung; entspricht 40.3 Vollzeitstellen; Vorjahr 37.9); 10 (Vorjahr 7) wissenschaftliche Praktikantinnen und Praktikanten, was 10 (Vorjahr 7) Vollzeitstellen entspricht; 13 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Dienstes Ressourcen und Logistik, entspricht 8.3 (Vorjahr 8.9) Vollzeitstellen.

#### 4.3 Statistik

Untersuchungen	2011	2010
Während des Jahres geführt	21	20
davon Übernahmen vom Vorjahr	16	14
davon Eröffnungen	5	6
Endentscheide	6	5
davon einvernehmliche Regelungen	1	3
davon behördliche Anordnungen	4	2
Davon Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG	2	3
Verfahrensleitende Verfügungen	3	7
Vorsorgliche Massnahmen	1	2
Sanktionsverfahren nach Art. 50 ff. KG	0	0
Vorabklärungen		
Während des Jahres geführt	40	22
Übernahmen vom Vorjahr	12	15
Eröffnungen	28	7
Abschlüsse	27	13
davon mit Untersuchungseröffnung	1	3
davon mit Anpassung des Verhaltens	7	6
davon ohne Folgen	18	4
Andere Tätigkeiten		
Bearbeitete Meldungen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG	22	13
Erfolgte Beratungen	39	56
Abgeschlossene Marktbeobachtungen	62	105

Meldungen zu Nichtweitergabe Währungsvorteile	371	n.a.
Sonstige erledigte Anfragen	566	374
<b>Zusammenschlüsse</b>		
Meldungen	30	34
Kein Einwand nach Vorprüfung	29	29
Prüfungen	1	1
Entscheide der WEKO	1	1
nach Vorprüfung	0	0
nach Prüfung	1	1
Vorzeitiger Vollzug	1	0
<b>Beschwerdeverfahren</b>		
Beschwerdeverfahren total vor BVGer und BGer	11	14
Urteile Bundesverwaltungsgericht (BVGer)	1	8
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	1	6
davon teilweiser Erfolg	0	1
Urteile Bundesgericht (BGer)	1	0
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	0	0
davon teilweiser Erfolg	0	0
Hängig Ende Jahr (vor BVGer und BGer)	9	9
<b>Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen etc.</b>		
Gutachten (Art. 15 KG)	1	0
Empfehlungen (Art. 45 KG)	0	0
Gutachten (Art. 47 KG oder 11 FMG)	1	2
Nachkontrollen	3	0
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	0	2
Stellungnahmen (Art. 46 Abs. 1 KG)	219	177
Vernehmlassungen (Art. 46 Abs. 2 KG)	8	5
<b>BGBM</b>		
Empfehlungen / Untersuchungen (Art. 8 BGBM)	0	0
Gutachten (Art. 10 I BGBM)	1	2
Erläuterungen (Sekretariat)	26	19
Beschwerden (Art. 9 Abs. 2 <sup>bis</sup> BGBM)	1	2

Die Statistik zeigt im Vergleich zum Vorjahr, dass bei den Untersuchungen, den Zusammenschlüssen, den Beschwerdeverfahren, den Gutachten etc. und beim Binnenmarktgesetz keine markanten Änderungen zu beobachten sind. Die Zahl der bearbeiteten Untersuchungen ist gleich geblieben, wobei sich innerhalb einer Untersuchung grosse Unterschiede in der Arbeitsbelastung ergeben können, je nachdem, ob sie einen einfachen oder komplexen Sachverhalt betrifft und ob sie mit einer einvernehmlichen Regelung oder im ordentlichen Verfahren abgeschlossen wird.

Auffallende Unterschiede zum Vorjahr ergeben sich einerseits bei den Vorabklärungen. Dort sind die zahlreichen und aufwändigen Vorabklärungen im Glasfaserdossier ins Gewicht gefallen. Andererseits bei den Meldungen zur Nichtweitergabe von Währungsvorteilen und den sonstigen Anfragen. Dort kam es zu einer grossen Zahl von Meldungen (zusammen über 900), die zu bewältigen waren.

## 5 Revision Kartellgesetz – Stand der Arbeiten

Am 25. März 2009 verabschiedete der Bundesrat zuhanden des Parlaments seinen Bericht betreffend die in Art 59a verlangte Evaluation des Kartellgesetzes und schlug die zu treffenden Massnahmen vor. In der Folge eröffnete der Bundesrat am 30. Juni 2010 die **erste Vernehmlassung zur Teilrevision des Kartellgesetzes**. Die Vernehmlassungsvorlage beinhaltete sechs Punkte: die institutionelle Reform der Wettbewerbsbehörde, die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens, eine differenziertere Behandlung von vertikalen Abreden, die Stärkung und Vereinfachung der Zusammenschlusskontrolle, die Schaffung einer Rechtsgrundlage für die Kooperation mit den ausländischen Wettbewerbsbehörden und die Stärkung des kartellzivilrechtlichen Verfahrens.

Parallel zur Evaluation und zu den darauf folgenden Arbeiten, aus denen die im Juni 2010 in die Vernehm-

lassung gegebene erste Revisionsvorlage des KG hervorging, behandelte das Parlament die Motion Schweizer "Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht" (07.3856). Sie fordert erstens die sanktionsmindernde Berücksichtigung von Massnahmen zur Beachtung der kartellgesetzlichen Regelungen (sog. Compliance-Programme) und zweitens die Einführung strafrechtlicher Sanktionen gegen natürliche Personen im Kartellgesetz.

Auf der Grundlage eines von den Strafrechtsprofessoren Günter Heine, Universität Bern, und Robert Roth, Universität Genf, verfassten Rechtsgutachtens sowie der verwaltungswirtschaftlichen Arbeiten eröffnete der Bundesrat wenige Monate nach der definitiven Überweisung der Motion eine zweite Vernehmlassung, die vom 30. März 2011 bis 6. Juli 2011 dauerte. In diesem Rahmen erklärte er sich bereit, den ersten Teil der Motion, die Sanktionsminderung für Unternehmen, die Compliance-Massnahmen treffen, umzusetzen, äusserte jedoch seine Vorbehalte gegenüber der Einführung von Strafsanktionen gegen natürliche Personen, sei es im Sinne von Verwaltungsmassnahmen (Verbot der beruflichen Tätigkeit und Einzug von Vermögensvorteilen wie z. B. Boni), sei es im Sinne von strafrechtlichen Sanktionen (Geld- und Freiheitsstrafen).

Infolge der starken Aufwertung des Schweizer Frankens sind derzeit einige Sektoren, insbesondere aber die Exportindustrie, mit wirtschaftlichen Schwierigkeiten konfrontiert. Diese beunruhigende Lage hat den Bundesrat dazu veranlasst, am 17. August 2011 ein Massnahmenpaket zur Stützung des Schweizer Wirtschaftsstandorts zu beschliessen. Eine der Massnahmen dient der Behebung des Wettbewerbs in der Schweiz, indem für eine bessere Weitergabe der von den Unternehmen durch ihre Einkäufe im Ausland erzielten Kostenvorteile gesorgt werden soll. Abreden zwischen Unternehmen können diese Weitergabe einschränken und die nationale Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigen, indem sie verhindern, dass auf dem Schweizer Markt tätige oder exportorientierte Unternehmen sowie die Endkundinnen und -kunden in den Genuss der Währungsvorteile kommen. Das EVD wurde entsprechend beauftragt, eine Revision von Artikel 5 KG im Sinne eines wirksameren Verbots der horizontalen Preis-, Mengen- und Gebietsabreden sowie der vertikalen Preisbindungen und Gebietsabschottungen vorzubereiten, dabei jedoch Rechtfertigungsmöglichkeiten auch für solche Abreden zuzulassen. Um eine rasche Umsetzung der Gesetzesänderung zu gewährleisten, erfolgte gemäss Beschluss vom 23. September 2011 die **dritte Vernehmlassung** zur Revision des KG in Form einer Konferenz am 5. Oktober 2011. Die eingeladenen Teilnehmerinnen und Teilnehmer hatten ebenfalls die Möglichkeit eine schriftliche Stellungnahme zu unterbreiten.

Auf Basis der Vernehmlassungsergebnisse hat der Bundesrat am 16. November 2011 die Eckwerte für die Revision des Kartellgesetzes (KG) festgelegt und das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) beauftragt, bis Anfang 2012 eine Botschaft zur KG-Revision zuhanden des Parlaments auszuarbeiten. Die Eckwerte der Revision bilden:

- Institutionenreform bestehend aus der Wettbewerbsbehörde als Anstalt der dezentralen Bundesverwaltung und dem Wettbewerbsgericht als Teil des Bundesverwaltungsgerichts; Verkürzung des Instanzenzugs;
- Anpassung des Artikels 5 KG (Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeiten für horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden sowie vertikale Gebietsabschottungen und Preisbindungen);
- Stärkung des kartellzivilrechtlichen Wegs (Ausweitung der Klagelegitimation auf die Endkunden);
- Änderung der Beurteilungskriterien der Zusammenschlusskontrolle (Einführung des sog. "SIEC-Tests") verbunden mit Erleichterungen für die Unternehmen bei Zusammenschlüssen mit internationaler Marktabgrenzung sowie im Bereich der Fristen (Angleichung an die Verhältnisse in der EU);
- Sanktionsminderung für angemessene Programme zur Beachtung der kartellgesetzlichen Regelungen (sogenannte "Compliance"-Programme);
- Verbesserung des Widerspruchsverfahrens (Verkürzung der Frist auf zwei Monate, Sanktionsmöglichkeit lebt erst mit der Eröffnung einer Untersuchung wieder auf).

## 6 Spezialthemen des Jahres 2011

### 6.1 Nichtweitergabe von Währungsvorteilen

#### 6.1.1 Lageentwicklung

Bereits im Jahresbericht 2010 (RPW 2011/1) hat die WEKO im Anhang unter dem Titel "Problematik der unvollständigen Weitergabe von Währungsvorteilen und kartellrechtliche Eingriffsmöglichkeiten" die Problematiken, die ein sinkender Euro-Kurs nach sich zieht dargestellt und den Handlungsspielraum der Wettbewerbsbehörde konkret erläutert. Dieser beschränkt sich auf Interventionen bei marktabschottenden Wettbewerbsabreden und missbräuchlichen Einsatz von Marktmacht. Sie hat auch die vielfältigen Gründe dargelegt, die dazu führen, dass Kursanpassungen nicht automatisch und kurzfristig zu einer Anpassung der Konsumentenpreise im selben Ausmass führen. Vielmehr, so der letztjährige Bericht, wird nur ein Teil der Währungsgewinne an die Konsumenten weitergegeben, zudem geschieht dies in den allermeisten Fällen verzögert.

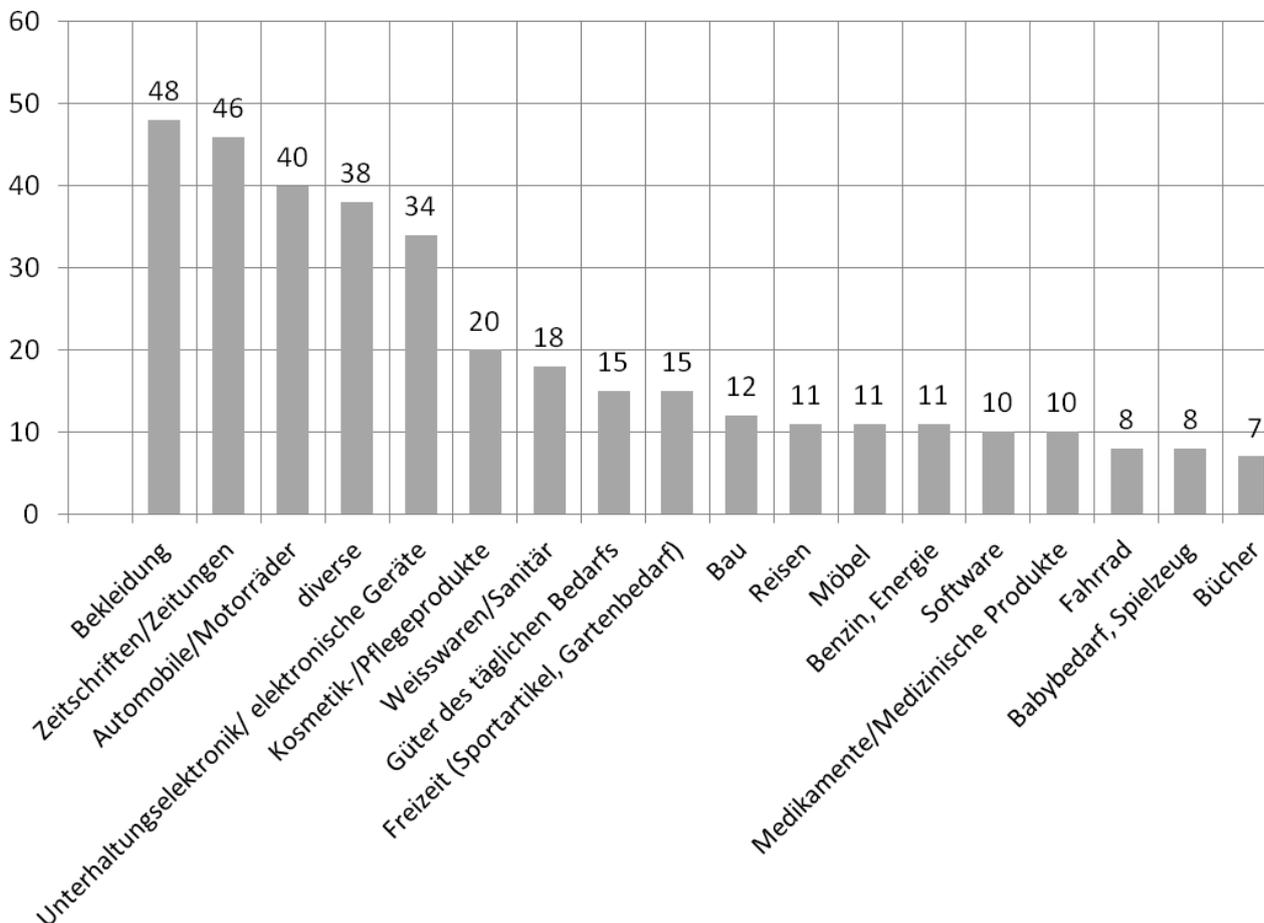
Aufgrund der Wechselkursentwicklung im Sommer 2011 sah sich das Sekretariat mit einer steigenden Anzahl von Meldungen konfrontiert. Die Mehrheit der Meldungen (85 %) stammte von Konsumenten. Gründe für dieses Hoch waren unter anderem der zu diesem Zeitpunkt auf einem Allzeittief liegende €/CHF-Kurs - am 10.08.2011, fiel der Wechselkurs €/CHF unter 1.03 - sowie der Aufruf der WEKO in den Medien, bestimmte Fälle der Nichtweitergabe von Währungsvorteilen zu melden. Dazu wurde anfangs August das Formular "Unvollständige Weitergabe von Wechselkursvorteilen" auf der Website der WEKO unter der Rubrik 'Dienstleistungen' aufgeschaltet. Ebenfalls wurde eine Taskforce "Frankenstärke" geschaffen (4 Personen) um der Bedeutung des Problems auch die nötige Aufmerksamkeit schenken zu können

und genügend Ressourcen bereitzustellen. Zudem musste vor allem in der Anfangsphase das weitere Vorgehen intern koordiniert werden.

Die Task Force erfasste alle Meldungen zentral und ordnete sie anschliessend nach kursorischer Abklärung sowohl nach Branchen wie auch nach möglichen Verstössen. Aus diesen Kategorien wurden dann exemplarische Fälle aufgegriffen und, abhängig von den

vorliegenden Hinweisen, als Marktbeobachtungen, Vorabklärungen oder Untersuchungen weitergeführt. Zu den weiteren Aufgaben gehört das Erstellen periodischer Lageberichte zuhanden der Direktion.

Zur Illustration der Anliegen, welche die Bevölkerung am meisten beschäftigen sei hier der Meldungseingang, aufgeteilt nach Branchen, in einer Grafik wiedergegeben:



Eine hohe Zahl der Meldungen betraf den Bereich Zeitschriften. Dabei wurden in den allermeisten Fällen Preisdifferenzierungen zwischen der Schweiz und dem umliegenden Ausland gerügt. Das Kartellgesetz bietet für diese Konstellationen keine Handhabe, weil es sich dabei praktisch durchwegs um sogenannte konzerninterne Sachverhalte handelt. Für die Prüfung der Frage, ob allenfalls ein Preismissbrauch eines marktmächtigen Unternehmens vorliegt, wurden solche Meldungen im gegenseitigen Einverständnis an die Preisüberwachung weitergeleitet, welche bereits seit Beginn des Jahres 2011 im Bereich Zeitschriften aktiv ist.

Die Meldungen betreffend den Bereich Bekleidung hatten zum überwiegenden Teil ebenfalls konzerninterne Preisdifferenzierungen zwischen der Schweiz und dem umliegenden Ausland zum Gegenstand. Je nach Substantiierungsgrad nahmen die Wettbewerbsbehörden in gewissen Fällen Abklärungen vor, dies insbesondere dort, wo namhafte ausländische Hersteller involviert waren. Zu diesem Zweck wurden mehrere Marktbe-

obachtungen eröffnet, weil die eingegangenen Meldungen alleine es den Wettbewerbsbehörden nicht ermöglichen, ein formelles Verfahren (Vorabklärung oder Untersuchung) zu eröffnen. Diese Marktbeobachtungen sind zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen.

Im Übrigen kann zu den eingegangenen Meldungen gesagt werden, dass insbesondere Privatpersonen den Wettbewerbsbehörden mögliche Missstände zur Kenntnis bringen wollten, die Vorwürfe jedoch in den allermeisten Fällen wenig substantiiert beziehungsweise nicht oder kaum dokumentiert wurden. In jenen Fällen, in denen konkrete Indizien für das Vorliegen von Wettbewerbsbeschränkungen vorlagen, nahmen die Wettbewerbsbehörden weitere und zum Teil umfangreiche Abklärungen vor. Bei einzelnen Klagen hat das Sekretariat die gemeldeten Preisdifferenzen überprüft und festgestellt, dass sie tatsächlich weniger hoch sind als geltend gemacht (so z.B. bei Nivea-Creme). In allen Fällen wurde den Bürgern eine summarische rechtliche Beurteilung der gemeldeten Sachverhalte übermittelt.

In den Bereichen Automobile/Motorräder, Unterhaltungselektronik/elektronische Geräte, Kosmetik-/Pflegeprodukte, Weisswaren/Sanitär, Freizeit, Reisen, Güter des täglichen Bedarfs, Bau, Software, Fahrrad und Babybedarf sind die Wettbewerbsbehörden gestützt auf entsprechende Bürgermeldungen aktiv geworden. Die entsprechenden Verfahren werden im nachfolgenden Abschnitt erläutert.

### 6.1.2 Verfahren

Die WEKO hat im letzten Jahr zwei wichtige Leitescheide zum Problem der Marktabschottung gefällt. Einerseits hat sie NIKON für eine Behinderung von Parallelimporten gebüsst und damit ihre Praxis aus dem Gaba-Entscheid bekräftigt (beide Verfügungen sind noch nicht rechtskräftig; das Bundesverwaltungsgericht hat die Beschwerde von Gaba von Anfang 2010 noch nicht entschieden). Zweitens hat sie in der Untersuchung zum Online-Handel klar gemacht, dass Beschränkungen des Online-Handels nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen kartellrechtlich zulässig sind. Dies gilt auch für den grenzüberschreitenden Online-Handel.

Basierend auf Anzeigen von Bürgern und Berufsleuten sowie den Ergebnissen einer Marktbeobachtung führte das Sekretariat der WEKO am 22. November 2011 Hausdurchsuchungen beim **Schweizerischen Grosshandelsverband der Sanitären Branche (SGVSB) und fünf Sanitärgrosshändlern** in der gesamten Schweiz durch. Konkret besteht der Verdacht, dass die involvierten Unternehmen Preis- und Gebietsabreden getroffen haben.

Es gingen zahlreiche Meldungen sowohl von Bürgern als auch von Unternehmen betreffend die **Jura Elektroapparate AG** ein. Dabei wurde häufig die Garantiepolitik von Jura kritisiert, welche die Erbringung von Garantieleistungen bei nicht autorisierten Wiederverkäufern grundsätzlich ausschliesst. Den Meldungen zufolge trifft dies in erster Linie auf Produkte zu, welche entweder bei Online-Händlern und/oder im europäischen Ausland erworben wurden. Es lagen konkrete Anhaltspunkte vor, welche auf das Vorliegen möglicher Behinderungen von Parallelimporten hindeuten. Diese Untersuchung wurde am 26. Oktober 2011 eröffnet.

Im Bereich **Kosmetikprodukte** eröffnete das Sekretariat am 26. Oktober 2011 gegen die Care on Skin GmbH eine Untersuchung wegen möglicher Behinderung von Parallelimporten und des Online-Handels. Meldungen von Kosmetikerinnen zufolge ist es untersagt, Produkte der Marke **Dermalogica** über Online-Shops zu verkaufen. Hinzu kommt, dass es nicht möglich ist, die Produkte aus dem umliegenden Ausland in die Schweiz zu importieren. In einem weiteren Fall lagen zwar Indizien für einen ähnlichen Sachverhalt vor, diese waren aber zu wenig substantiiert. Demzufolge wurde im Oktober eine Vorabklärung gegen eine weitere Vertriebsgesellschaft von Kosmetikprodukten eröffnet. Schliesslich laufen zwei Marktbeobachtungen im Bereich Nagelkosmetik resp. Körperpflegeprodukte.

Am 25. Oktober 2011 wurde eine Vorabklärung gegen verschiedene Marktteilnehmer eröffnet, welche möglicherweise die **Preisbildung von Online-Shops** und insbesondere die publizierten Preise auf Vergleichsportalen

beeinflussen. Bei diesen Einflussnahmen könnte es sich um Preisbindungen zweiter Hand handeln, welche gemäss der kürzlich veröffentlichten Verfügung der WEKO in Sachen Behinderung des Online-Handels (vgl. oben Ziffer 3.1.1) als besonders problematisch zu betrachten sind.

Im Zusammenhang mit dem **Online-Handel** wurden infolge von Meldungen zudem zwei Marktbeobachtungen in den Bereichen Sportbekleidung/-schuhe sowie Software eröffnet.

Gegen eine bekannte Schweizer **Elektrofahrrad-Herstellerin** wurde im Oktober eine Vorabklärung eröffnet, weil Indizien auf das Vorliegen von Preisbindungen hinweisen. Die Wettbewerbsbehörden verfügen diesbezüglich über Informationen, wonach die Herstellerin Druck auf die Preispolitik ihrer Wiederverkäufer ausübt. Daneben läuft eine Marktbeobachtung wegen einer möglichen Gebietsabschottung durch einen anderen Schweizer Fahrradhersteller.

Viele Bürger beschwerten sich bei den Wettbewerbsbehörden darüber, dass **Motorräder und Ersatzteile** der renommierten US-amerikanischen Marke Harley Davidson nicht über das Internet resp. nicht aus dem umliegenden Ausland oder den USA selber bezogen werden können. Entsprechend wurde im November eine Vorabklärung eröffnet.

In den vergangenen sechs Monaten wurden zudem, basierend auf Bürgermeldungen, weitere **Marktbeobachtungen bei folgenden Produkten** eröffnet: Tintenpatronen, Klimageräte, Haustierzubehör, Säuglingsmilch und Kinderwagen. Anzufügen gilt es noch, dass im Baunebengewerbe im September eine Vorabklärung eröffnet wurde wegen Verdachts auf absoluten Gebietschutz durch einen nordeuropäischen Hersteller. Diese Vorabklärung konnte mit einer Anpassung des Vertriebsvertrages abgeschlossen werden.

Im Zusammenhang mit der Frankenstärke hat Bundesrat Schneider-Ammann am 10. August 2011 einen runden Tisch einberufen, an dem u.a. Vertreter aus dem Lebensmittel-Detailhandel teilnahmen. Diese brachten vor, sie seien von gewissen (multinationalen) Markenartikel-Lieferanten insofern abhängig, als gewisse Markenprodukte im Sortiment geführt werden müssten, um keine Kunden zu verlieren. Bei diesen Produkten – als **Must-in-stock-Produkte** bezeichnet – seien die hiesigen Detailhändler dem Preisdiktat der Lieferanten ausgeliefert und könnten keinen wirksamen Druck ausüben, um tiefere (eurokompatible) Einstandspreise zu erhalten.

Das Sekretariat hat die grossen Lebensmittel-Detailhändler umgehend eingeladen, die relevanten Informationen zur Verfügung zu stellen, um ihre Vorbringen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht prüfen zu können. Auf dieses Angebot sind die Lebensmittel-Detailhändler bisher nicht eingegangen. Dies wurde u.a. damit begründet, dass in der Zwischenzeit zahlreiche multinationale Hersteller ihre Verkaufspreise an den Schweizer Detailhandel gesenkt hätten und damit die Schweizer Kunden an den Währungsvorteilen, die sich infolge der Frankenaufwertung ergeben würden, partizipieren liessen.

Neben den erwähnten Verfahren liegen Meldungen vor, welche derzeit von den Wettbewerbsbehörden geprüft werden und bei Vorliegen von Indizien oder Anhaltspunkten für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen zur Eröffnung weiterer Verfahren führen können. Angesichts der ressourcenintensiven Verfahren, die bereits eröffnet wurden, werden allfällige neu zu eröffnende Verfahren in einem Themenspeicher gesammelt.

Zudem betreffen diverse **laufende Untersuchungen** Sachverhalte, bei denen mutmasslich der Schweizer Markt abgeschottet, Endverkaufspreise festgelegt oder in anderer unzulässiger Weise die ‚Hochpreisinsel Schweiz‘ zementiert wurde bzw. wird. In diesem Zusammenhang sei insbesondere auf die laufenden Verfahren gegen BMW und die Roger Guenat SA (Bergsportprodukte) verwiesen (vgl. Ziffer 3.1.1).

### 6.1.3 Stand der Dinge

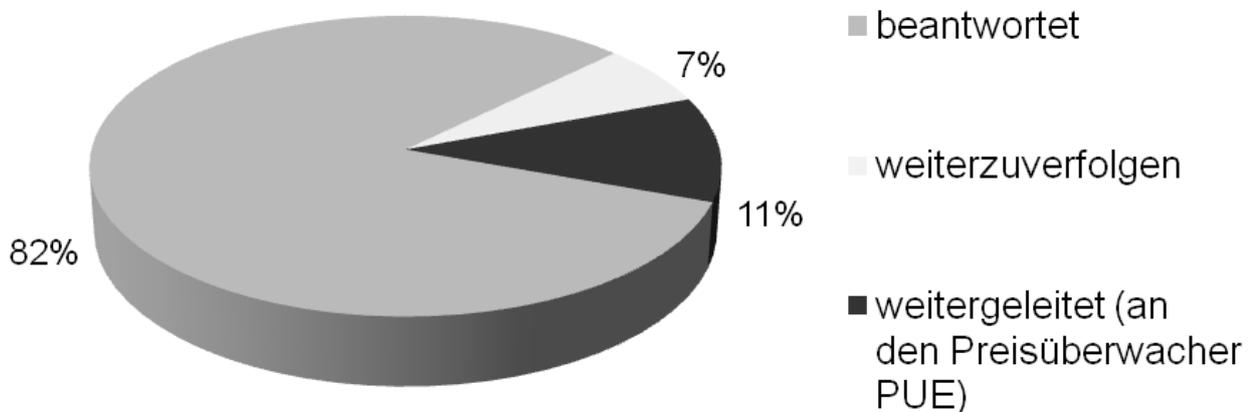
Wie bereits dargelegt treffen weiterhin regelmässig Meldungen beim Sekretariat ein, wobei sich die Anzahl aber deutlich reduziert. Dies kann man zum einen sicher auf die Intervention der Schweizerischen Nationalbank (SNB) vom 6. September 2011 zurückführen, wobei der

Franken beim Kurs von 1.20 gemäss der Einschätzung der SNB immer noch überbewertet ist<sup>1</sup>. Eine zusätzliche Abschwächung des Frankens gegenüber dem Euro beziehungsweise eine "Normalisierung" des Kurses würde aber die Problematik weiter entschärfen.

Andererseits zeigt sich in gewissen Bereichen, dass sich die tieferen Einstandskosten mit Verzögerung nun auch in tieferen Preisen für den Konsumenten äussern (die Schweizer Importpreise sind nach Statistik des BFS von Dezember 2009 bis November 2011 im Schnitt um 6 % gesunken, unter Ausklammerung von Rohstoffen und anderen Produkten mit stark schwankenden Preisen). Es sei an dieser Stelle zum Beispiel auf die Preisnachlässe in der Automobilbranche verwiesen.

Des Weiteren hat sich gezeigt, dass Unternehmen auch durch eigene Initiative in der Lage sind, die Weitergabe von Wechselkursvorteilen an den Handel und die Kunden durchzusetzen, sofern sie gewillt sind, entsprechende Massnahmen zu ergreifen. Ein prominentes Beispiel ist die Auslistungsaktion von Coop.

Der Bearbeitungsstand der eingegangenen Meldungen sieht wie folgt aus (22.12.2011):



## 6.2 Verfahren zu Glasfaserkooperationen

Auch im Jahr 2011 bildeten die **Glasfaserkooperationen** einen Schwerpunkt des Sekretariats. Verschiedene regionale Energieversorgungsunternehmen und Swisscom hatten vereinbart, die Zukunftstechnologie Glasfaser in einzelnen Schweizer Städten gemeinsam aufzubauen. Diese Kooperationen ermöglichen eine Teilung des Investitionsrisikos sowie eine Reduktion der Baukosten aufgrund effizienterer Nutzung von Kabelkanälen. Das Sekretariat hat die Kooperationen für den Aufbau der Glasfaserinfrastruktur deshalb grundsätzlich

begrüsst. Es hat aber auch früh darauf hingewiesen, dass solche Kooperationen unzulässige Wettbewerbsabreden enthalten könnten. Damit könnte der angestrebte Wettbewerb im Betrieb der zukünftigen Telekommunikationsnetze langfristig beeinträchtigt werden.

<sup>1</sup> [http://www.snb.ch/de/mmr/reference/pre\\_20110906/source/pre\\_20110906.de.pdf](http://www.snb.ch/de/mmr/reference/pre_20110906/source/pre_20110906.de.pdf)

Vor diesem Hintergrund meldete die Stadt St.Gallen im Spätsommer 2010 einzelne Klauseln ihres Kooperationsvertrages mit Swisscom gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG. Bis im Januar des Berichtsjahres erfolgten weitere Meldungen für die Städte Genf, Zürich, Bern und Basel. Swisscom reichte jeweils kurze Zeit später eine eigene Meldung ein. Einzig für die Stadt Luzern erfolgte eine gemeinsame Meldung von Energie Wasser Luzern und Swisscom. Somit führte das Sekretariat im Frühjahr 2011 elf Widerspruchsverfahren bezüglich der Glasfaserkooperationen durch. Hinzu kamen die geplante Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch Swisscom und Groupe E für den Aufbau eines Glasfasernetzes im Kanton Fribourg sowie verschiedene Anzeigen Dritter gegen die Betreiber der Glasfasernetze.

Durch die Meldung wollten die Städte und Swisscom wissen, ob im Hinblick auf die Kooperationsverträge kartellrechtliche Sanktionen drohen könnten. Daher legten sie einzelne potentiell problematische Vertragsklauseln zur Überprüfung vor. Das Augenmerk der Widerspruchsverfahren lag insbesondere auf drei Vertragsklauseln, die in unterschiedlicher Ausgestaltung und unterschiedlichen Kombinationen in den Kooperationsverträgen zu finden waren: Mit der "Layer 1-Exklusivität" verzichtet Swisscom auf das Angebot nackter Glasfasern an andere Fernmeldedienstleister; gleichzeitig hat Swisscom mit dem "Investitionsschutz" die Möglichkeit, den Preis dieses Monopolangebotes der Energieversorgungsunternehmen zu kontrollieren; der "Ausgleichsmechanismus" erlaubt den Kooperationspartnern zudem einen nachträglichen Ausgleich des Investitionsanteils im Hinblick auf die tatsächliche Nutzung des Glasfasernetzes. Sofern Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbeschränkung bestehen, verlangt das Meldeverfahren vom Sekretariat bzw. der Kommission die Eröffnung eines ordentlichen Verfahrens innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Frist von fünf Monaten. Ansonsten wären die gemeldeten Wettbewerbsbeschränkungen endgültig von kartellrechtlichen Sanktionen befreit. Dem Sekretariat stellte sich somit die Frage, ob die gemeldeten Vertragsklauseln über die gesamte Laufzeit der Kooperationsverträge von 30 bis 40 Jahren von Sanktionen befreit werden können.

Die Kooperationspartner haben für die Glasfasererschliessung ein Mehrfasernmodell gewählt, das den Wettbewerb auf dem Glasfasernetz grundsätzlich ermöglichen soll. Gleichzeitig haben sie aber Klauseln in ihre Verträge aufgenommen, die den späteren Betrieb der Glasfasernetze stark beeinträchtigen könnten. Während einzelne der gemeldeten Vertragsklauseln unbedenklich waren, konnte das Sekretariat im Rahmen des Widerspruchsverfahrens insbesondere bei den drei zentralen Klauseln eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht ausschliessen. Aus diesem Grunde eröffnete das Sekretariat nacheinander Vorabklärungen für die Glasfaserkooperationen in den Städten St.Gallen, Genf und Zürich. Im April 2011 entschied das Sekretariat schliesslich für alle noch laufenden Widerspruchsverfahren eine Vorabklärung zu eröffnen. Dadurch konnte das Sekretariat die verschiedenen Verfahren zusammenfassen und deren Behandlung beschleunigen. Für die Kooperationspartner bedeutete die Eröffnung der Vorabklä-

rung, dass sie das Risiko kartellrechtlicher Sanktionen weiterhin tragen.

Eine vertiefte Marktanalyse inklusive Befragung wichtiger Marktteilnehmer ergab in der Vorabklärung, dass der "Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten" einen eigenständigen Markt darstellt. Diese Marktabgrenzung ergab sich aufgrund der Aussagen der Marktgegenseite sowie spezifischer, insbesondere technischer Eigenschaften des Netzzugangs, aber auch aufgrund der Ausgestaltung der Kooperationsverträge und dem Verhalten der Kooperationspartner selbst. In der Vorabklärung kam das Sekretariat zum Schluss, dass die erwähnten Klauseln unzulässige Abreden über Mengen und Preise sowie über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern gemäss Art. 5 Abs. 3 KG darstellen könnten. Für solche Abreden vermutet das Kartellgesetz eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs. Gestützt auf die vorgenommene Marktabgrenzung und die durchgeführte Marktanalyse gelang es nicht, die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umzustossen. Im vorliegenden Verfahren ergab sich zudem die Besonderheit, dass einzelne Vertragsklauseln ex-ante einer kartellrechtlichen Prüfung unterzogen werden mussten, lange bevor sie eine Wirkung im Markt entfalten. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann aber erst in einer rückblickenden Betrachtung abschliessend ermittelt werden, ob es sich tatsächlich um unzulässige Wettbewerbsabreden handelt, die von kartellrechtlichen Sanktionen bedroht sind.

Am 5. September 2011 legte das Sekretariat mit dem Schlussbericht der Vorabklärung seine Analyse der kritischen Vertragsklauseln vor. Gemäss Schlussbericht stellen diese Vertragsklauseln Preis- und Mengenabreden sowie Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern dar. Aus einer Ex-ante-Perspektive besteht damit zumindest das Risiko der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs. Aufgrund des Schlussberichtes wissen die Kooperationspartner nun, welche Verhaltensweisen kartellrechtlich problematisch sein können und auf welcher Basis das Sekretariat die gemeldeten Wettbewerbsbeschränkungen in einer allfälligen Untersuchung beurteilen würde. Das Sekretariat hat die kritischen Vertragsklauseln aber entsprechend dem Ex-ante-Charakter des von den Parteien gewählten Verfahrens nicht verboten. Die Kooperationspartner können das Risiko kartellrechtlicher Sanktionen besser abschätzen und tragen selbst die Verantwortung für eine kartellrechtskonforme Ausgestaltung ihrer Kooperationsverträge. Eine Befreiung vom Sanktionsrisiko konnte das Sekretariat im Fall der Glasfaserkooperationen nicht gewähren. Sofern die Kooperationspartner zusätzliche Absicherungen für ihre substantiellen Investitionen benötigen, können sie dies nur durch eine entsprechende Regulierung des Gesetzgebers erreichen.

Bereits im Herbst 2010 fanden parallel zu den Abklärungen des Sekretariats erste Treffen mit einzelnen Kooperationspartnern statt, bei denen das Sekretariat seine Bedenken gegenüber den gemeldeten Vertragsklauseln signalisierte. Bis im Sommer des Berichtsjahres fanden weitere Treffen statt. Trotz der vom Sekretariat im Anschluss an das Widerspruchsverfahren dargelegten Be-

denken zeigten die Kooperationspartner zunächst keine Bereitschaft zu einer Anpassung der Kooperationsverträge. Gleichzeitig erwies es sich mit fortschreitender Vorabklärung als immer schwieriger, die gesetzlich vorgeschriebene Hürde für eine Sanktionsbefreiung zu erfüllen. Schliesslich war es nicht möglich, eine für die Kooperationspartner akzeptable Anpassung der Kooperationsverträge anzuregen, die den Bedenken des Sekretariats Rechnung getragen hätte und von den Parteien akzeptiert worden wäre.

Im Zusammenhang mit dem Glasfaserdossier sah sich das Sekretariat mit einer kontinuierlichen und teilweise sehr kritischen Medienberichterstattung konfrontiert. Gleichzeitig bestand aufgrund der Beteiligungen der Städte und der Swisscom auch eine grosse Erwartungshaltung von Seiten der Politik. Das Sekretariat kommunizierte folglich das Glasfaserdossier von Anfang an sowohl in der Öffentlichkeit als auch in der Telekommunikationsbranche sehr aktiv. Dabei erwies es sich als grosse Herausforderung, den technisch und ökonomisch anspruchsvollen Sachverhalt sowie das komplexe Verfahren – auch aufgrund des grossen Geheimhaltungsinteresses – verständlich darzulegen.

Im Nachtrag zur Publikation des Schlussberichtes haben verschiedene Kooperationspartner schliesslich substantielle Änderungen der Kooperationsverträge in Angriff genommen. Als erste einigten sich die Industriellen Werke Basel und Swisscom, auf die "Layer 1-Exklusivität" und den "Investitionsschutz" zu verzichten; gleichzeitig beschlossen sie eine Anpassung des "Ausgleichsmechanismus" unter teilweiser Berücksichtigung der Analyse des Schlussberichtes. Die Kooperation in Basel wies damit den anderen Städten den Weg hin zu einer weitgehend kartellrechtskonformen Ausgestaltung der Kooperationsverträge. Bis Ende Jahr kündigten weitere Städte eine Anpassung ihrer Kooperationsverträge an. Das Sekretariat begrüsst diese Anpassung. Das Sanktionsrisiko bleibt weiterhin bestehen.

Angesichts der volkswirtschaftlichen, aber auch der politischen Bedeutung des Aufbaus der Glasfaserinfrastruktur in der Schweiz erwartet das Sekretariat der WEKO einen anhaltenden Schwerpunkt im Bereich Glasfaser. Es ist von zentraler Bedeutung, dass der Wettbewerb auf dem zukünftigen Netzwerk für leitungsgebundene Kommunikation nicht schon von Anfang an eingeschränkt wird.

A 1.	<b>2. Rapport annuel 2011 de la Commission de la concurrence</b>
------	--

### Table des matières

<b>1</b>	<b>Préface du Président</b>	<b>3</b>	3.3.2 Médias	14
<b>2</b>	<b>Décisions importantes de la COMCO</b>	<b>4</b>	3.3.3 Energie	14
<b>3</b>	<b>Activités dans les différents secteurs</b>	<b>5</b>	3.3.4 Autres domaines	15
3.1	Marché de produits	5	3.4 Marché intérieur	15
3.1.1	Industrie des biens de consommation et commerce de détail	5	3.5 Investigations	16
3.1.2	Construction	6	3.6 Relations internationales	16
3.1.3	Industrie horlogère	7	<b>4 Organisation et statistiques</b>	<b>17</b>
3.1.4	Secteur automobile	8	4.1 COMCO	17
3.1.5	Agriculture	9	4.2 Secrétariat	18
3.2	Services	9	4.3 Statistiques	18
3.2.1	Services financiers	9	<b>5 Révision de la loi sur les cartels – Etat des travaux</b>	<b>20</b>
3.2.2	Marchés de la santé	10	<b>6 Thèmes spéciaux de l'année 2011</b>	<b>21</b>
3.2.3	Professions libérales et services professionnels	11	6.1 Non-répercussion des gains de change	21
3.3	Infrastructure	13	6.1.1 Évolution de la situation	21
3.3.1	Télécommunications	13	6.1.2 Procédures	23
			6.1.3 Etat des lieux	25
			6.2 Coopérations FTTH	25

## 1 Préface du Président

L'année 2011 a été riche en événements:

Premièrement, deux thèmes spécifiques ont mobilisé les ressources des autorités de la concurrence : fibre optique et franc fort. D'une part, les notifications de Swisscom et des services municipaux concernant la construction de réseaux de fibres optiques ont conduit à de nombreuses enquêtes préalables du Secrétariat dont les résultats ont mis en évidence certaines clauses problématiques des contrats de coopération qui tendent à supprimer la concurrence efficace. D'autre part, les nombreuses dénonciations parvenues au Secrétariat en relation avec la dépréciation du taux de change Euro/CHF (et Dollar/CHF) durant l'été 2011 ont engendré de nombreuses procédures fondées sur un possible verrouillage du marché suisse par rapport aux pays frontaliers.

Deuxièmement, la COMCO a pris des décisions importantes dans plusieurs procédures complexes. Dans l'enquête sur le commerce en ligne, elle a constaté que la distribution par internet ne peut qu'exceptionnellement être entravée et sous des conditions très restrictives. Dans l'enquête dans la branche des parfums et des cosmétiques, elle a clairement montré qu'un échange d'informations confidentielles entre concurrents peut constituer un accord illicite. Dans le cas NIKON, la COMCO a constaté une restriction illicite des importations parallèles et a prononcé une amende conséquente. Enfin, dans l'enquête menée dans le canton d'Argovie, la COMCO a découvert un nombre important de cartels de soumission illicites qu'elle a sanctionnés par des amendes à l'encontre des entreprises participantes. Toutes ces procédures ont fortement engagé le Secrétariat et la COMCO, notamment les auditions devant la COMCO des entreprises concernées par une sanction.

Troisièmement, le projet de révision de la Loi sur les cartels élaboré par le Conseil fédéral vise à renforcer la LCart, notamment en rendant dorénavant illicites les cartels durs (cf. art. 5 al. 3 et 4 LCart), sous réserve de justification par des motifs d'efficacité économique. Cette nouvelle approche devrait simplifier les procédures des autorités de la concurrence. De plus, le Conseil fédéral veut professionnaliser et diminuer l'autorité de la concurrence dans la phase de décision. Le Parlement décidera si l'autorité actuelle deviendra un tribunal de la concurrence, tel que proposé par le Conseil fédéral, ou si elle demeurera une autorité administrative indépendante.

Quatrièmement, la composition de la COMCO a changé à la fin de la période 2008-2011 avec le départ, respectivement l'arrivée de trois membres. Elle axera à nouveau son travail sur la protection de la concurrence efficace dans l'intérêt des consommateurs et des entreprises.

**Prof. Vincent Martenet**

Président de la Commission de la concurrence

## 2 Décisions importantes de la COMCO

Les principales décisions de la COMCO sont énumérées ci-après dans un ordre chronologique. Elles seront abordées en détail dans les chapitres respectifs du rapport (voir 3.1 à 3.3).

Fin avril 2011, la COMCO a décidé que l'entreprise commune notifiée par **Swisscom et le Groupe E** ne pouvait pas être examinée dans le cadre d'un contrôle de concentration. La COMCO est parvenue à la conclusion, lors d'un examen approfondi, que l'entreprise commune n'aurait pas un accès indépendant au marché. C'est pourquoi, une condition essentielle pour effectuer un examen de la concentration de cette entreprise commune n'est pas vérifiée. Suite à la décision de la COMCO, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable, afin d'examiner les accords relatifs à l'entreprise commune.

Le 6 juin 2011, la COMCO a ouvert une enquête contre **Swatch Group** qui souhaitait cesser la livraison de mouvements horlogers et d'assortiments à des tiers. Parallèlement, la COMCO a prononcé des mesures provisionnelles dans l'intérêt d'une concurrence efficace sur le marché de l'horlogerie. Ces mesures obligent la poursuite des livraisons à des tiers durant la durée de la procédure avec toutefois la possibilité de réduire sensiblement les livraisons. Les mesures provisionnelles se rapportant à un accord amiable entre le Secrétariat et Swatch Group ont été confirmées à la fin de l'année passée par le Tribunal administratif fédéral (TAF).

Le 11 juillet 2011, la COMCO a rendu une décision phare concernant la licéité des restrictions du **commerce en ligne** en matière de droit de la concurrence. Dans sa décision, elle a constaté que les restrictions du commerce en ligne contrevenaient sur le fond à la Loi sur les cartels mais qu'elles étaient licites sous des conditions très restrictives. Ainsi, il peut être justifié dans un système de distribution sélective, d'enjoindre aux commerçants en ligne, de remplir les mêmes conditions qu'un commerçant agréé et d'exploiter un point de vente physique. Les commerçants en ligne doivent dans tous les cas être libres de pouvoir fixer les prix de vente finaux de façon indépendante.

Suite aux notifications de Swisscom et de plusieurs services municipaux, le Secrétariat a ouvert différentes enquêtes préalables sur les contrats de **coopération en matière de fibre optique**. Après une enquête très sérieuse, il a été conclu début septembre 2011, que lesdits contrats pouvaient contenir des accords illicites horizontaux durs et être passibles de sanctions. Le modèle choisi de quatre fibres par les services municipaux et Swisscom devait rendre possible la concurrence sur le réseau de fibre optique. Toutefois, le Secrétariat a qualifié d'accord sur les prix et les quantités, pouvant restreindre notablement la concurrence souhaitée, les contrats contenant des clauses telles que l'exclusivité du layer 1 pour les services municipaux, ou le contrôle du prix. Suite à cela, Swisscom et certains services municipaux ont adapté leurs accords de coopération.

Concernant l'échange d'informations entre concurrents, la COMCO a décidé le 31 octobre 2011, que les

échanges de chiffres d'affaires, de prix bruts et de dépenses publicitaires entre les entreprises de la **branche des cosmétiques et de la parfumerie** s'apparentent à des accords illicites. L'échange d'informations confidentielles entre concurrents directs tend dans tous les cas à influencer le comportement concurrentiel des entreprises d'une façon dommageable pour la concurrence. Si ceci a également une influence sur le comportement concret lors de la fixation des prix des entreprises, il s'agit d'un accord sanctionnable sur les prix. En l'espèce, aucune sanction n'a été prononcée vu qu'aucune preuve n'a été produite.

Le 28 novembre 2011, la COMCO a constaté que, de février 2008 à septembre 2009, **NIKON** a empêché de manière illicite l'importation parallèle d'appareils de photographie et d'autres accessoires photographiques. La COMCO a sanctionné NIKON pour ces entraves découlant d'accords illicites verticaux pour un montant d'environ CHF 12.5 millions. Avec cette décision, la COMCO a signalé qu'elle agira fermement à l'encontre de chaque entrave aux importations directes ou parallèles fondées sur des accords verticaux visant à cloisonner des territoires. Elle a aussi confirmé sa décision prise en décembre 2009 dans l'affaire GABA/Elmex, qui se trouve toujours pendante devant le Tribunal administratif fédéral.

Finalement, la COMCO a clos, le 16 décembre 2011, son enquête concernant la **construction de routes et le génie civil dans le canton d'Argovie**. Elle a constaté un nombre important de cartels de soumission illicites formés par 18 entreprises, qui ont été frappées d'une amende totale de CHF 4.3 millions. Ainsi, la COMCO a pu conclure une autre enquête importante dans le domaine des "cartels de soumission". Une autre enquête est en cours dans le canton de Zürich concernant le même domaine.

## 3 Activités dans les différents secteurs

### 3.1 Marché de produits

#### 3.1.1 Industrie des biens de consommation et commerce de détail

Avec sa décision du 28 novembre 2011 concernant le cas **Nikon**, la COMCO confirme sa pratique (cf. Gaba, DPC 2010/1 65 ss.) sur la protection territoriale absolue. Suite à une dénonciation, la COMCO a ouvert le 24 mars 2010 une enquête et procédé à une perquisition auprès de Nikon Schweiz AG.

L'enquête a révélé que les importations parallèles en Suisse étaient exclues de deux manières: d'une part, Nikon a interdit aux entreprises nationales l'achat de produits Nikon Imaging en dehors de la zone contractuelle (Suisse et Liechtenstein) et d'autre part, des interdictions d'exportation vers la Suisse figuraient dans les contrats de distribution étrangers. En outre, il ressort de la correspondance électronique saisie lors de la perquisition effectuée dans les locaux de Nikon que les ventes par des "commerçants parallèles" en Suisse ont été réellement entravées ou devaient l'être. Ces clauses et l'exercice d'une certaine pression à l'encontre des commerçants parallèles ont en outre contribué à une aug-

mentation des prix pendant la période allant du printemps 2008 à l'automne 2009.

Les mesures de protection territoriale n'ont pas supprimé la concurrence efficace sur les marchés pertinents, mais l'ont néanmoins affectée de manière notable (art. 5 al. 4 LCart en relation avec l'al. 1 du même article). La sanction imposée de CHF 12.5 millions se base en particulier sur le chiffre d'affaires réalisé par Nikon en Suisse ainsi que sur la durée et la gravité du comportement illicite.

Par décision du 31 octobre 2011, la COMCO a décidé que l'échange d'informations entre les membres d'une association de producteurs, importateurs et distributeurs de produits de cosmétiques et de parfumerie (**ASCOPA**) constituait une infraction au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart et a interdit ce comportement. Les parties à la procédure sont **les filiales et distributeurs suisses des principaux fabricants de la branche des cosmétiques de luxe**. Les entreprises concernées s'étaient réunies en un cartel et avaient échangé mutuellement des informations sensibles sur les prix, les chiffres d'affaires, les dépenses publicitaires et les conditions générales de vente. De cette manière, elles pouvaient adapter leur comportement sur le marché les unes par rapport aux autres. Cette adaptation a conduit à une restriction notable de la concurrence sur le marché des parfums et produits cosmétiques.

L'enquête ouverte en septembre 2010 concernant des **entraves au commerce en ligne** dans le domaine des appareils électroménagers a été close en juillet 2011. La COMCO, a déclaré que les restrictions au commerce en ligne de Electrolux AG et V-Zug AG sont inadmissibles selon l'article 5 alinéa 1 LCart. Dans cette décision, la COMCO s'est prononcée pour la première fois sur la question de savoir si et sous quelles conditions, les ventes par internet pouvaient être limitées. Selon la COMCO, la vente en ligne devrait en principe être permise et les restrictions à la vente en ligne ne peuvent être considérées comme licites que sous certaines conditions très strictes. En outre, la COMCO a souligné que les constellations dans lesquelles les limitations des ventes sur internet sont entraînées par des fixation des prix de revente ou des clauses de protection territoriale absolue, sont considérées comme particulièrement nuisibles. Concrètement, la COMCO considère comme acceptable le fait que Electrolux AG respectivement V-Zug AG, dans le cadre de leur système de distribution sélective, exigent que leurs commerçants aient aussi un magasin stationnaire en plus de la vente du produit par internet. Des accords amiables ont été passés avec les entreprises Electrolux AG et V-Zug AG.

L'enquête préalable "**papers graphiques**" ouverte le 19 mai 2011 a été classée sans suite fin décembre. Le Secrétariat n'avait pas d'indices suffisants conduisant à une restriction de la concurrence, en particulier concernant l'entrave aux importations parallèles de la part des quatre grossistes de papier actifs en Suisse à savoir, Antalis AG, Inapa Schweiz AG, Papyrus Schweiz AG et Fischer Papier AG.

L'enquête ouverte avec une perquisition en 2010 contre **Roger Guenat SA** pour soupçon de fixation de prix de revente d'articles de sport de montagne (entre-temps

Altimum SA) est en phase finale. Les mesures d'instruction ont été achevées et l'élaboration de la proposition du Secrétariat est en cours de conclusion. L'affaire va être clôturée au cours de l'année prochaine.

Une observation de marché approfondie sur les **produits sans gluten** a été menée sur demande de la fondation pour la protection des consommateurs (SKS) et la IG Zölliaكية. Celles-ci critiquaient le niveau de prix très élevé de ces produits en Suisse par rapport aux pays avoisinants. Le Secrétariat a examiné si les prix de revente étaient imposés ou si les importations parallèles étaient empêchées. En outre, les producteurs, les commerçants et les importateurs ont été interrogés et des comparaisons de prix sur certains produits sélectionnés ont été menées. Aucune preuve conduisant à une fixation de prix illicite ou à une entrave aux importations parallèles n'a pu être établie. D'autres raisons engendrent les différences de prix constatées: notamment les faibles volumes d'achats et des marges plus élevées des commerçants suisses aboutissent à des prix plus hauts pour les produits importés. Les coûts de production des produits alimentaires fabriqués en Suisse sont plus élevés car il n'y a pas en Suisse de fabricant spécialisé en produits sans gluten.

### 3.1.2 Construction

L'enquête concernant les accords dans la **construction des routes et le génie civil du canton d'Argovie** a été terminée par décision de la COMCO du 16 décembre 2011.

Le 7 juin 2011, le Secrétariat a fait parvenir aux parties sa proposition à la COMCO pour prise de position. En octobre 2011, les parties ont été entendues par la COMCO dans le cadre d'auditions organisées en trois séances. Les parties ont fait usage de manière importante de la possibilité de prendre position à chaque étape de la procédure.

18 entreprises de construction, directement impliquées dans les accords de soumission, ont été sanctionnées par une amende totale d'environ 4 millions de francs, alors que sept entreprises ont profité d'une réduction de sanction dans le cadre du programme de clémence, une a été complètement libérée de sanction. L'enquête a montré que les entreprises de construction concernées ont passé des accords dans plus de 100 projets, en coordonnant le montant de leur offre et ont ainsi pu se répartir les projets lors d'adjudications publiques et privées.

La lutte contre de tels accords de soumission est une priorité du travail des autorités de concurrence. Par l'effet de signal de cette décision importante, les entreprises devraient être dissuadées à l'avenir de passer de tels accords.

### 3.1.3 Industrie horlogère

Fin 2009, l'ancien président du conseil d'administration du **Swatch Group** a annoncé dans la presse que les livraisons futures de certains composants horlogers seraient réduites respectivement arrêtées pour les clients tiers. A cet égard, les contacts informels avec le Swatch Group ont montré que ce dernier était prêt à mettre en œuvre, au moins partiellement, le comportement annon-

cé. Sur cette base, le Secrétariat a ouvert le 6 juin 2011 une enquête concernant un éventuel abus de position dominante. En même temps, la COMCO a ordonné des mesures provisionnelles pour la durée de l'enquête sur la base d'un accord amiable avec le Swatch Group. Celles-ci prévoient que le Swatch Group devra livrer les clients tiers intégralement dans un premier temps. En 2012, le Swatch Group pourra réduire les livraisons de mouvements mécaniques à 85 % de la quantité achetée en 2010 et à 95 % en ce qui concerne les assortiments. Le but est d'éviter que la concurrence dans les marchés pertinents soit affectée durablement. Les différentes plaintes déposées par les entreprises concernées contre les mesures provisionnelles ont été rejetées par le Tribunal administratif fédéral mi-décembre 2011.

Le Swatch Group prévoit en particulier de cesser complètement les livraisons de mouvements mécaniques et d'assortiments (ensemble des pièces qui composent les organes réglant la montre mécanique) aux clients tiers. L'enquête ouverte devrait permettre de déterminer si ce comportement constitue un abus de position dominante illicite du point de vue du droit de la concurrence. Il s'agira en particulier de vérifier s'il existe des sources d'approvisionnement alternatives au Swatch Group et dans quel horizon temporel de telles alternatives peuvent être mises sur pied. Le Swatch Group s'est montré prêt à trouver une solution amiable sous la forme d'une réduction échelonnée des livraisons.

Dans le cadre de l'instruction, le Secrétariat a mené un sondage approfondi auprès d'un grand nombre de participants du marché. Durant l'année à venir, les mesures d'investigation seront poursuivies et, dans la mesure du possible, achevées.

L'enquête ouverte en septembre 2009 contre ETA SA Manufacture Horlogère Suisse concernant un éventuel abus de position dominante a été suspendue en même temps que l'ouverture de l'enquête contre le Swatch Group, étant donné qu'elle peut être influencée de manière significative par les résultats de la nouvelle enquête.

### 3.1.4 Secteur automobile

Au cours de l'année 2011, le Secrétariat a reçu plusieurs plaintes de la part de clients finaux suisses ayant essayé sans succès d'acheter une BMW respectivement une MINI dans l'Espace Economique Européen (EEE). En octobre 2010, la COMCO a ouvert une enquête contre le **BMW Group** pour de possibles entraves aux importations directes respectivement aux importations parallèles de véhicules neufs des marques BMW et MINI de l'EEE vers la Suisse. La proposition du Secrétariat à la COMCO a été envoyée au BMW Group en octobre 2011 pour prise de position.

Durant l'été 2011, plusieurs consommateurs se sont plaints des différences de prix, parfois très élevées, des véhicules automobiles et des motos entre la Suisse et les pays de l'UE en relation avec la **baisse du taux de change de l'euro**. Le Secrétariat a en particulier examiné s'il existait des indices de pratiques qui isolent notre territoire (par ex. interdictions d'exportations en Suisse). Selon la Communication automobile établie par la COMCO, la limitation des possibilités pour les consom-

mateurs suisses, pour les membres d'un système de distribution sélectif ou pour les revendeurs suisses mandatés par un consommateur, d'acheter sans restrictions des véhicules auprès d'un garage autorisé en Suisse ou dans l'EEE représente en soi une atteinte notable à la concurrence.

Le Secrétariat a répondu à de nombreuses plaintes concernant **l'octroi de garanties** de véhicules importés parallèlement ou directement. Le Secrétariat a renvoyé aux dispositions correspondantes dans la Communication automobile et à sa note explicative. Les garanties accordées par le fournisseur d'automobiles au lieu où le véhicule neuf a été vendu (c-à-d les garanties du constructeur) doivent rester valables aux mêmes conditions dans tout l'EEE et en Suisse.

Fin 2011, le Secrétariat a commencé les travaux de **révision de la Communication automobile** de la COMCO. La révision survient alors que la Commission européenne a adopté en 2010 un nouveau cadre juridique en matière de concurrence pour le secteur automobile. Après une période transitoire jusqu'en mai 2013 durant laquelle l'actuel règlement d'exemption par catégorie pour le secteur automobile continuera à s'appliquer, la vente des véhicules neufs sera soumise aux dispositions du règlement général d'exemption de catégorie applicable aux accords verticaux. Pour les marchés des services de réparation, de l'entretien et de la vente des pièces de rechange, les dispositions spécifiques prévues par le nouveau règlement général d'exemption par catégorie pour véhicules seront appliquées. Les associations intéressées seront invitées à prendre position en temps utile.

Le Secrétariat s'est exprimé dans le cadre de la consultation sur l'entrée en vigueur des modifications concernant la Loi fédérale sur la réduction des émissions de CO<sub>2</sub> (**Loi sur le CO<sub>2</sub>**) et l'ordonnance sur la réduction des émissions de CO<sub>2</sub> des automobiles. L'entrée en vigueur de la Loi sur le CO<sub>2</sub> peut comporter des désavantages pour les petits importateurs. Par rapport aux grands importateurs, les petits importateurs ne peuvent pas compenser les véhicules à haut niveau d'émission avec l'importation de véhicules à bas taux d'émission, à moins qu'un regroupement soit constitué, option qui entraîne des coûts supplémentaires. Le Secrétariat est en principe en défaveur des mesures qui entravent les importations directes ou parallèles. Par conséquent, il s'est exprimé dans ce sens dans le cadre de la consultation sur la Loi sur le CO<sub>2</sub>.

Fin 2011, dans le cadre d'une consultation, le Secrétariat a exprimé son avis sur les ordonnances concernant la circulation routière. Il est favorable au fait que l'admission de véhicules dans les cas où l'importateur est en possession d'un certificat de conformité CE soit favorisée.

### 3.1.5 Agriculture

En 2011, plusieurs plaintes ont été déposées dans le domaine de l'agriculture. Toutefois, les différentes observations de marché n'ont pas révélé des indices de restrictions à la concurrence. Une observation de marché sur les fertilisants sera probablement achevée début

2012. Une enquête préalable sur le marché des céréales a été faite et terminée.

En raison de sa position dominante sur les marchés du lait, de la crème et du beurre, **Emmi AG** a dû notifier une opération de concentration. Il s'agissait en l'espèce de l'acquisition de Rutz Käse AG, une entreprise principalement active dans l'affinage du fromage d'Appenzell et du Tilsit. L'examen préalable n'a pas fait ressortir d'indices, selon lesquels une nouvelle position dominante serait créée ou renforcée.

Au premier semestre, la COMCO a rédigé une expertise pour une procédure devant un tribunal du canton de Vaud. Il s'agissait en particulier de répondre à la question si la Coopérative des producteurs de fromages d'alpages "L'Etivaz" devait donner accès à une cave d'affinage à un producteur de **fromage d'Etivaz** sur la base de la Loi sur les cartels. La COMCO a répondu par la négative à cette question.

Le Secrétariat a pris part à **plus de 30 consultations des offices** concernant des modifications de lois ou d'ordonnances et s'est exprimé sur plus de 20 postulats parlementaires. La COMCO a aussi participé à la consultation sur la politique agricole 2014-2017.

## 3.2 Services

### 3.2.1 Services financiers

Le Secrétariat a clos une nouvelle enquête préalable dans le domaine des **cartes de débit**. La procédure faisait suite à deux procédures d'opposition de MasterCard concernant l'introduction d'un émoulement appelé "Default Interchange Fee" aussi bien pour la carte *Maestro* que pour la nouvelle carte *Debit MasterCard*. La première concernait le système de cartes de débit "Maestro" très répandu en Suisse et prévoyait un débit de commissions d'interchange sur tous les paiements nationaux conclus avec une carte de débit Maestro. L'objet de la seconde procédure concernait l'introduction d'une commission d'interchange pour les transactions effectuées avec les nouvelles cartes "Debit MasterCard". Conformément à la jurisprudence suisse, les commissions d'interchange sont des accords sur les prix entre les sociétés émettrices de cartes (Issuer) et les sociétés de courtage (Acquirer). La problématique des deux affaires touchant de façon similaire les cartes de paiement MasterCard, les deux enquêtes préalables ouvertes à ce sujet ont été unifiées en une seule procédure :

Tout d'abord, le Secrétariat a émis de sérieux doutes quant à la licéité, au regard du droit des cartels, d'une "Default Interchange Fee" pour le système Maestro. Il a notamment pris en compte le fait que la carte "Maestro" est de loin, en Suisse, le plus important système de carte de débit, très répandu chez les commerçants et les titulaires de carte et qu'il ne connaît pas de véritable concurrence puisque le système de cartes de débit de VISA ("Visa V PAY"), bien qu'annoncé en 2009 n'a pas encore fait son apparition. L'introduction d'une commission d'interchange pour Maestro ne peut pas être justifiée par des motifs d'efficacité économique.

Ensuite, le Secrétariat s'est préoccupé des commissions d'interchange pour les cartes *Debit MasterCard*. En référence au cas V PAY (cf. DPC 2009/2, 122 ss), il a toléré

l'introduction de ses émoulements pour ces nouvelles cartes de débit de MasterCard sous certaines conditions, notamment que MasterCard renonce à l'introduction d'une commission d'interchange pour le système Maestro sans pour autant inciter les Issuers et les Acquirers à changer en faveur du système Debit MasterCard.

Dans le cadre d'une enquête préalable, le Secrétariat a enquêté sur l'expansion des activités des **Assurances immobilières** de Berne (GVB) sur le marché de l'assurance privée. Avec la révision de la Loi bernoise sur l'assurance immobilière en 2010, le législateur cantonal a donné aux GVB la possibilité de conclure des assurances complémentaires comme l'assurance dégâts d'eaux. En outre, le législateur a créé une base légale permettant l'exercice d'activités complémentaires, tels le traitement des dégâts pour des tiers et l'évaluation des bâtiments, pour autant qu'elles aient un rapport avec les activités principales des GVB. Tant l'Association suisse d'assurances (ASS) que des assureurs privés ont exprimé leurs préoccupations sur la nouvelle constellation du marché bernois. Ils ont souligné, en particulier, l'insuffisance de la séparation claire entre les activités de monopole et les activités d'assurance complémentaires, craignant que les avantages concurrentiels accordés aux GVB sur le marché de l'assurance immobilière complémentaire puissent conduire à une distorsion de la concurrence. Le Secrétariat a demandé aux GVB de prendre les mesures nécessaires afin d'éviter tout problème concurrentiel, ce qui a été fait.

Finalement, le Secrétariat a clos une enquête préalable dans le domaine des **assurances pour les risques liés à l'amiante**. Dans ce contexte, s'est posée la question de savoir si les assureurs privés actifs en Suisse avaient passé un accord excluant des conditions générales de l'assurance responsabilité civile les risques liés à l'amiante durant la période 2002-2003. Le Secrétariat n'a pas trouvé de preuve de violation du droit des cartels concernant l'exclusion du risque lié à l'amiante de la couverture de l'assurance de base dans la mesure où certains assureurs l'avaient déjà exclu de leurs polices avant cette période. De plus, l'augmentation internationale des actions en dommages et intérêts dans ce domaine, liée au manque de possibilité de réassurance, a conduit à une remise en cause de l'assurance de l'amiante et à une nécessaire réévaluation actuarielle des risques liés à ce produit. Etant donné que l'assurance de ce risque n'a pas été abolie mais seulement exclue de la protection d'assurance dans les conditions générales, un contrôle plus pointu et par la même, une amélioration de la gestion des risques en découlent. Des solutions d'assurances pourront se développer à l'avenir et être offertes par les assureurs.

Enfin, le Secrétariat a traité plusieurs opérations de concentration dans le secteur des services financiers. Il s'agit de rappeler que dans le cas de fusions bancaires, la FINMA peut attirer le contrôle de la concentration (art. 10 al. 3 LCart). Toutefois, la notification de l'opération de concentration à la COMCO selon l'article 9 LCart demeure obligatoire. Le Secrétariat a également donné deux conseils dans le domaine de l'homologation des terminaux pour cartes de SIX Multipay SA et dans

celui du "Bench-Marking" de taux d'intérêt hypothécaires.

### 3.2.2 Marchés de la santé

Suite à plusieurs plaintes, la **distribution de médicaments en Suisse** a été soumise à enquête préalable afin de vérifier dans quelle mesure des problèmes existent en Suisse tout au long de la filière de distribution, en partant du système des *whole-salers* puis des grossistes pour terminer par les distributeurs détaillants (pharmaciens, médecins dispensant et drogueries). La récolte et l'analyse des informations sur le fonctionnement du système est encore en cours.

L'enquête préalable sur la **distribution d'appareils auditifs** a été prolongée afin de tenir compte d'importants changements que le marché a vécu au cours de l'année 2011. Elle devra démontrer si les prix recommandés par les producteurs suppriment ou affectent de façon notable la concurrence sur le marché des appareils auditifs.

En avril 2011, l'association faitière **santésuisse** a soumis pour examen la convention conclue par ses membres (83 assureurs-maladie) concernant la publicité aux clients. Entrée en vigueur le 1er juin 2011, ladite convention prévoit 1) l'interdiction de la publicité téléphonique ou du marketing téléphonique généralisé, 2) la limitation à un maximum de CHF 50.- des commissions aux courtiers et démarcheurs ainsi que 3) l'introduction de règles définissant les critères de qualité des courtiers et des intermédiaires admis. Les autorités de la concurrence n'ont pas pu exclure que les effets de cette convention pourraient être problématiques du point de vue de la Loi sur les cartels. Elles ont donc décidé d'ouvrir une enquête préalable. La procédure devra déterminer si des indices de restrictions illicites de la concurrence découlent de la convention.

Plusieurs plaintes concernant les **différences de prix** entre la Suisse et les pays limitrophes ont aussi touché les marchés de la santé. Le prix de médicaments, des appareils médicaux, d'anticorps et de réactifs biotechnologiques ainsi que le prix des aliments vétérinaires diététiques continuent de faire l'objet de plusieurs observations du marché.

Trois cas de **concentration d'entreprises** ont été analysés dans le domaine de la santé: tout d'abord, la création d'une entreprise commune pour la recherche et la production de médicaments vétérinaires entre les entreprises Merck & Co., Inc. et Sanofi-Aventis SA, projet qui a finalement été abandonné par les deux entreprises. Ensuite, la création de l'entreprise commune Vifor Fresenius Medical Care Renal Pharma Ltd. entre Galenica et Fresenius qui sera active dans le domaine de la néphrologie pour la recherche, le développement, la vente et la distribution de produits pharmaceutiques. Ce projet a été accepté par la COMCO. Enfin, le rachat de l'assureur-maladie ProVita par SWICA n'a pas fait l'objet d'une décision définitive de la part de la COMCO dans la mesure où SWICA a retiré sa notification.

Quant aux **marchés réglementés de la santé**, les autorités de la concurrence ont été sollicitées à maintes reprises lors des discussions sur la mise en vigueur du nouveau financement hospitalier et la préparation des

listes hospitalières. Se fondant sur leur préavis publié à ce sujet en 2010, elles ont souligné, auprès des autorités cantonales compétentes, l'importance d'un accès le plus large possible au marché des prestations hospitalières de l'assurance de base pour les offreurs publics et privés (hôpitaux et cliniques), sans entrave à la liberté économique des entreprises et à la libre concurrence superflues. Au cours de l'année, les autorités de la concurrence se sont exprimés sur des multiples projets de révision de lois et ordonnances ainsi que de réponses aux interventions parlementaires. Parmi ces prises de position, le projet de nouvelle **Loi fédérale sur la surveillance dans le domaine de l'assurance-maladie** a soulevé des réserves de la part du Secrétariat. En effet, les différentes dispositions légales proposées risquent de restreindre excessivement la liberté économique des assureurs maladie sans que lesdites dispositions ne soient indispensables pour la surveillance de ces opérateurs. L'objectif d'une concurrence efficace entre assureurs voulu par le législateur se verrait ultérieurement affaibli.

### 3.2.3 Professions libérales et services professionnels

En décembre 2011, l'enquête menée à l'encontre de **TicketCorner AG** et du **Hallenstadion Zürich AGH** a pu être clôturée. La COMCO n'a pas considéré comme illicite le fait que les organisateurs de manifestations au Hallenstadion doivent vendre au moins 50 % des billets distribués par des tiers par l'intermédiaire de Ticketcorner. L'enquête a démontré que Hallenstadion n'était pas en position dominante et que le contingentement des billets dans cette salle de spectacles n'affectait pas notablement la concurrence.

Au cours de l'été, une enquête a été ouverte à l'encontre de la **Fédération Internationale de l'Industrie Phonographique (IFPI)**, section Suisse, en raison d'un présumé accord visant à restreindre les possibilités d'importations parallèles en Suisse de certains supports musicaux, tels que disques compacts (CD). La procédure vise également à analyser la formation des charts qui permettent d'établir le Hit Parade Suisse. Enfin, la procédure étudie également l'impact du produit Media Promotion Network (MPN) qui promeut les œuvres musicales et facilite tant l'accès aux nouvelles œuvres musicales par les médias radiophoniques, que la mise à disposition de données sur ces œuvres aux journalistes spécialisés.

Le domaine des services professionnels a également été concerné par la problématique dite du **Franc fort**. De nombreuses plaintes ont été traitées dans les domaines les plus divers, comme ceux des voyages à forfait ou encore des programmes informatiques. Plusieurs plaintes ont mené à des analyses approfondies, certaines étant toujours en cours. Dans une grande partie des cas, la non répercussion des avantages de change est consécutif à des décisions prises à l'intérieur d'un groupe d'entreprises, ce qui les soustrait à une application de la LCart en raison du principe dit du "privilege du groupe". Selon ce principe en effet, les accords passés entre des entreprises appartenant à un même groupe ne sont pas illicites, le groupe constituant une seule entité économique.

Au cours de cette année, de nouvelles plaintes ont été formulées à l'encontre d'entreprises de **remontées mécaniques**, en raison de prétendues inégalités de traitement qui auraient lieu entre écoles de ski. Les années précédentes, le Secrétariat avait déjà été saisi de nombreuses plaintes dans le domaine des écoles de ski et dans leurs relations avec les entreprises de remontées mécaniques. En 2007, l'association suisse des remontées mécaniques avait établi, sur invitation du Secrétariat, une recommandation à l'intention de ses membres. Celle-ci les invitait, en substance, à garantir l'égalité de traitement entre les écoles de ski, sous certaines conditions (participation des écoles de ski aux secours en montagne, promotion du tourisme etc.). Cette recommandation avait reçu un accueil favorable, mais de nouvelles plaintes ont été formulées, mettant en évidence de possibles inégalités de traitement. Les investigations sont en cours.

A la fin de l'année, le Secrétariat a été saisi par l'Olympique des Alpes SA/FC Sion (**FC Sion**) d'une plainte à l'encontre de l'Union européenne des Associations de football (**UEFA**), concernant sa non-accession au championnat de l'Europa League. Selon le FC Sion, l'UEFA aurait abusé de sa position dominante en ne donnant pas suite à l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 5 octobre 2011 par le Tribunal cantonal vaudois. Compte tenu qu'une procédure était menée en parallèle devant la juridiction civile et arbitrale, le Secrétariat a dès lors décidé, suivant sa pratique constante, de ne pas se saisir de la problématique.

Enfin, de nombreuses plaintes ont été déposées au cours de l'année concernant divers domaines relevant des services professionnels. Ces plaintes ont fait l'objet de procédures dont certaines sont toujours en cours de clarification. Les cas suivants ont particulièrement attiré l'attention. Il s'agit tout d'abord du cas de la **distribution d'œuvres cinématographiques** en Suisse. Sont concernées par cette procédure certaines entreprises de distribution de films, ainsi que différentes salles de cinéma. Certaines de ces dernières seraient désavantagées par rapport à de grands groupes, en ne recevant des copies de films qu'après un certain délai suivant le jour de lancement officiel. Ces salles de cinéma perdraient ainsi des parts de marché dans la mesure où le maximum d'entrées pour un film est surtout réalisé dans les premières semaines qui suivent le lancement de l'œuvre. A relever aussi la problématique relative aux sites internet permettant la **réservation en ligne de nuitées d'hôtels**. Certains établissements hôteliers subirait un abus de position dominante de la part de sites internet fournissant un service de réservation online. Selon les plaintes reçues, ces sites seraient, au cours des dernières années, devenus des acteurs incontournables pour le tourisme hôtelier et abuseraient de leur position sur le marché en imposant des commissions élevées calculées sur le prix de la nuitée à l'hôtel. Ils imposeraient également différentes conditions commerciales inéquitables, telle que celle du "prix le plus bas", selon laquelle l'hôtelier devrait facturer au client ayant réservé au travers d'un site le prix le plus bas pratiqué pour une chambre identique le jour où porte sa réservation. Une telle clause empêcherait l'établissement hôtelier de pratiquer des offres promo-

tionnelles de dernière minute, lorsque son établissement a des chambres inoccupées. Les investigations sont en cours.

### 3.3 Infrastructure

#### 3.3.1 Télécommunications

Le déploiement de la fibre optique a constitué cette année le thème principal dans le domaine des télécommunications. Swisscom et les entreprises régionales d'approvisionnement en électricité des villes de Bâle, Berne, Genève, Lucerne, St-Gall et Zurich ont convenu de construire ensemble des réseaux Fiber-to-the-Home (FTTH). Les partenaires de coopération ont présenté au Secrétariat plusieurs clauses de leurs contrats de coopération conformément à l'article 49a alinéa 3 lettre a LCart. Plusieurs de ces clauses ont fait apercevoir des indices d'accords illicites en matière de concurrence. Le Secrétariat a ouvert des enquêtes préalables durant le courant du printemps 2011. Une analyse de marché approfondie incluant les principaux acteurs du marché a mené à la conclusion que plusieurs clauses annoncées représentaient des accords sur les prix et les quantités. Le Secrétariat n'a pas pu exclure que la concurrence efficace pourrait être supprimée par ces clauses. Il en a informé les partenaires de coopération par un rapport final détaillé. Dans une telle situation, la LCart ne permet pas de libérer les entreprises du risque de sanction. Ce constat n'interdit pas les clauses critiques. Les partenaires de coopération continuent à supporter le risque de sanctions cartellaires (cf. infra 6.2 concernant le thème de la fibre optique *in extenso*).

En novembre 2010, une opération de concentration entre **Swisscom** et **Groupe E** visant le déploiement de la fibre optique dans le canton de Fribourg a été notifiée à la COMCO. Après que la COMCO a décidé en décembre 2010 d'engager un examen approfondi, elle est parvenue à la conclusion que l'entreprise commune n'allait pas déployer d'activité commerciale autonome par rapport aux deux sociétés mères et a donc nié l'application du contrôle des fusions en l'espèce. Plusieurs éléments de l'accord entre les partenaires de coopération ayant suscité durant l'examen approfondi des interrogations, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable pour examiner le projet sous l'angle d'un accord en matière de concurrence.

Le jugement concernant le **prix des terminaisons mobiles** a revêtu une importance primordiale pour les affaires d'abus de prix dans le futur. Le Tribunal fédéral a rejeté dans son jugement du 20 avril 2011 le recours du DFE contre la décision du TAF. Contrairement à l'avis de la COMCO et s'écartant de la pratique des autorités de la concurrence européennes "le fait d'imposer" doit être prouvé de façon indépendante lors d'abus de prix selon le Tribunal fédéral. Le seuil d'intervention dans la lutte contre les abus de prix par La loi sur les cartels a donc été rendu plus strict. La procédure subséquente, suspendue jusqu'à la décision du Tribunal fédéral, concernant le même comportement à l'encontre de Swisscom, Sunrise et Orange a été classée en décembre 2011.

#### 3.3.2 Médias

Dans le domaine des médias, la COMCO a examiné plusieurs concentrations d'entreprises. En 2011, Ta-

media a notifié trois concentrations d'entreprise à la COMCO. **Tamedia AG/car4you, car4you Schweiz AG (Tamedia)/www.auto-online.ch** et **Tamedia AG/Doodle AG**. Concernant les deux premiers projets, la COMCO est parvenue à la conclusion que seul le marché des lecteurs/utilisateurs des petites annonces (imprimées/en ligne) en Suisse romande était affecté, mais que la situation de concurrence et le développement de marché auquel on peut raisonnablement s'attendre disciplinera suffisamment les entreprises. La concentration Tamedia AG/Doodle AG concernait deux marchés: Le marché des bannières nationales en Suisse allemande et le marché pour les bannières nationales en Suisse romande. Sur ces marchés, la COMCO part également de l'idée que les concurrents de l'entité concentrée exerceront une pression concurrentielle suffisante. Les trois projets ont donc été avalisés par la COMCO durant l'examen préalable.

A la mi-décembre 2011, le projet de concentration **NZZ/Ringier/Tamedia/cXence** a été notifié. Les entreprises participantes souhaitent fonder l'entreprise commune PPN AG ayant pour but de commercialiser les espaces publicitaires dits résiduels – "Restplatzinventar" – de sites Internet. Il s'agit de diffuser à ces endroits des publicités ciblées des sites de la NZZ, Ringier et Tamedia.

En décembre 2011 également, le projet de concentration **Tamedia/Bilan/Tribune des Arts** a été notifié à la COMCO. Edipresse ayant décidé de cesser en partie ses activités en Suisse dans le domaine de la presse financière et économique ainsi que des magazines de Lifestyle, Tamedia vise la reprise des titres appartenant encore à Edipresse que sont "Bilan" et "Tribune des Arts" ainsi que l'extension de son activité en Suisse romande. Le délai de l'examen préalable tombera en 2012.

Trois demandes d'avis provenant de l'OFCOM sont parvenues à la COMCO depuis le jugement du Tribunal administratif fédéral du 7 décembre 2009 concernant la mise au concours de concessions destinées à des radios ou à des télévisions régionales. Ces demandes ont pour objet la détermination d'une éventuelle position dominante du Groupe NZZ (TV) en Suisse orientale, du groupe Südostschweiz Medien (radio) en Suisse orientale du Sud et du groupe AZ-Medien (radio) en Argovie. L'avis concernant la Suisse orientale a été terminé le 28 février 2011 et transmis à l'OFCOM. Les demandes concernant les deux autres régions sont parvenues à la COMCO dans le courant de l'automne et leur traitement sera terminé dans le premier trimestre 2012.

Après que le référendum a abouti pendant l'été 2011 – le peuple sera amené à se prononcer sur l'introduction du projet de loi le 11 mars 2012 –, la COMCO a suspendu l'enquête concernant le marché du livre en Suisse romande jusqu'à la publication du résultat définitif de la votation dans la feuille fédérale.

Le Secrétariat va terminer l'enquête préalable dans l'affaire de la politique de prix de l'ATS en début d'année 2012. Il examine des indices selon lesquels l'ATS aurait abusé de sa position sur le marché grâce à son système de prix. La politique mise en œuvre par ATS en matière de rabais, notamment par l'intermédiaire de rabais d'ex-

clusivité, et d'offres couplées figure au premier plan de l'enquête. En outre, la transaction entre le Deutschen Depeschendienst (ddp) et l'ATS qui a mené à l'arrêt des activités d'AP Schweiz sera analysée plus avant, car il existe des indices d'un accord sur la répartition des territoires.

### 3.3.3 Energie

La COMCO a dû examiner dans le domaine de l'énergie plusieurs opérations de concentration. La concentration **Fluxys G SA/Eni Gas Transport Deutschland S.p.A./Eni Gas Transport GmbH/Eni Gas Transport International SA/Transitgas AG/Swissgas AG** mérite d'être signalée. D'une part, Fluxys G a pris le contrôle exclusif d'Eni Gas Transport GmbH, d'Eni Gas Transport Deutschland S.p.A. et d'Eni Gas Transport International SA. D'autre part, Fluxys G et Swissgas ont acquis le contrôle conjoint de Transitgas AG. A l'occasion de cette procédure de concentration, la COMCO a été amenée pour la première fois à définir le marché dans le secteur gazier. Elle s'est alignée sur la pratique de l'UE. La COMCO a autorisé la concentration suite à l'enquête préalable.

Le Secrétariat a ouvert une enquête préalable suite à la procédure d'opposition dans l'affaire **Erdgas Zentral-schweiz (EGZ)**. L'affaire concerne un accord conclu entre EGZ – agissant par les sociétés qui la détiennent, lesquelles sont simultanément les clientes d'EGZ – et les dites clientes. Cet accord de branche prévoit notamment une règle de calcul de la rémunération pour l'utilisation du réseau. La régulation prévoit différentes modalités pour ce calcul, selon que le client est l'une ou l'autre des deux actionnaires d'EGZ ou un tiers. Le Secrétariat doit ainsi examiner si cette régulation de la redevance discrimine les tiers par rapport aux actionnaires.

L'observation de marché concernant les **offres pour les gros consommateurs** a pu être achevée. Elle a examiné plus avant s'il existait des accords entre les entreprises électriques menant à ce que les gros consommateurs ayant quitté l'approvisionnement de base ne reçoivent plus d'offres intéressantes. Le Secrétariat a renoncé à l'ouverture d'une enquête préalable car les informations recueillies auprès des gros consommateurs n'a pas fait surgir d'indices d'un accord illicite en matière de concurrence.

Le Secrétariat a continué l'observation de **l'approvisionnement en services-systèmes** par Swissgrid. Il a constaté que malgré la suppression du prix maximal (Price cap), les prix de ces prestations n'ont pas augmenté.

En faisant partie du groupe de travail "G-Komponente", le Secrétariat contribue aux travaux préparatoires pour la **révision de la Loi sur l'approvisionnement en électricité**. Le groupe de travail se consacre principalement à la question de l'introduction de composantes des centrales électriques.

### 3.3.4 Autres domaines

Le Secrétariat a classé l'enquête préalable dans le commerce des œufs, car il n'y avait pas d'indice de restriction à la concurrence. D'une part, le Secrétariat a

constaté que le marchand d'œufs visé n'avait pas de position dominante et que l'exclusion des producteurs ne servirait pas ses intérêts. D'autre part, l'existence d'un accord entre les marchands d'œufs et les producteurs d'œufs a été niée.

Le Secrétariat a ouvert une enquête préalable contre la Poste suisse concernant le nouveau système de prix de l'envoi des courriers postaux pour les clients commerciaux. Des indices que les rabais accordés en lien avec ce nouveau système de prix pourraient entraver les concurrents et avoir un effet d'exclusion ont été constatés. L'enquête préalable sera en principe terminée durant le premier trimestre 2012.

### 3.4 Marché intérieur

Le 1<sup>er</sup> juillet 2006, la révision de la Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) est entrée en force. Le cœur de cette révision visait à renforcer les droits d'accès au marché et à restreindre les possibilités de restrictions à cet accès. Durant l'année 2011, le Secrétariat a tiré un bilan et est parvenu à la conclusion réjouissante que les améliorations des droits d'accès au marché souhaitées par le législateur vis-à-vis des offreurs extérieurs se sont réalisées. Le droit de recours de la COMCO introduit avec la révision (art. 9 al. 2<sup>bis</sup> LMI) est régulièrement utilisé et s'avère être un instrument très efficace pour l'application du droit du marché intérieur.

Le Tribunal fédéral a tenu compte des attentes du législateur avec une décision phare (ATF 134 II 329; formation des avocats stagiaires comme partie intégrante de la liberté d'établissement de l'avocat) et confirme sa pratique libérale.

Les restrictions de l'accès au marché cantonal et communal pour les services de taxi extérieurs ont aussi représenté un sujet important de l'activité des autorités de la concurrence en matière de LMI (projets de révisions de lois et nouveaux décrets concernant les prescriptions dans le domaine des taxis). Parallèlement, le Secrétariat a régulièrement été saisi de plainte dans le domaine des taxis. En particulier, les services de taxi des communes extra-urbaines ont fait savoir que l'accès au marché des taxis dans les villes leur était refusé. Une plainte de la COMCO contre les restrictions à l'accès au marché dans le canton de Genève pour les services de taxis hors canton est toujours pendante auprès du Tribunal administratif genevois. Le Tribunal fédéral a contribué par une décision importante à l'ouverture du marché intérieur dans le domaine des taxis en constatant qu'il ne peut pas être interdit aux centrales de transmettre des contrats de transport aux services de taxis extérieurs.

Le Secrétariat a traité dans le courant de l'année 2011 plusieurs requêtes provenant de différentes branches économiques. Dans plusieurs cas, le Secrétariat est entré en contact avec les autorités communales et cantonales et a pu ainsi garantir un accès au marché conforme au droit du marché intérieur.

### 3.5 Investigations

Au début 2011, le Secrétariat a procédé à une adaptation de sa pratique en matière de perquisitions pour tenir compte du nouveau Code de procédure pénale fédérale entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Désormais la cor-

respondance des avocats est protégée, indépendamment du lieu où elle se trouve et du moment où elle a été produite.

Le centre de compétences « Investigations » a poursuivi et approfondi ses contacts avec les autorités suisses et étrangères dans le domaine de l'analyse forensique IT. Ainsi un collaborateur du Secrétariat a pu faire un stage dans la division correspondante de l'Autorité française de la concurrence. Le centre de compétences « Investigations » a, de son côté, formé de nouveaux collaborateurs du Secrétariat et les a préparés à la conduite de perquisitions.

En novembre 2011, le centre de compétences « Investigations » a apporté son concours à d'importantes perquisitions effectuées auprès de plusieurs entreprises actives sur le marché sanitaire. Pour ce faire, il a coopéré avec les autorités policières de cinq cantons ainsi qu'avec la police fédérale. Pour la première fois, le Secrétariat a également procédé à l'interrogatoire de plusieurs personnes lors de ces perquisitions.

### 3.6 Relations internationales

**OCDE:** Des représentants de la COMCO et du Secrétariat ont pris part aux réunions du comité de la concurrence de l'OCDE qui se réunit trois fois par an à Paris. Plusieurs contributions en collaboration avec le SECO ont été présentées. Le thème des fusions a fait l'objet de plusieurs tables rondes (remèdes, analyse économétrique, effets des décisions). Le thème du respect de la loi et des programmes de conformité a été aussi discuté. Le Comité de la concurrence a décidé d'élaborer une recommandation sur les marchés publics. De plus, nouvellement, des thèmes dits "stratégiques" sont approfondis par le comité durant plusieurs années. Les thèmes stratégiques qui ont été choisis sont la coopération internationale et l'évaluation de l'activité et des décisions des autorités de concurrence.

**ICN:** Deux représentants de l'autorité suisse ont participé à la 10<sup>ème</sup> Conférence annuelle de l'ICN qui s'est tenue à la Haye du 17 au 20 mai 2011. Le ICN Cartel Workshop a eu lieu du 10 au 13 octobre 2011 à Bruges. Le sous-groupe Mergers a organisé plusieurs téléseminaires abordant des questions relatives aux concentrations d'entreprises. Le sous-groupe Unilateral Conduct a quant à lui poursuivi le travail de rédaction d'un manuel ayant trait à l'analyse des abus de positions dominantes.

**UNCTAD:** *L'Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy (IGE)* a eu lieu du 19 au 21 juillet à Genève. Les autorités suisses étaient représentées par le directeur et le président. Les résultats du *Peer Review of Competition Law and Policy in Serbia* ont été présentés et discutés lors d'une session sous la présidence de Vincent Martenet. Cet exercice d'examen par les pairs a été financé par le SECO. Dans le cadre du programme COMPAL, dont le but est la création et le renforcement des autorités de concurrence en Amérique latine, deux stagiaires ont été accueillis au Secrétariat pour une durée de trois mois chacun.

**EU:** Suite à l'approbation d'un mandat de négociation par le Conseil fédéral au mois d'août 2010, les négociations sur un accord visant une coopération plus étroite entre les autorités de concurrence suisse et européenne

ont débuté le 25 mars 2011 à Bruxelles. L'accord bilatéral envisagé doit assurer, des deux côtés, une application plus efficace des dispositions du droit des cartels. Cet instrument doit également régler la possibilité de l'échange d'informations confidentielles. Les négociations se sont ensuite poursuivies tout au long de l'année, soit sous la forme de rencontres, soit via des vidéoconférences ou des conférences téléphoniques. L'accord devrait être signé selon toute vraisemblance durant le premier semestre 2012.

**Relations bilatérales:** Des relations bilatérales ont été poursuivies en particulier avec les autorités allemande, autrichienne et française. Lors d'une visite d'étude à Berne de l'autorité ukrainienne de la concurrence, un Memorandum of Understanding concernant la coopération entre les deux autorités a été signé.

**Vietnam:** Le projet d'une durée de trois ans "Strengthening the Vietnamese Competition Authorities" s'est achevé cette année. Ce projet avait pour but de renforcer et soutenir l'autorité vietnamienne de la concurrence mise en place en 2006. Un collaborateur de l'autorité vietnamienne a réalisé un stage de trois mois au Secrétariat en 2011. Ce projet, financé par le SECO, a été soumis à une évaluation externe.

## 4 Organisation et statistiques

### 4.1 COMCO

En 2011, la COMCO a tenu 18 séances plénières. Fin 2011, le mandat de quatre ans des membres de la COMCO a pris fin. Les membres **Vincent Martenet** (Président), **Stefan Bühler** (Vice-président), **Evelyne Clerc**, **Andreas Heinemann**, **Andreas Kellerhals**, **Daniel Lampart**, **Jürg Niklaus**, **Thomas Pletscher** et **Johann Zürcher** ont été reconduits dans leurs fonctions pour le mandat 2012-2016.

Les membres suivants ont atteint la fin de la durée limite maximale de leurs mandats ou ont démissionné pour des raisons d'ancienneté à la fin 2011. Il s'agit de:

- **Martial Pasquier**, Professeur à l'Université de Lausanne, ancien Vice-président de la COMCO;
- **Anne Petitpierre**, Professeure émérite à l'Université de Genève;
- **Rudolf Horber**, Union suisse des arts et métiers.

Ils seront remplacés pour la période 2012-2016 par:

- **Winand Emons**, Professeur à l'Université de Berne;
- **Armin Schmutzler**, Professeur à l'Université de Zurich;
- **Henrique Schneider** Union suisse des arts et métiers.

Parallèlement à ces nouvelles élections, le Conseil fédéral a nommé, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2012, au poste de Vice-président de la COMCO, **Andreas Heinemann**, Professeur à l'Université de Zurich.

**Martial Pasquier** est entré en fonction le 1<sup>er</sup> juillet 1998 en tant que plus jeune membre de la COMCO. Grâce à son expérience de professeur d'économie, il a rapide-

ment assumé un rôle majeur notamment en renforçant les liens entre les économistes et les juristes de la COMCO. Pragmatique, il a eu à cœur de rendre les procédures les plus efficaces possible, rôle auquel il resta fidèle durant ses 14 années de mandat au sein de la COMCO. En tant que membre de l'ancienne Chambre industrie et production, et par la suite de la COMCO, il a contribué de manière significative à de nombreuses décisions importantes. Il a porté un intérêt particulier à la communication, tant à l'interne que vis-à-vis de l'extérieur. Il a toujours préconisé une communication active, objective et précise des décisions de la COMCO. Il a été nommé Vice-président de la COMCO au début de l'année 2011 par le Conseil fédéral. Il quitte la COMCO en ayant énormément contribué au façonnement de la pratique de la Loi sur les cartels.

**Anne Petitpierre** a rejoint la COMCO au début de l'année 2003. Sa connaissance approfondie du droit de l'environnement et des entreprises a contribué à ce que ces dimensions soient prises en compte dans l'application du droit des cartels. Sa vision pluridisciplinaire a toujours apporté une plus-value dans les discussions.

**Rudolf Horber** a rejoint la COMCO au début de l'année 2001. Son expérience a parfaitement su rapprocher les PME du droit de la concurrence. Ambassadeur des objectifs généraux et des buts du droit de la concurrence, il a su mettre en évidence concrètement l'application de la Loi sur les cartels aux micros et petites entreprises. Les autorités de la concurrence ont pu profiter du pragmatisme de ses nombreuses contributions et de ses précieux conseils économiques.

La COMCO remercie ces trois membres sortants pour leur dévouement et leur souhaite beaucoup de satisfaction dans leurs engagements respectifs.

### 4.2 Secrétariat

La lutte contre la non-répercussion des gains de change depuis juillet 2011 a représenté un défi majeur pour le Secrétariat, qui a reçu plus de 370 annonces de consommateurs et d'entreprises. Afin de traiter rapidement tous ces courriers, le Secrétariat a créé une Task Force à la mi-août 2011. Grâce au DFE, quatre personnes ont été engagées pour traiter ces annonces et ouvrir, si nécessaire, de nouvelles procédures (voir 6.1.).

Grâce à de nouvelles ressources, le Secrétariat sera en mesure d'augmenter son personnel à hauteur d'environ dix postes de travail.

En fin d'année 2011, le Secrétariat employait 68 (62 l'année précédente) collaboratrices et collaborateurs (plein temps et temps partiel), avec un pourcentage de 41 % de femmes (45 % l'année précédente) correspondant à un total de 58.6 % (53.6 % l'année précédente) d'employés à plein temps. Le personnel est réparti comme suit: 45 collaboratrices et collaborateurs scientifiques (incluant la Direction; dont 40.3 plein temps; 37.9 l'année précédente); 10 (année précédente 7) stagiaires académiques, dont 10 (année précédente 7) plein temps; 13 collaboratrices et collaborateurs du Service Ressources et Logistique, dont 8.3 (année précédente 8.9) plein temps.

### 4.3 Statistiques

Enquêtes	2011	2010
Menées durant l'année	21	20
reprises de l'année précédente	16	14
ouvertes durant l'année	5	6
Décision	6	5
dont accords amiables	1	3
dont décision de l'autorité	4	2
dont sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart	2	3
Décision de procédure	3	7
Mesures provisionnelles	1	2
Procédure de sanction selon les art. 50ss LCart	0	0
<b>Enquêtes préalables</b>		
Menées durant l'année	40	22
Reprises de l'année précédente	12	15
Ouvertes durant l'année	28	7
Clôtures	27	13
dont ouverture d'enquête	1	3
dont adaptation du comportement	7	6
dont sans suite	18	
<b>Autres activités</b>		
Annonces selon l'art. 49a al. 3 let. A LCart	22	13
Conseils	39	56
Observations de marché	62	105
Dénonciations de non répercussion des gains de change	371	n.a.
Autres demandes	566	374
<b>Concentration</b>		
Notifications	30	34
Pas d'intervention après examen préalable	29	29
Examens	1	1
Décisions de la COMCO	1	1
après examen préalable	0	0
après examen	1	1
Exécution provisoire	1	0
<b>Recours</b>		
Total des recours auprès du TAF et du TF	11	14
Arrêts du Tribunal administratif fédéral (TAF)	1	8
dont succès des autorités de concurrence	1	6
dont succès partiel	0	1
Arrêts du Tribunal fédéral (TF)	1	0
dont succès des autorités de concurrence	0	0
dont succès partiel	0	0
Pendants à la fin de l'année (auprès du TAF et du TF)	9	9
<b>Avis, recommandations, prise de position, etc.</b>		
Avis (art. 15 LCart)	1	0
Recommandations (art. 45 LCart)	0	0
Avis (art. 47 LCart ou 11 LTV)	1	2
Suivi des affaires	3	0
Communications (art. 6 LCart)	0	2
Prise de position (art. 46 LCart )	219	177

Consultations (art. 46 al. 2 LCart)	8	5
LMI		
Recommandations / Enquêtes (art. 8 LMI)	0	0
Expertises (art. 10 al. 1 LMI)	1	2
Conseils (Secrétariat)	26	19
Recours (art. 9 al. 2bis LMI)	1	2

La comparaison statistique avec l'année précédente ne relève aucun changement significatif en ce qui concerne les enquêtes, les concentrations, les recours, les conseils, la Loi sur le marché intérieur, etc. Le nombre d'enquêtes est resté identique même si des différences subsistent dans la charge de travail, selon, d'une part, qu'il s'agisse d'un état de fait simple ou complexe et, d'autre part, selon que la procédure se conclut par un accord amiable ou par une procédure ordinaire.

Une différence frappante du côté des enquêtes préalables peut être observée. De nombreuses enquêtes préalables ont été diligentées, d'une part en relation avec le dossier de la fibre optique et d'autre part, en matière de non-répercussion des gains de change et autres questions afférentes. Il a donc fallu faire face à un grand nombre d'annonces sur ces questions (cumulées plus de 900).

## 5 Révision de la loi sur les cartels – Etat des travaux

Le 25 mars 2009, le Conseil fédéral a approuvé son rapport à l'adresse du Parlement concernant l'évaluation de la LCart, demandé à l'article 59a LCart, et s'est prononcé sur les mesures à prendre. Le Conseil fédéral a ouvert le 30 juin 2010 la première consultation sur la révision partielle de la LCart. Ce projet de consultation comportait six points: la révision institutionnelle de l'autorité de la concurrence, l'amélioration de la procédure d'opposition, la révision du traitement des accords verticaux, le renforcement et la simplification du contrôle des concentrations, la mise en place sur le plan légal d'une meilleure coopération avec les autorités de concurrence étrangères et le renforcement de la procédure civile en droit des cartels.

Parallèlement à l'évaluation et aux travaux consécutifs qui ont mené au premier projet de révision de la LCart, le Parlement a traité la **motion Schweiger** (07.3856): "Droit des cartels. Equilibrer le dispositif des sanctions et le rendre plus efficace". Celle-ci réclame, premièrement, une atténuation de la sanction fondée sur les programmes de conformité (programmes de respect des prescriptions du droit des cartels), et deuxièmement, l'introduction dans la LCart de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques. Sur la base d'un avis de droit rédigé par les professeurs de droit pénal Günter Heine, de l'Université de Berne, et Robert Roth, de l'Université de Genève, ainsi que les travaux internes à l'administration, le Conseil fédéral a ouvert, quelques mois après la transmission définitive de la motion, une **deuxième consultation** qui a débuté le 30 mars 2011 et s'est terminée le 6 juillet 2011. Dans ce cadre, il s'est déclaré prêt à transposer la première partie de la motion, à savoir la réduction de sanction en faveur des entreprises prenant des mesures de conformité, mais a ex-

primé des réserves quant à l'introduction de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques, que cela soit sous la forme de mesures administratives (interdiction d'exercer et confiscation de certains éléments de la rémunération comme des bonus) ou sous la forme de sanctions pénales (sanctions pécuniaires ou peines privative de liberté).

Suite à l'appréciation significative du franc suisse, certains secteurs, en particulier l'industrie d'exportation, connaissent des difficultés sur le plan économique. Cette situation préoccupante a amené le Conseil fédéral à décider, le 17 août 2011, d'intervenir via un train de mesures destinées à soutenir la place économique suisse. Parmi les mesures proposées, figure la volonté de stimuler la concurrence en Suisse en assurant une meilleure transmission des diminutions de coûts dont les entreprises bénéficient de par leurs achats à l'étranger. Les accords entre entreprises peuvent en effet entraver une telle répercussion, prétéritant ainsi la compétitivité nationale, puisqu'ils empêchent les entreprises actives sur le marché suisse ou dirigées vers l'exportation et les consommateurs finaux de bénéficier des gains de change. Par conséquent, le DFE a été chargé de préparer une révision de l'article 5 LCart dans le sens d'une interdiction plus efficace des accords horizontaux sur la fixation des prix, sur les restrictions quantitatives et la répartition géographique, ainsi que des ententes verticales sur les prix et sur les protections territoriales, tout en autorisant des possibilités de justification. Afin de garantir une mise en œuvre rapide d'une adaptation légale, la **troisième procédure de consultation** quant à la révision de la LCart s'est ouverte le 23 septembre 2011 et s'est déroulée sous la forme d'une conférence le 5 octobre 2011. Les participants invités avaient également la possibilité d'envoyer une prise de position écrite.

Sur la base des résultats des consultations, le Conseil fédéral a fixé le 16 novembre 2011 les grandes lignes de la révision de la LCart et a chargé le Département fédéral de l'économie (DFE) d'élaborer un message pour le Parlement d'ici le début de l'année 2012. Les principaux points de la révision sont les suivants:

- Réforme institutionnelle: autorité de concurrence comme établissement de l'administration fédérale décentralisée et tribunal de la concurrence intégré au tribunal administratif fédéral. Raccourcissement des voies de recours.
- Modification de l'article 5 LCart (interdiction partielle avec possibilité de justification pour les accords horizontaux sur les prix, les quantités et les territoires ainsi que pour les accords verticaux sur le cloisonnement des marchés et les prix de revente.

- Renforcement de la voie civile (élargissement de la légitimité pour agir aux clients finaux);
- Changement du critère de fond du contrôle des concentrations (introduction du "SIEC-Test") ainsi que des allègements pour les entreprises parties à des fusions avec des marchés délimités de manière internationale et dans le domaine des délais (rapprochement aux délais en vigueur dans l'UE);
- Réduction de sanction pour les programmes adéquats visant à respecter le droit cartellaire ("Compliance-Programme");
- Amélioration de la procédure d'opposition (réduction du délai à deux mois, la sanction est possible qu'à partir de l'ouverture d'une enquête).

## 6 Thèmes spéciaux de l'année 2011

### 6.1 Non-répercussion des gains de change

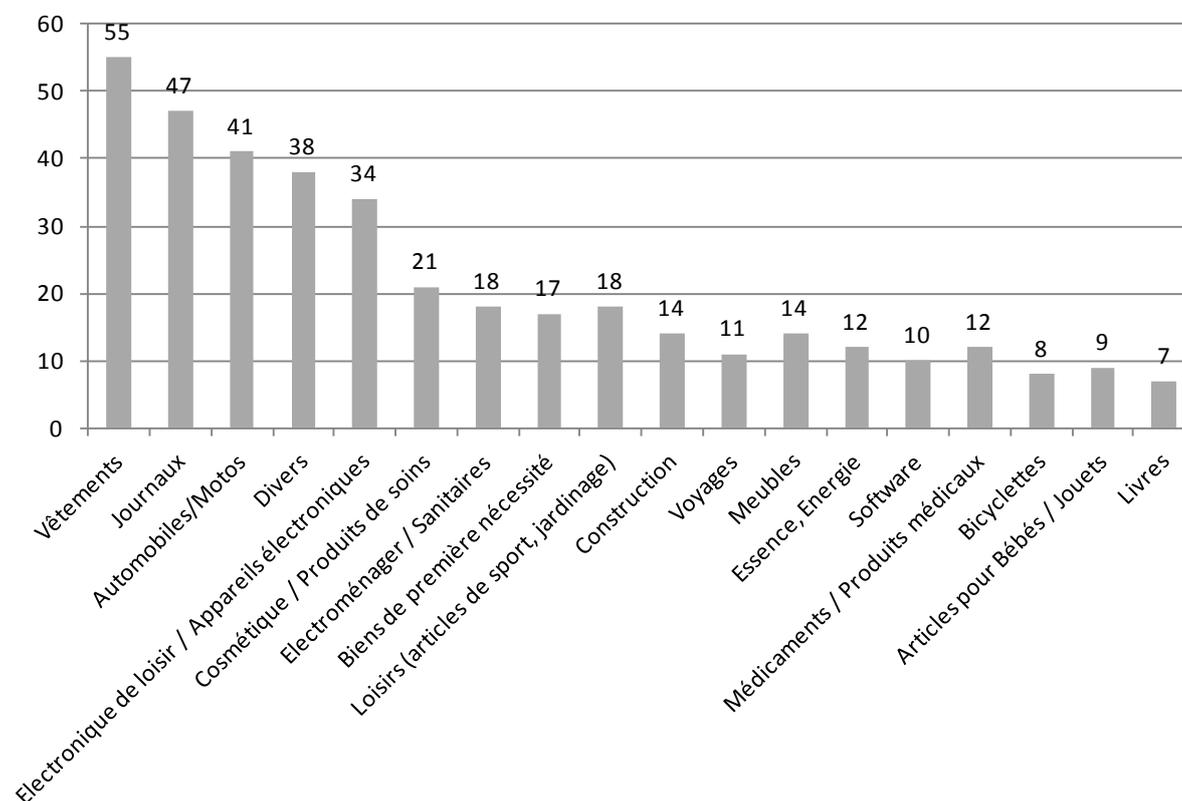
#### 6.1.1 Évolution de la situation

Déjà dans le rapport annuel 2010 (DPC 2011/1), la COMCO a exposé en annexe sous le titre "la problématique de la transmission incomplète des variations de change et les interventions potentielles en vertu du droit des cartels" les problématiques entraînées par un cours de l'Euro perdant de sa valeur par rapport au franc suisse et expliqué concrètement les possibilités d'intervention des autorités de concurrence dans ce domaine. Ces interventions se limitent aux accords isolant le marché suisse et à l'abus de pouvoir de marché. Elle a exposé les diverses raisons qui font que les variations du taux de change ne conduisent pas automatiquement et à court terme à une adaptation de la même

ampleur des prix aux consommateurs finaux. Ainsi, selon le dernier rapport annuel, seule une partie des gains de change est transmise aux consommateurs. De plus, cela se produit dans la plupart des cas de manière différée.

En raison de l'évolution du taux de change en été 2011, le Secrétariat a été confronté à un nombre croissant d'annonces. La majorité des annonces (85 %) est venue des consommateurs. Les raisons de cette recrudescence sont notamment le cours €/CHF historiquement bas – le 10 août 2011 l'Euro passe sous la barre de 1.03 – ainsi que l'appel de la COMCO dans les médias d'annoncer certains cas de non-répercussion des taux de change. De plus, un formulaire "répercussion incomplète des avantages des taux de change" a été mis en ligne début août dans la rubrique "services". Par ailleurs, une Taskforce "franc fort" a été créée (4 personnes) afin de consacrer l'attention nécessaire à cette problématique et de mettre à disposition suffisamment de ressources. De plus, la ligne à adopter, surtout dans la phase de début, devait être coordonnée à l'interne.

La Taskforce a enregistré toutes les annonces de manière centralisée et après un bref examen les a classées par branches économiques et par types possibles de violations de la loi. Dans ces catégories, des cas "exemplaires" ont été choisis et traités, selon les indices, sous la forme d'observations de marché, d'enquêtes préalables ou d'enquêtes. Les autres tâches de cette taskforce consistent à faire des rapports périodiques à la Direction sur l'évolution de la situation. Pour illustrer les secteurs qui préoccupent le plus la population suisse, le graphique suivant fait état du nombre d'annonces faites au Secrétariat classées par branches économiques.



Un nombre important d'annonces concernait le domaine des journaux. La population s'est plainte dans la plupart des cas de la différence de prix avec les pays limitrophes. La Loi sur les cartels n'a pas d'instrument pour agir dans cette constellation car il s'agit la plupart du temps d'accords internes à un groupe. Pour l'examen de la question d'un éventuel abus d'une entreprise en position dominante, ces annonces ont été transmises, suivant un accord mutuel, à la Surveillance des prix qui est active dans ce domaine depuis le début de l'année 2011. Les annonces concernant le domaine de l'habillement concernaient aussi dans leur grande majorité des différences de prix à l'intérieur d'un même groupe entre la Suisse et les pays limitrophes. Selon le degré d'étayement de l'annonce, les autorités ont entrepris dans certains cas des recherches, en particulier lorsqu'un producteur étranger connu était impliqué. A cette fin, plusieurs observations de marché ont été ouvertes car les annonces seules ne permettaient pas d'ouvrir une procédure formelle (enquête préalable ou enquête). Ces observations de marché ne sont pas encore terminées à l'heure actuelle.

Par ailleurs, il faut préciser par rapport à ces annonces qu'elles émanent surtout de personnes privées voulant rapporter de possibles violations de la loi aux autorités de concurrence, les allégations dans la plupart des cas étaient peu fournies et pas ou peu documentées. Dans le cas où il y avait des indices concrets d'une restriction à la concurrence, les autorités ont entrepris des recherches supplémentaires, certaines conséquentes afin d'établir les états de faits. Dans certains cas, le Secrétariat a examiné la différence de prix avec l'étranger et a constaté que celle-ci était moins importante que celle affirmée par le consommateur (par ex. crème Nivea). Dans tous les cas, les citoyens ont reçu une appréciation juridique sommaire de l'état de fait dénoncé.

Sur la base des annonces reçues, les autorités de concurrence ont été actives dans les domaines de l'automobile/moto, électronique de loisirs/appareils électroniques, cosmétiques/produits de soin, produits "blancs"/sanitaires, loisirs, voyages, biens de consommation courante, construction, logiciels (Software), vélos et articles pour bébé. Les procédures ouvertes sont présentées en détail dans la partie qui suit.

### 6.1.2 Procédures

L'année dernière, la COMCO a rendu deux décisions pilotes concernant la problématique du cloisonnement du marché. Elle a d'une part sanctionné NIKON pour entrave aux importations parallèles, réaffirmant sa pratique de la décision Gaba (les deux décisions ne sont pas encore entrées en force; le Tribunal administratif fédéral ne s'est pas encore prononcé sur le recours de Gaba déposé début 2010). Ensuite, elle a clairement montré, dans l'enquête relative au commerce en ligne, que les restrictions au commerce en ligne ne sont licites du point de vue du droit de la concurrence uniquement sous certaines conditions très strictes. Cela est aussi valable pour le commerce en ligne au-delà des frontières.

Sur la base de plaintes de consommateurs et de professionnels de la branche ainsi que des résultats d'une

observation de marché, le secrétariat de la COMCO a mené des perquisitions auprès de **l'Union suisse des grossistes de la branche sanitaire (USGBS) et de cinq grossistes en sanitaires** dans l'ensemble de la Suisse. Les entreprises impliquées sont soupçonnées d'avoir conclu des accords sur les prix et la répartition des territoires.

Des nombreuses annonces de consommateurs et d'entreprises concernant Jura Elektroapparate AG sont parvenues au secrétariat. La politique de garantie de Jura, qui exclut la prestation de garantie auprès des revendeurs non-autorisés, a été critiquée. Selon les plaintes, cela concerne principalement les produits achetés auprès de revendeurs en ligne et/ou dans l'Union européenne. Il existait des indices concrets qui tendaient à démontrer l'existence d'éventuelles restrictions aux importations parallèles. Cette enquête a été ouverte le 26 octobre 2011.

Dans le domaine des **produits cosmétiques**, le secrétariat a ouvert une enquête contre Care on Skin GmbH en raison d'une éventuelle entrave aux importations parallèles et au commerce en ligne. Selon des annonces reçues de la part d'esthéticiennes, il serait interdit de vendre les produits de la marque **Dermalogica** via des magasins en ligne. S'ajoute à cela le fait qu'il ne serait pas possible d'importer les produits des pays limitrophes vers la Suisse. Des indices concernant un état de fait similaire existaient également dans un autre cas mais ceux-ci n'étaient pas suffisamment étayés. Ainsi, une enquête préalable a été ouverte en octobre contre une autre société de distribution de produits cosmétiques. Enfin, deux observations de marché sont menées actuellement dans le domaine des produits pour les soins du corps et pour les ongles.

Le 25 octobre une enquête préalable a été ouverte contre divers acteurs du marché qui influenceraient la **détermination des prix des magasins en ligne** et, en particulier, des prix publiés sur des portails de comparaison. Un tel comportement peut être constitutif d'impositions de prix de revente, qui, selon la décision de la COMCO dans l'affaire restriction des ventes en ligne publiée récemment (cf. chiffre 3.1.1 ci-dessus), sont considérées comme particulièrement problématiques.

Dans le contexte du **commerce en ligne** deux observations de marché dans le domaine des vêtements/chaussures de sport et des logiciels ont été ouvertes.

Une enquête préalable a été ouverte en octobre contre un **fabricant suisse de vélos électriques** en raison de l'existence d'indices d'une fixation de prix de revente. Les autorités de concurrence disposent d'informations selon lesquelles le producteur aurait exercé une pression sur la politique de prix de ses revendeurs. En outre, une observation de marché est actuellement en cours concernant un éventuel cloisonnement du marché par un autre producteur de vélos suisse.

De nombreux consommateurs se sont plaints auprès des autorités de concurrence que les motos et pièces de rechange de la célèbre marque américaine Harley Da-

vidson ne pouvaient pas être achetées sur Internet, respectivement dans les pays limitrophes ou aux USA. Suite à cela, une enquête préalable a été ouverte en novembre.

Durant les six derniers mois, **d'autres observations de marché concernant les produits suivants** ont été ouvertes sur la base d'annonces de consommateurs: cartouches d'encre pour imprimantes, appareils de climatisation, accessoires pour animaux domestiques, lait pour nourrissons et poussettes. Il faut encore ajouter qu'une enquête préalable dans le domaine du second œuvre a été ouverte en septembre en raison de soupçons de protection territoriale absolue par un producteur d'Europe du Nord. Cette enquête préalable a été close par une adaptation du contrat de distribution.

Dans le cadre du franc fort, le Conseiller fédéral Schneider-Ammann a organisé une table ronde le 10 août 2011, à laquelle ont participé notamment des représentants de la grande distribution alimentaire. Ceux-ci ont avancé le fait qu'ils étaient dépendants de certains fournisseurs d'articles de marques (multinationales) dès le moment où il devenait nécessaire d'offrir des produits de marques spécifiques dans leur assortiment afin de ne pas perdre de clients. Pour ces produits – décrits comme des **produits must-in-stock** – les grands distributeurs locaux seraient dépendants du diktat des prix des fournisseurs et ne pourraient exercer aucune pression efficace afin d'obtenir des prix d'achat plus bas (euro compatibles).

Le Secrétariat a invité les principaux grands distributeurs alimentaires à lui fournir les informations pertinentes afin qu'il puisse analyser leurs allégations du point de vue du droit de la concurrence. Les grands distributeurs n'ont pour l'heure pas donné suite à cette proposition. Ceci a été notamment justifié par le fait que dans l'intervalle, de nombreux producteurs (multinationales) ont baissé leurs prix de vente au commerce de détail suisse, permettant ainsi aux consommateurs suisses de profiter des gains de change liés à l'appréciation du franc suisse.

Outre les procédures mentionnées, des notifications sont actuellement analysées par les autorités de concurrence qui pourraient donner lieu à l'ouverture de procédures supplémentaires en cas d'existence de soupçons ou d'indices de restrictions illicites à la concurrence. Etant donné les procédures déjà en cours exigeant des ressources conséquentes, les éventuelles nouvelles procédures à ouvrir sont gardées dans le pipeline.

En outre, diverses **enquêtes en cours** concernent des états de fait qui laissent supposer que le marché suisse aurait été cloisonné, que les prix de revente auraient été fixés ou que "l'îlot de cherté suisse" aurait été renforcé par un autre moyen illicite. Dans ce contexte, on peut se référer en particulier aux procédures en cours contre BMW et Roger Guenat SA (produits de sport de montagne) (cf. chiffre 3.1.1).

### 6.1.3 Etat des lieux

Tel que déjà mentionné, de nouvelles annonces parviennent toujours régulièrement au Secrétariat bien que leur nombre se soit significativement réduit. Cela est certainement dû en partie à l'intervention de la Banque nationale suisse (BNS) du 6 septembre 2011, bien que

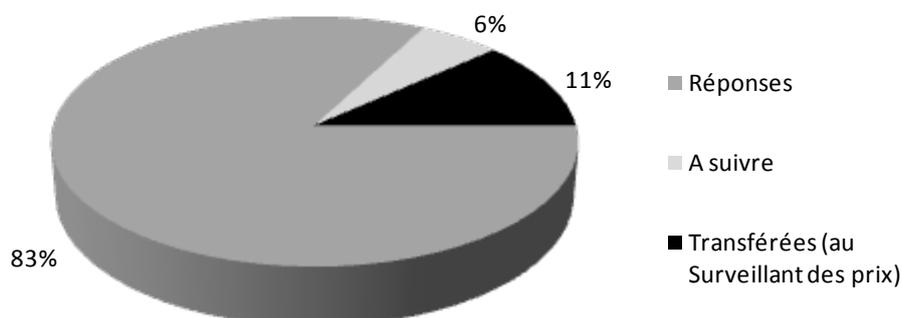
le cours du franc reste toujours surévalué au seuil de 1.20 selon l'estimation de la BNS<sup>1</sup>. Un affaiblissement supplémentaire du franc par rapport à l'euro, respectivement une "normalisation" du cours résoudrait cette problématique.

D'autre part, on constate que, dans certains domaines, des prix d'achat inférieurs sont enfin répercutés sur le niveau des prix de vente aux consommateurs (les prix à l'importation en Suisse sont descendus de 6 % en moyenne selon la statistique de l'OFS de décembre 2009 à novembre 2011, à l'exclusion des matières premières et d'autres produits aux prix fluctuant fortement). A ce titre, on peut citer l'exemple des baisses de prix dans la branche automobile.

De plus, on constate que les entreprises sont aussi en mesure de leur propre initiative de répercuter les gains de change aux distributeurs et aux clients dans la mesure où elles ont la volonté de mettre en œuvre les mesures nécessaires. Un exemple parlant est celui de l'opération de suppression de certains articles lancée par Coop.

L'état de traitement des annonces parvenues au secrétariat est le suivant (22.12.2011):

<sup>1</sup> [http://www.snb.ch/de/mmr/reference/pre\\_20110906/source/pre\\_20110906.fr.pdf](http://www.snb.ch/de/mmr/reference/pre_20110906/source/pre_20110906.fr.pdf)



## 6.2 Coopérations FTTH

En 2011, les **coopérations FTTH** ont été au centre de l'activité du Secrétariat. Plusieurs entreprises d'approvisionnement en électricité régionales et Swisscom ont décidé de déployer conjointement la technologie de la fibre optique dans plusieurs villes suisses. Ces coopérations permettent une répartition du risque d'investissement et une réduction des coûts de construction grâce à une utilisation efficace des infrastructures existantes. A ce titre, le Secrétariat a salué ces coopérations. Il a également indiqué que ce type de coopération pouvait contenir des accords illicites sous l'angle de la concurrence, ce qui pourrait affecter à long terme l'objectif de concurrence dans l'exploitation des réseaux de télécommunication.

Dans ce contexte, la ville de St-Gall a notifié selon l'article 49a alinéa 3 lettre a LCart vers la fin de l'été 2010 plusieurs clauses de son contrat de coopération avec Swisscom. D'autres notifications concernant les villes de Genève, Zurich, Berne et Bâle ont suivi jusqu'en janvier 2011. Swisscom a également fait parvenir au Secrétariat des notifications dans chacune de ses régions peu de temps après les notifications des entreprises régionales. Pour la ville de Lucerne, l'entreprise publique locale – Energie Wasser Luzern (EWL) – et Swisscom ont procédé à une notification conjointe. Globalement, le Secrétariat a mené durant le printemps 2011 onze procédures d'opposition concernant les coopérations FTTH. Durant cette même période, Swisscom et Groupe E ont soumis la création d'une entreprise commune pour le déploiement de la fibre optique dans le canton de Fribourg et plusieurs dénonciations de tiers à l'encontre des gestionnaires de l'infrastructure de fibre optique sont parvenues au Secrétariat.

Par les procédures d'annonce, les entreprises régionales et Swisscom ont voulu savoir si, au regard des contrats de coopération, des sanctions cartellaires pouvaient être considérées. A cette fin, elles ont soumis à l'examen du Secrétariat plusieurs clauses potentielle-

ment problématiques. Le Secrétariat a focalisé son analyse sur trois clauses – combinées sous différentes formes et agencées selon différentes modalités dans les différentes régions – contenues dans les accords. "L'exclusivité Layer 1" consiste en l'obligation faite à Swisscom de ne pas proposer d'offres concernant l'accès à la fibre optique dite nue à des tiers, c'est-à-dire d'autres opérateurs de télécommunication. Simultanément, Swisscom obtient la possibilité, par l'intermédiaire d'une clause appelée "protection en matière d'investissement", de contrôler le prix de l'offre à caractère monopolistique des entreprises d'approvisionnement en électricité. Finalement, le "mécanisme de compensation" assure aux partenaires de coopération une indemnité compensatoire subséquente pour l'investissement consenti selon l'utilisation effective du réseau. En cas de doute sur les effets d'une restriction annoncée, la procédure d'annonce commande au Secrétariat ou à la Commission d'ouvrir une procédure ordinaire dans le délai légal de 5 mois. Le Secrétariat a donc dû se poser la question si les clauses annoncées pouvaient être libérées de toutes sanctions pour la durée des contrats, c'est-à-dire 30 à 40 ans.

Les partenaires de coopération ont choisi un modèle multifibre permettant en principe une concurrence sur l'infrastructure de fibre optique. Ils ont également convenu de plusieurs clauses pouvant fortement influencer l'exploitation future de l'infrastructure de fibre optique. Alors que certaines clauses ne posaient aucun problème, le Secrétariat n'a pas pu exclure une suppression de la concurrence efficace, en particulier concernant les trois clauses décrites plus haut. Partant, le Secrétariat a ouvert tour à tour des enquêtes préalables pour les coopérations à St-Gall, Genève et Zurich. En avril 2011, le Secrétariat a finalement décidé d'ouvrir des enquêtes concernant les autres procédures d'opposition encore pendantes. Par ce biais, le Secrétariat pouvait joindre les procédures et accélérer leur traitement. Pour les partenaires de coopération, l'ouverture des enquêtes préalables a signifié que le risque de sanction était maintenu.

Une analyse de marché approfondie, incluant notamment des informations recueillies auprès des acteurs principaux de la branche, a mis en lumière que le marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique représentait un marché à part entière sous l'angle du droit de la concurrence. Cette définition du marché découle des déclarations des partenaires à l'échange, des particularités techniques de l'accès au réseau, de l'agencement des contrats de coopération ainsi que du comportement des partenaires de coopération eux-mêmes. Le Secrétariat est parvenu à la conclusion que les clauses mentionnées pouvaient constituer des accords illicites sur les prix et les quantités au sens de l'article 5 alinéa 3 LCart. De tels accords tombent sous le coup d'une présomption d'illicéité selon la Loi sur les cartels. Cette présomption n'a en l'espèce pas pu être renversée. On notera au surplus que l'enquête préalable visait notamment des clauses dont l'entrée en force sur le plan contractuel intervenait, au mieux, bien plus tard que le moment auquel l'analyse était réalisée. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il ne peut être établi que de manière ex post s'il s'agit d'un accord illicite menacé de sanctions.

Le 5 septembre 2011, le Secrétariat a exposé son analyse des clauses critiques dans le rapport final de l'enquête préalable. Selon ce rapport, les clauses contractuelles constituent des accords sur les prix et les quantités. Dans une perspective ex ante, le risque d'une suppression de la concurrence est réalisé. Sur la base du rapport final, les partenaires de coopération ont connaissance des comportements jugés problématique sous l'angle de la loi sur les cartels et la manière dont ces comportements seraient, le cas échéant, traités par le Secrétariat. Il ne s'agit pas d'une interdiction des clauses, dans la mesure où l'analyse intervient ex ante, sur requête des entreprises. Les partenaires de coopération peuvent estimer de manière plus précise les risques de sanctions cartellaires et continuent à supporter la responsabilité d'un comportement conforme à la Loi sur les cartels. Le cadre défini par la loi n'a pas permis de libérer les partenaires de coopération du risque de sanctions cartellaires. Si les partenaires de coopération devaient nécessiter des sûretés plus importantes pour leurs investissements, il reviendrait au législateur de créer les bases légales nécessaires (régulation spécifique).

En automne 2010, des rencontres avec les partenaires de coopération ont eu lieu parallèlement aux recherches du Secrétariat. Le Secrétariat avait à ce moment-là déjà signalé ses doutes concernant la conformité cartellaire des clauses annoncées. D'autres rencontres ont eu lieu jusqu'à l'été 2011. Malgré ces doutes, les partenaires de coopération n'ont d'abord démontré aucune disposition à modifier les accords de coopération. Au fur et à mesure de l'enquête préalable, les doutes se sont confirmés. Au final, il s'est avéré impossible de proposer une adaptation acceptable pour les partenaires de coopération et tenant compte des contraintes définies par le cadre légal.

Le Secrétariat a été confronté dans ce dossier à une communication médiatique permanente et parfois très critique. Simultanément, l'attente sur le plan politique a été très forte, étant donnée la présence des villes et de Swisscom dans la procédure. Partant, en la matière, le Secrétariat a communiqué tant dans les médias que dans la branche de manière très active. Rendre compréhensible un état de fait complexe sur les plans technique et économique et une procédure délicate a constitué un défi sur le plan de la communication.

Suite à la publication du rapport final, plusieurs partenaires de coopération ont entrepris de modifier substantiellement leur(s) accord(s) de coopération. En tête de file, les Industriellen Werke Basel et Swisscom ont renoncé à l'exclusivité en Layer 1 et à la protection de l'investissement. Simultanément, ils ont adapté le mécanisme de compensation. La coopération à Bâle a indiqué la voie aux autres coopérations FTTH pour un agencement en grande partie conforme à la Loi sur les cartels. Jusqu'à la fin de l'année 2011, plusieurs autres coopérations FTTH ont procédé à une adaptation de leur accord. Le Secrétariat salue ces adaptations. Le risque de sanction persiste.

Au regard de la signification économique mais aussi politique du déploiement de la fibre optique en Suisse, le Secrétariat va continuer à mettre l'accent sur le développement de ce secteur. Il est en effet indispensable que la concurrence puisse discipliner ce domaine en pleine expansion et représente l'une des conditions-cadres du développement des réseaux de prochaine génération.

A 1.	<b>3. Rapporto annuale 2011 della Commissione della concorrenza</b>
------	---

<b>Indice</b>			
<b>1</b>	<b>Prefazione del presidente</b>	<b>3</b>	
<b>2</b>	<b>Principali decisioni della COMCO</b>	<b>4</b>	
<b>3</b>	<b>Attività nei vari ambiti economici</b>	<b>5</b>	
3.1	Mercati dei prodotti	5	
3.1.1	Industria dei beni di consumo e commercio al dettaglio	5	
3.1.2	Edilizia	6	
3.1.3	Industria orologiera	6	
3.1.4	Settore automobilistico	7	
3.1.5	Agricoltura	8	
3.2	Servizi	8	
3.2.1	Servizi finanziari	8	
3.2.2	Mercati sanitari	10	
3.2.3	Professioni liberali e servizi professionali	11	
3.3	Infrastruttura	12	
3.3.1	Telecomunicazioni	12	
3.3.2	Media	13	
			3.3.3 Energia 14
			3.3.4 Altri ambiti 14
			3.4 Mercato interno 15
			3.5 Indagini 15
			3.6 Affari internazionali 16
		<b>4</b>	<b>Organizzazione e statistica 17</b>
		4.1	COMCO 17
		4.2	Segreteria 18
		4.3	Statistica 18
		<b>5</b>	<b>Revisione della legge sui cartelli – stato dei lavori 20</b>
		<b>6</b>	<b>Temi specifici del 2011 21</b>
		6.1	Mancato trasferimento dei vantaggi valutari 21
		6.1.1	Sviluppo della situazione 21
		6.1.2	Procedure 23
		6.1.3	Stato dei fatti 25
		6.2	Procedura relativa agli accordi di cooperazione nel settore delle fibre ottiche 26

## 1 Prefazione del presidente

Il 2011 è stato un anno ricco di avvenimenti, in particolare per quattro motivi. In primo luogo due temi specifici hanno monopolizzato, più di quanto fosse prevedibile, le risorse della Segreteria: Da un lato le notifiche di Swisscom e delle aziende industriali concernenti i loro accordi di cooperazione per sviluppare le reti a fibre ottiche hanno reso necessarie inchieste preliminari molto impegnative per la Segreteria. Quest'ultima ritiene che tali contratti contengano accordi in grado di sopprimere la concorrenza efficace. Dall'altro lato il tasso di cambio euro/CHF (e dollaro/CHF) si è abbassato così tanto la scorsa estate che le differenze di prezzo già esistenti tra la Svizzera e i Paesi limitrofi sono risultate ancora più elevate. In tale contesto la Segreteria ha ricevuto numerose notifiche dalle quali sono derivate ulteriori procedure per il sospetto di isolamento del mercato svizzero.

In secondo luogo la COMCO ha concluso lo scorso anno numerose procedure di ampia portata. Nell'inchiesta sul commercio elettronico la COMCO ha rilevato che la vendita online può essere limitata solo in via eccezionale e a condizioni molto restrittive. Nell'inchiesta relativa al settore cosmesi e profumeria ha chiarito che lo scambio di informazioni commerciali confidenziali tra i concorrenti non è ammissibile. Per quanto riguarda il caso Nikon, la COMCO ha constatato una limitazione illecita delle importazioni parallele che l'ha indotta a emettere una multa elevata. L'indagine nel settore della costruzione stradale e del genio civile nel Cantone Argovia ha fatto emergere un numero consistente di accordi di appalto illeciti, portando la COMCO a sanzionare le imprese coinvolte.

Il comune denominatore di tutte queste ampie procedure è il fatto che erano estremamente complesse e hanno impegnato molto sia la Segreteria sia la COMCO stessa nella fase decisionale. La COMCO ha impiegato molto tempo per consultare le imprese soggette al rischio di sanzioni, ma era un passo necessario da compiere per poter prendere la decisione giusta.

In terzo luogo il Consiglio federale intende inasprire la legge sui cartelli con una revisione e rendere in futuro illeciti gli accordi secondo l'articolo 5 capoversi 3 e 4 dell'attuale LCart, fatta salva la possibilità di giustificarne i motivi di efficienza economica. Tale modifica semplificherà le procedure da parte dell'autorità della concorrenza. Il Consiglio federale intende anche ridurre e professionalizzare quest'ultima nella presa di decisioni. Sarà il Parlamento a decidere se ciò avverrà rendendola un tribunale (come proposto dal Consiglio federale) o lasciando che resti un'autorità amministrativa indipendente.

In quarto luogo è giunto a conclusione il mandato 2008-2011, il che ha comportato le dimissioni e l'elezione di tre nuovi membri all'interno della COMCO. Nella sua nuova composizione, la COMCO continuerà nel prossimo mandato ad orientare coerentemente il suo lavoro alla tutela della concorrenza efficace, a vantaggio dei consumatori e delle imprese.

**Prof. Vincent Martenet**

Presidente della Commissione della concorrenza

## 2 Principali decisioni della COMCO

Qui di seguito sono riportate in ordine cronologico le principali decisioni emanate dalla COMCO nel 2011, che vengono trattate più in dettaglio nei singoli capitoli (cfr. 3.1 – 3.3).

A fine aprile 2011 la COMCO ha deciso che l'impresa comune notificata da **Swisscom** e dal **Groupe E** non deve essere esaminata nell'ambito del controllo delle concentrazioni. Nel corso di un esame approfondito la COMCO è giunta alla conclusione che tale impresa comune non svolgerebbe un'attività economica indipendente sul mercato, pertanto manca il presupposto fondamentale per sottoporla a un controllo delle concentrazioni a pieno titolo. In seguito alla decisione della COMCO, la Segreteria ha avviato un'inchiesta preliminare per esaminare gli accordi in materia di concorrenza che stanno alla base di tale impresa comune.

Il 6 giugno 2011 la COMCO ha avviato un'inchiesta contro il **Gruppo Swatch**, che intende sospendere la fornitura a terzi di movimenti e di organi regolatori per orologi. Al contempo, per promuovere la concorrenza efficace nel mercato orologiero, la COMCO ha disposto misure cautelari contro il Gruppo Swatch, che lo obbligano a rifornire le imprese terze per la durata della procedura, consentendo tuttavia lievi riduzioni dei quantitativi. Le misure cautelari, che si basano su una conciliazione tra la Segreteria e il Gruppo Swatch, sono state confermate dal Tribunale amministrativo federale poco prima della fine dell'anno.

L'11 luglio 2011 la COMCO ha emanato una decisione guida sull'ammissibilità, secondo il diritto in materia di concorrenza, delle limitazioni per il **commercio online**. Nella decisione ha stabilito che in linea di massima tali limitazioni violano la legge sui cartelli e sono consentite solo a condizioni molto restrittive. Pertanto, in un sistema selettivo di vendita può essere giustificato imporre ai rivenditori online di adempiere agli stessi requisiti previsti per un rivenditore autorizzato e di avere un negozio "reale". I rivenditori online devono però essere liberi di stabilire autonomamente i prezzi di vendita al pubblico.

In seguito alle notifiche di Swisscom e di varie aziende industriali, la Segreteria ha avviato alcune inchieste preliminari sulle **cooperazioni nel settore delle fibre ottiche**. All'inizio di settembre 2011 è giunta alla conclusione che questi ultimi contengono accordi orizzontali hard core e non possono essere esentati a priori da sanzioni. Il modello a quattro fibre scelto dalle aziende industriali e da Swisscom dovrebbe consentire in realtà la concorrenza in questo settore. I contratti contenevano tuttavia clausole come l'esclusiva per la costruzione del livello 1 a favore delle aziende industriali o una clausola sul controllo dei prezzi, che secondo la Segreteria rappresentano un accordo sui prezzi e sui quantitativi, in grado di compromettere notevolmente l'auspicata concorrenza. Swisscom e le singole aziende industriali hanno dunque adeguato di conseguenza i propri contratti di cooperazione.

Per quanto riguarda lo scambio di informazioni tra concorrenti, il 31 ottobre 2011 la COMCO ha deciso che lo scambio di dati sul fatturato, sui prezzi lordi e sulle spe-

se pubblicitarie tra le imprese del settore **cosmesi e profumeria** rappresenta un accordo illecito in materia di concorrenza. Lo scambio di informazioni confidenziali tra concorrenti diretti è sempre in grado di ripercuotersi negativamente sulla concorrenza fra le varie imprese. Nel caso in cui risulti influenzata anche la formazione dei prezzi vera e propria, si è in presenza di un accordo sui prezzi soggetto a sanzioni. Nella fattispecie non sono emerse prove in tal senso, per questo non sono state inflitte sanzioni.

Il 28 novembre 2011 la COMCO ha rilevato che **Nikon** ha ostacolato in modo illecito le importazioni parallele di apparecchi fotografici e dei relativi accessori nel periodo compreso tra febbraio 2008 e settembre 2009. La COMCO ha sanzionato Nikon con un importo di circa 12,5 milioni di franchi per aver ostacolato le importazioni parallele attraverso accordi verticali illeciti. Con questa decisione la COMCO ha dimostrato la sua risolutezza nel procedere contro qualsiasi limitazione delle importazioni dirette o parallele attraverso accordi verticali che causano un isolamento del mercato svizzero. Ha confermato inoltre la sua decisione di dicembre 2009 relativa al caso Gaba/Elmex, che è ancora pendente davanti al Tribunale amministrativo federale.

Infine, il 16 dicembre 2011, ha concluso la sua inchiesta nel settore della **costruzione stradale e del genio civile nel Cantone di Argovia**. Ha riscontrato un numero elevato di accordi di appalto illeciti tra le 18 imprese coinvolte e ha inflitto loro una sanzione complessiva di 4,3 milioni di franchi. La COMCO ha potuto quindi concludere un'altra grande inchiesta nel suo ambito prioritario "Accordi di appalto". Una fattispecie analoga è ancora pendente nel Cantone di Zurigo.

## 3 Attività nei vari ambiti economici

### 3.1 Mercati dei prodotti

#### 3.1.1 Industria dei beni di consumo e commercio al dettaglio

Con la sua decisione del 28 novembre 2011 in merito al caso **Nikon**, la COMCO ha precisato la prassi adottata finora (cfr. Gaba, DPC 2010/1 p. 65 segg.) in materia di protezione territoriale assoluta. Aveva avviato l'inchiesta il 24 marzo 2010 a seguito di una denuncia e il giorno stesso ha condotto una perquisizione presso la Nikon Suisse SA.

Dall'inchiesta è emerso che Nikon ha escluso per via contrattuale e in duplice maniera le importazioni parallele in Svizzera: da un lato ha vietato alle imprese locali di rifornirsi dei prodotti Nikon Imaging al di fuori del territorio contrattuale (Svizzera e Liechtenstein), dall'altro ha incluso nei contratti con gli altri Paesi dei divieti di esportazione che non consentono la vendita in Svizzera. Inoltre, dalla corrispondenza elettronica sequestrata durante la perquisizione, è emerso che le importazioni parallele in Svizzera sono state effettivamente impedito o dovute essere impedito. Queste clausole e la pressione esercitata sui rivenditori paralleli hanno contribuito a far sì che nel periodo primavera 2008 – autunno 2009 siano stati praticati prezzi oltremodo elevati rispetto alla libera concorrenza.

Le misure di protezione territoriale, pur non avendo soppresso la concorrenza efficace sui mercati, l'hanno comunque intralciata notevolmente (art. 5 cpv. 4 in combinato disposto con il cpv. 1 LCart). La sanzione di 12,5 milioni di franchi è stata calcolata in base al fatturato di Nikon in Svizzera e alla durata nonché alla gravità del comportamento illecito.

Con la decisione del 31 ottobre 2011 la COMCO ha deciso che lo scambio di informazioni tra i membri dell'Associazione dei fabbricanti, importatori e fornitori di prodotti cosmetici e di profumeria (ASCOPA) rappresenta una violazione dell'articolo 5 capoverso 1 LCart e ha vietato il protrarsi di questa pratica. Le parti coinvolte sono le **affiliate svizzere e i distributori di produttori leader della cosmesi di lusso**. Le aziende avevano costituito un cartello e si scambiavano reciprocamente informazioni sensibili relative a prezzi, fatturato, spese pubblicitarie e condizioni commerciali generali. In questo modo potevano adeguare l'una all'altra il proprio comportamento. Questo adeguamento ha provocato una notevole limitazione della concorrenza sul mercato dei prodotti cosmetici e di profumeria.

Nel mese di luglio 2011 è stata conclusa l'inchiesta avviata a settembre 2010 sugli **ostacoli al commercio online**. Nella sua decisione la COMCO ha dichiarato illecita, in virtù dell'articolo 5 capoverso 1 LCart, la limitazione del commercio elettronico operata da Electrolux AG e da V-Zug AG. In questa decisione la COMCO si è espressa per la prima volta sulla questione se e a quali condizioni possono essere limitate le vendite su Internet. Ha stabilito che, in linea di massima, gli acquisti su Internet devono essere ammessi e possono essere limitati solo in casi ben determinati e a condizioni restrittive. La COMCO ha inoltre sottolineato che i casi in cui alle limitazioni di acquisti via Internet si aggiungono l'imposizione di prezzi di rivendita o clausole di protezione territoriale assoluta sono da considerarsi particolarmente dannosi. Nel caso specifico la COMCO ha giudicato lecito che Electrolux AG e la società V-Zug AG abbiano chiesto ai rivenditori, nell'ambito dei loro sistemi di distribuzione selettiva, di gestire anche un negozio reale oltre a vendere i prodotti tramite Internet. Con le imprese Electrolux AG e V-Zug AG sono state concluse conciliazioni.

L'inchiesta preliminare sulla **carta grafica** avviata il 19 maggio 2011 è stata archiviata a fine dicembre 2011 senza seguito. La Segreteria non ha riscontrato indizi sufficienti per provare l'esistenza di limitazioni della concorrenza, in particolare di ostacoli alle importazioni parallele da parte dei quattro grandi rivenditori di carta in Svizzera, vale a dire Antalis AG, Inapa Schweiz AG, Papyrus Schweiz AG e Fischer Papier AG.

Si trova invece in fase conclusiva l'inchiesta, avviata nel 2010 con delle perquisizioni, a carico di **Roger Guenat S.A.** (diventata poi Altimum S.A.), sospettata di aver imposto i prezzi di rivendita dei suoi articoli per gli sport di montagna. Ora che le indagini sono terminate, la redazione della proposta di decisione sta per essere completata. La conclusione dell'inchiesta è prevista per il prossimo anno.

Su iniziativa della Fondazione per la protezione dei consumatori (FPI) e della IG Zöliakie è stata condotta

un'approfondita osservazione del mercato. Le due associazioni hanno criticato l'elevato livello dei prezzi in Svizzera, rispetto ai Paesi limitrofi, dei **prodotti senza glutine**. La Segreteria ha esaminato se i prezzi sono stati imposti o se sono state ostacolate le importazioni parallele. A tal fine la Segreteria ha interpellato i fabbricanti, i commercianti e gli importatori, effettuando confronti dei prezzi di alcuni prodotti specifici. Non sono emersi elementi che abbiano confermato l'imposizione illecita di prezzi o il tentativo di ostacolare le importazioni parallele. Le differenze di prezzo segnalate sono riconducibili ad altre ragioni: le modeste quantità di acquisto e i margini piuttosto elevati dei commercianti al dettaglio nazionali sono tra le cause che portano a prezzi più alti per i prodotti importati. Nel caso dei generi alimentari prodotti in Svizzera si hanno costi di produzione più elevati poiché nel nostro Paese non esistono ditte specializzate in prodotti senza glutine.

### 3.1.2 Edilizia

L'inchiesta avviata nel mese di giugno 2009 sugli **accordi di appalto nel settore della costruzione stradale e del genio civile nei Cantoni di Zurigo e Argovia** si è conclusa il 16 dicembre 2011 con la decisione della COMCO.

Il 7 giugno 2011 la Segreteria ha fatto pervenire alle parti la sua proposta alla COMCO affinché si esprimessero al riguardo. In ottobre 2011, in occasione di tre sessioni, si sono tenute intense audizioni davanti alla COMCO. Le parti hanno fatto ampio uso della possibilità di esprimersi sulle singole fasi della procedura.

18 ditte coinvolte direttamente negli accordi di appalto sono state sanzionate infine con una somma complessiva di quasi 4 milioni di franchi, anche se 7 di loro hanno beneficiato di riduzioni della sanzione nel quadro del programma di clemenza e una ne è stata completamente esentata. Dall'inchiesta era emerso che, per oltre 100 progetti, le ditte edili coinvolte si erano accordate in modo da coordinare gli importi da indicare nelle gare d'appalto pubbliche e private e spartirsi quindi tra di loro i vari progetti.

Contrastare tali accordi di appalto è uno degli ambiti prioritari in cui operano le autorità della concorrenza. Il forte segnale dato con questa decisione dovrebbe scoraggiare in futuro violazioni analoghe della legge sui cartelli.

### 3.1.3 Industria orologiera

Alla fine del 2009 il presidente del Consiglio d'amministrazione del **Gruppo Swatch** aveva annunciato alla stampa l'intenzione di ridurre o sospendere in futuro la fornitura di componenti per orologi a clienti terzi. A questo proposito nel 2011 ci sono stati contatti informali con il Gruppo Swatch da cui è emerso che quest'ultimo ha intenzione di attuare almeno in parte quanto annunciato. Ciò ha indotto la Segreteria ad avviare un'inchiesta, in data 6 giugno 2011, per eventuale abuso di posizione dominante. Al contempo la COMCO, sulla base di una conciliazione con il Gruppo Swatch, ha disposto misure cautelari per la durata dell'inchiesta. Tali misure prevedono che il gruppo continui per il momento a rifornire integralmente i clienti terzi. Nel 2012 il Gruppo Swatch può ridurre la fornitura dei movimenti meccanici

all'85 % e quella degli organi regolatori al 96% dei quantitativi consegnati nel 2010. In tal modo si vuole evitare che venga compromessa nel lungo termine la concorrenza sui relativi mercati. I ricorsi contro le misure cautelari presentati dalle imprese coinvolte sono stati respinti dal Tribunale amministrativo federale a metà dicembre 2011.

Il Gruppo Swatch intende sospendere la fornitura a terzi dei movimenti meccanici e degli organi regolatori (gli elementi che regolano un movimento meccanico e costituiscono il cuore dell'orologio). L'inchiesta permetterà di stabilire se questo comportamento rappresenta, secondo il diritto in materia di concorrenza, un abuso di posizione dominante sul mercato. In particolare si dovrà esaminare se esistono fonti di acquisto alternative al Gruppo Swatch e, eventualmente, quanto tempo servirebbe per costituirle. Il Gruppo Swatch ha segnalato la sua disponibilità a trovare una soluzione di comune accordo sotto forma di una riduzione graduale dei quantitativi delle forniture.

Nel corso delle indagini la Segreteria ha effettuato sondaggi approfonditi presso numerosi operatori del mercato. Le indagini proseguiranno e si concluderanno probabilmente il prossimo anno.

L'inchiesta avviata a settembre 2009 contro ETA Manufacture Horlogère Suisse SA per sospetto di abuso di posizione dominante è stata sospesa in concomitanza con l'apertura dell'inchiesta a carico del Gruppo Swatch, poiché può essere influenzata notevolmente dall'esito di quest'ultima.

### 3.1.4 Settore automobilistico

Nel 2011 la Segreteria ha ricevuto altre segnalazioni di consumatori svizzeri che hanno cercato inutilmente di acquistare una BMW o una MINI nello Spazio economico europeo (SEE). La COMCO, già a ottobre 2010, aveva avviato un'inchiesta contro il **Gruppo BMW** sospettando che avesse ostacolato le importazioni dirette e le importazioni parallele in Svizzera dal SEE di autoveicoli nuovi delle marche BMW e MINI. La proposta della Segreteria indirizzata alla COMCO è stata sottoposta al Gruppo BMW a ottobre 2011 affinché si esprima in merito.

In concomitanza con il **basso tasso di cambio dell'euro**, nell'estate 2011 molti consumatori si sono lamentati delle differenze di prezzo, talvolta molto elevate, tra la Svizzera e i Paesi dell'UE per quanto riguarda gli autoveicoli e i motoveicoli. La Segreteria ha esaminato in particolare se sussistono gli elementi per contestare pratiche che isolano il nostro territorio (ad es. divieti di esportazione in Svizzera). Secondo la Comunicazione Automobili della COMCO, limitare la possibilità per i consumatori svizzeri, per i membri di un sistema di distribuzione selettivo in Svizzera o per i rivenditori svizzeri incaricati da un consumatore in Svizzera, di acquistare senza restrizioni autoveicoli presso un'officina autorizzata in Svizzera o nel SEE rappresenta sostanzialmente una limitazione notevole della concorrenza.

La Segreteria ha risposto a numerose richieste di informazioni concernenti la **concessione di garanzie** sugli autoveicoli oggetto di importazioni dirette o parallele. Essa ha sempre rinviato alle disposizioni enunciate nella

Comunicazione Automobili e nel relativo commento. Ciò significa che le garanzie concesse dal fornitore nel luogo in cui l'autoveicolo nuovo è stato venduto (le cosiddette garanzie del costruttore) devono rimanere valide alle stesse condizioni in tutto lo Spazio economico europeo e in Svizzera.

Alla fine del 2011 la Segreteria ha iniziato i lavori di **revisione della Comunicazione Automobili** della COMCO. La revisione avviene alla luce del fatto che la Commissione europea ha adottato nel 2010 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 applicabile agli accordi verticali; fino al 31 maggio 2013 è previsto un periodo transitorio durante il quale continuerà a valere l'attuale regolamento di esenzione per categoria nel settore automobilistico (MVER). 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. Le associazioni interessate sono invitate a prendere posizione a tempo debito.

La Segreteria si è espressa nell'ambito della consultazione sull'entrata in vigore delle modifiche concernenti la legge federale sulla riduzione delle emissioni di CO<sub>2</sub> (**Legge sul CO<sub>2</sub>**) e l'ordinanza sulla riduzione delle emissioni di CO<sub>2</sub> delle automobili. L'attuazione della legge sul CO<sub>2</sub> può comportare degli svantaggi per i piccoli importatori. A differenza dei grandi importatori, i piccoli importatori non possono compensare gli autoveicoli ad alto livello di emissioni con l'importazione di veicoli a basso tasso di emissione, a meno che non costituiscano un raggruppamento, un'opzione che comporta oneri supplementari. La Segreteria è contraria in linea di massima alle misure che ostacolano le importazioni dirette o parallele. Di conseguenza ha espresso delle riserve in merito alla proposta di attuazione della legge sul CO<sub>2</sub>.

A fine 2011, nell'ambito della consultazione, ha espresso il proprio parere sulle varie ordinanze relative alla circolazione stradale. La Segreteria è favorevole al fatto che venga agevolata l'ammissione degli autoveicoli nel caso in cui l'importatore disponga del contrassegno di conformità CE.

### 3.1.5 Agricoltura

Nel 2011 si sono registrate numerose denunce nell'ambito dell'agricoltura. Le osservazioni del mercato non hanno tuttavia messo in luce alcuna limitazione della concorrenza. L'osservazione del mercato relativa al settore dei fertilizzanti si concluderà presumibilmente a inizio 2012. L'inchiesta preliminare sul mercato dei cereali è stata effettuata e conclusa.

Per la sua posizione dominante sul mercato del latte, della panna da consumo e del burro, **Emmi AG** ha dovuto notificare un progetto di concentrazione, vale a dire l'acquisizione della società Rutz Käse AG, attiva principalmente nella stagionatura del formaggio Appenzeller e Tilsiter. Dall'esame preliminare sul progetto di fusione non sono emersi elementi che motivino o rafforzino l'ipotesi di una nuova posizione dominante sul mercato.

Nella prima metà dell'anno la COMCO ha redatto una perizia su una controversia pendente davanti al Tribunale cantonale di Vaud. La questione su cui ruota la controversia è se un produttore del **formaggio Etivaz** può avere accesso, in base alla legge sui cartelli, a una cantina di stagionatura della *Coopérative des producteurs de fromages d'alpages, L'Etivaz*. A questa domanda è stata fornita una risposta negativa.

La Segreteria ha partecipato a **oltre 30 consultazioni degli uffici** relative a modifiche di legge o di ordinanza e si è espressa su oltre 20 interventi parlamentari. La COMCO ha partecipato anche alla procedura di consultazione sulla politica agricola 2014-2017.

## 3.2 Servizi

### 3.2.1 Servizi finanziari

La Segreteria ha concluso un'altra inchiesta preliminare nel settore delle carte di debito. La procedura si ricollega a due procedure di opposizione di MasterCard, aventi entrambe per oggetto l'introduzione di una commissione d'interscambio, la cosiddetta default interchange fee. La prima riguardava il sistema molto diffuso in Svizzera delle carte di debito **Maestro** e prevedeva l'addebitamento di una *interchange fee* per tutte le transazioni nazionali effettuate con una carta di debito Maestro. Oggetto della seconda notifica era il lancio del nuovo sistema di carte di debito **Debit MasterCard** in Svizzera e l'introduzione in concomitanza di una commissione d'interscambio per le transazioni effettuate con questa nuova carta. Poiché, secondo la prassi seguita finora dalle autorità della concorrenza, le *interchange fees* vengono qualificate regolarmente come accordi sui prezzi tra le società emittenti delle carte (issuer) e le imprese che svolgono attività di convenzionamento con gli esercenti (acquirer) e trattandosi in entrambi i casi di sistemi simili di pagamento tramite carta, le inchieste preliminari a questo proposito sono state fuse in un'unica procedura.

Innanzitutto la Segreteria ha espresso seri dubbi sulla liceità, secondo il diritto in materia di cartelli, di una *default interchange fee* per il sistema Maestro. In particolare ha tenuto conto del fatto che la carta "Maestro" è di gran lunga il principale sistema di carte di debito esistente in Svizzera, molto diffuso tra gli esercenti e i titolari di carte, che non subisce una vera concorrenza dal momento che il sistema di carte di debito di VISA ("Visa V PAY"), annunciato nel 2009, non è ancora uscito sul mercato. L'introduzione di una commissione d'interscambio per Maestro non può essere giustificata da motivi di efficienza economica.

Infine la Segreteria si è occupata delle commissioni d'interscambio per le carte *Debit MasterCard*. In riferimento al caso V PAY (cfr. DPC 2009/2, 122 segg.), ha tollerato l'introduzione di tasse per le nuove carte di debito di MasterCard nel rispetto di determinate condizioni, una delle quali è ad esempio che MasterCard rinunci all'introduzione di una commissione d'interscambio per il sistema Maestro senza tuttavia indurre issuers e acquirers a passare al sistema di debito MasterCard.

In un'inchiesta preliminare la Segreteria ha esaminato l'estensione dell'attività dell'**Assurance Immobilière**

**Berne (GVB/AIB)** nel mercato delle assicurazioni private. Con la revisione della legge sulle assicurazioni immobiliari nel 2010, il legislatore bernese ha consentito alla GVB/AIB di offrire, in aggiunta alle assicurazioni contro i danni causati dal fuoco e da elementi naturali proposte in situazione di monopolio, anche assicurazioni complementari facoltative per gli edifici situati nel Cantone di Berna, quali ad es. la protezione contro i danni da acqua. Il legislatore ha inoltre creato una base giuridica per l'esercizio di attività accessorie da parte della *Assurance Immobilière Berne* (GVB/AIB) (ad es. gestione dei sinistri per terzi o stima di edifici), qualora siano correlate all'attività principale. Sia l'Associazione svizzera d'assicurazioni (ASA) sia singole compagnie assicurative hanno manifestato perplessità riguardo alla posizione sul mercato della GVB/AIB. Esse hanno fatto notare in particolare che non vi è una netta separazione tra il settore in monopolio e quello delle assicurazioni complementari. Inoltre si è temuto che il progetto della GVB/AIB potesse portare a vantaggi competitivi sul mercato delle assicurazioni immobiliari complementari e, di conseguenza, a una distorsione della concorrenza. La Segreteria ha suggerito alla GVB/AIB come strutturare l'ampliamento della sua attività nel modo più neutro possibile per la concorrenza e conforme al diritto in materia di cartelli. La GVB/AIB ha accolto questi suggerimenti nella sua dichiarazione d'intenti, così è stato possibile superare le riserve espresse.

La Segreteria ha concluso un'inchiesta preliminare in merito **all'assicurazione contro i rischi legati all'amianto**. In questo caso si trattava di capire se nel periodo 2002 – 2003 gli assicuratori attivi in Svizzera si fossero accordati per escludere il rischio di amianto dalle condizioni contrattuali generali delle assicurazioni di responsabilità civile per le imprese. La Segreteria non ha trovato elementi concreti che confermassero una violazione del diritto in materia di cartelli, tanto più che molte compagnie avevano trovato il modo, già prima del periodo menzionato, di escludere in una forma o nell'altra il rischio di amianto dalla propria copertura assicurativa. Il motivo principale di questa esclusione va ricercato nell'andamento, a livello internazionale, delle cause di risarcimento, che ha portato a una perdita della protezione riassicurativa per le società del settore e ha quindi reso necessaria una nuova valutazione tecnico-assicurativa del rischio di amianto. L'assicurazione di tali rischi non è stata però annullata a livello generale: è stata solo esclusa la protezione assicurativa dalle condizioni contrattuali generali, il che consente un controllo più preciso e una gestione migliore del rischio. In futuro saranno quindi possibili soluzioni assicurative individuali e le assicurazioni offriranno dei prodotti in questo senso.

La Segreteria ha inoltre valutato diversi **progetti di fusione** nel settore dei servizi finanziari. Va ricordato che anche nel caso delle fusioni bancarie – che per ragioni di protezione dei creditori vengono valutate dalla FINMA (art. 10 cpv. 3 LCart) – deve essere presentata alla COMCO la notifica del progetto di fusione, conformemente all'articolo 9 LCart. Infine, ha fornito due consulenze aventi per oggetto un certificato di omologazione della SIX Multipay AG per i terminali delle carte di pagamento e un benchmarking dei margini dei tassi ipotecari delle banche.

### 3.2.2 Mercati sanitari

La **distribuzione dei farmaci in Svizzera** è stata sottoposta a un'ampia analisi da parte delle autorità della concorrenza nel quadro di una precedente inchiesta realizzata a seguito di varie denunce. Lo scopo era quello di verificare in che misura esistono in Svizzera dei problemi lungo la filiera di distribuzione, partendo dal sistema dei *whole-saler* per passare ai grossisti e finendo con i distributori al dettaglio (farmacisti, medici dispensanti e drogherie). La raccolta di informazioni sul funzionamento del sistema e l'approfondimento di alcuni aspetti sono tuttora in corso.

In seguito a un rapporto intermedio, l'inchiesta preliminare sulla distribuzione di **apparecchi acustici** è stata prorogata per poter tener conto degli importanti cambiamenti che avrebbero interessato il mercato nel corso del 2011. La procedura continuerà dunque all'inizio del 2012 e dovrà rilevare se esistono delle prove a dimostrazione del fatto che i prezzi raccomandati dai produttori sopprimono o influenzano notevolmente la concorrenza sul mercato.

Nell'aprile 2011 l'associazione di categoria **santésuisse** ha sottoposto alle autorità della concorrenza la convenzione conclusa dai suoi membri (83 assicuratori malattia) concernente la pubblicità ai clienti nel quadro di una procedura d'opposizione. La convenzione, entrata in vigore il 1° giugno 2011, prevede il divieto della pubblicità telefonica e del marketing telefonico generalizzato, la limitazione a un massimo di CHF 50.- di commissione per gli intermediari e l'introduzione di regole che definiscano i criteri di qualità per i mediatori e gli intermediari autorizzati. Le autorità della concorrenza non hanno escluso che gli effetti di questa convenzione possano essere problematici dal punto di vista della legge sui cartelli. Hanno quindi deciso di aprire un'inchiesta preliminare per rilevare se gli indizi di restrizioni illecite della concorrenza derivano dalla convenzione. Molte denunce relative alle **differenze di prezzo** tra la Svizzera e i Paesi limitrofi hanno riguardato anche il settore sanitario. I prezzi di farmaci, apparecchi medici, anticorpi e reagenti biotecnologici nonché degli alimenti veterinari dietetici sono ancora oggetto di varie osservazioni del mercato.

Nel settore sanitario sono stati esaminati tre casi di **fusione di imprese**: innanzitutto la creazione di un'impresa comune per la ricerca e la produzione di farmaci veterinari tra le società Merck & Co., Inc. e Sanofi-Aventis SA. Alla fine il progetto è stato abbandonato da entrambe le società. In seguito, la creazione dell'impresa comune Vifor Fresenius Medical Care Renal Pharma Ltd. tra Galenica e Fresenius: questa nuova impresa sarà attiva nel settore della nefrologia per la ricerca, lo sviluppo, la vendita e la distribuzione di prodotti farmaceutici. Questo progetto è stato accettato dalla COMCO. Infine, l'acquisizione dell'assicuratore malattia ProVita da parte di SWICA non è stata oggetto di una decisione definitiva da parte della COMCO poiché SWICA ha ritirato la sua notifica.

Per quanto riguarda il mercato sanitario regolamentato, le autorità della concorrenza sono state interpellate più volte nel corso delle discussioni sull'entrata in vigore del nuovo finanziamento ospedaliero e sulla preparazione

delle liste ospedaliere. Basandosi sulla loro perizia del 2010, hanno sottolineato alle autorità cantonali competenti l'importanza di un accesso il più ampio possibile al mercato delle prestazioni ospedaliere dell'assicurazione di base per gli offerenti pubblici e privati (ospedali e cliniche), senza inutili ostacoli alla libertà economica delle imprese e alla libera concorrenza. Nel corso dell'anno, le autorità della concorrenza si sono espresse su vari progetti di revisione di leggi e ordinanze e su risposte a interventi parlamentari. In tale contesto il progetto di una nuova **legge federale sulla sorveglianza nel settore dell'assicurazione malattia (LVAMal)** ha sollevato riserve da parte della Segreteria. Le molteplici disposizioni legali proposte rischiano infatti di restringere eccessivamente la libertà economica degli assicuratori malattia, senza essere indispensabili per la sorveglianza di questi ultimi. L'obiettivo prefissato dal legislatore, vale a dire una concorrenza efficace tra gli assicuratori, ne risulterebbe ulteriormente indebolito.

### 3.2.3 Professioni liberali e servizi professionali

Nel dicembre 2011 è stata conclusa l'inchiesta condotta nei confronti di **TicketCorner AG e dell'Hallenstadion Zürich AGH**. La COMCO non ha considerato illecito il fatto che gli organizzatori di manifestazioni all'Hallenstadion debbano vendere almeno il 50 % dei biglietti distribuiti da terzi passando per Ticketcorner come intermediario. L'inchiesta ha dimostrato che Hallenstadion non ha una posizione dominante e che il contingentamento dei biglietti non compromette in modo notevole la concorrenza.

Nel corso dell'estate è stata aperta un'inchiesta nei confronti della **Federazione Internazionale dell'industria fonografica (IFPI)**, sezione Svizzera, per un presunto accordo che mirava a restringere le possibilità di importazione parallela in Svizzera di alcuni supporti musicali, come i compact disc (CD). La procedura è volta inoltre ad analizzare la formazione delle chart che permettono di stabilire la Hit Parade Suisse. Infine, la procedura studia anche l'impatto del prodotto Media Promotion Network (MPN) che promuove le opere musicali e facilita sia l'accesso alle nuove opere musicali attraverso i media radiofonici, sia la messa a disposizione dei dati di tali opere ai giornalisti specializzati.

Il settore dei servizi professionali è stato coinvolto anche dalla cosiddetta problematica del **franco forte**. Sono state trattate numerose denunce negli ambiti più diversi, come i viaggi "tutto compreso" o i programmi informatici. Alcune di esse hanno portato ad analisi approfondite, molte delle quali sono tuttora in corso. Nella maggior parte dei casi, il mancato trasferimento dei vantaggi valutari deriva da decisioni prese all'interno di un gruppo di imprese, il che le esonera da un'applicazione della LCart in virtù del principio del cosiddetto "privilegio di gruppo", in base al quale gli accordi tra imprese appartenenti allo stesso gruppo non sono illeciti poiché il gruppo costituisce un'unica entità economica.

Nel corso dell'anno sono state formulate nuove denunce nei confronti di società di **impianti di risalita** per presunte disparità di trattamento tra le scuole di sci. Negli anni precedenti la Segreteria aveva già registrato numerose denunce del settore delle scuole di sci e nelle loro rela-

zioni con le società degli impianti di risalita. Nel 2007 l'Associazione svizzera degli impianti di risalita aveva redatto, su invito della Segreteria, una raccomandazione nella quale invitava sostanzialmente i membri a garantire la parità di trattamento tra le scuole di sci, nel rispetto di determinate condizioni (partecipazione ai soccorsi in montagna, promozione del turismo, ecc.). Questa raccomandazione era stata accolta favorevolmente, ma sono state formulate nuove denunce che mettono in evidenza possibili disparità di trattamento. Le indagini sono tuttora in corso.

Alla fine dell'anno la Segreteria ha ricevuto dall'*Olympique des Alpes SA/FC Sion (FC Sion)* una denuncia nei confronti dell'Unione europea delle Federazioni Calcistiche (UEFA) per il mancato accesso all'Europa League. Secondo l'FC Sion, l'UEFA avrebbe abusato della sua posizione dominante non dando seguito alle misure cautelari disposte dal Tribunale cantonale vodese il 5 ottobre 2011. Visto che in parallelo era stata condotta una procedura dinanzi alla giurisdizione civile e arbitrale, la Segreteria ha deciso, seguendo la sua prassi consueta, di non occuparsi di questa problematica.

Infine sono state trattate numerose denunce concernenti diversi ambiti relativi a servizi professionali. Esse sono state oggetto di varie procedure, alcune delle quali sono ancora in fase di accertamento. I casi seguenti hanno attirato particolarmente l'attenzione, in primis la **distribuzione delle opere cinematografiche** in Svizzera. La procedura riguarda alcune imprese di distribuzione di film e diverse sale cinematografiche. Alcune di queste ultime sarebbero svantaggiate rispetto ai grandi gruppi perché ricevono le copie dei film solo dopo un certo termine a partire dal lancio ufficiale del film. Queste sale perderebbero quindi molte quote di mercato, poiché il maggior numero di ingressi si registra soprattutto nelle prime settimane dopo il lancio. Va menzionata anche la problematica relativa ai siti Internet che permettono la **prenotazione on line dei pernottamenti in hotel**. Alcune strutture subirebbero un abuso di posizione dominante da parte dei siti Internet che forniscono il servizio di prenotazione online. Secondo le denunce ricevute, nel corso degli ultimi anni, questi siti sarebbero diventati operatori imprescindibili per il turismo alberghiero e abuserebbero della loro posizione sul mercato imponendo commissioni elevate calcolate sul prezzo del pernottamento in hotel. Sembra che impongano infatti varie condizioni commerciali inique, come quella del «prezzo più basso», secondo la quale l'albergatore dovrebbe fatturare al cliente che ha effettuato la prenotazione tramite un sito il prezzo più basso offerto per una camera identica il giorno della prenotazione. Una clausola del genere impedirebbe alla struttura alberghiera di fare offerte promozionali dell'ultimo minuto nel caso in cui restino delle camere libere. Le indagini sono tuttora in corso.

### 3.3 Infrastruttura

#### 3.3.1 Telecomunicazioni

Il tema prioritario nell'ambito delle telecomunicazioni è stato anche quest'anno quello delle **fibres ottiche**. Swisscom e le imprese regionali di fornitura elettrica delle città di Basilea, Berna, Ginevra, Lucerna, San Gallo e Zurigo hanno deciso di sviluppare insieme una rete

a fibres ottiche, la Fibre-to-the-Home (rete FttH). I partner di cooperazione sottopongono alla Segreteria singole clausole dei loro contratti di cooperazione conformemente all'articolo 49a capoverso 3 lettera a LCart. Dal momento che alcune clausole lasciano supporre accordi illeciti in materia di concorrenza, la Segreteria ha avviato nel corso della primavera 2011 diverse inchieste preliminari. Un'approfondita analisi, che ha incluso anche il parere di importanti operatori del mercato, ha fatto emergere che le clausole sottoposte alla Segreteria rappresentano accordi sui quantitativi e sui prezzi nonché sulla ripartizione dei mercati per partner commerciali. Alla luce di questi fatti la Segreteria non ha potuto escludere un'eventuale soppressione della concorrenza efficace. La Segreteria ha informato i partner di cooperazione con un dettagliato rapporto finale sulle proprie riserve: in questo caso la legge sui cartelli non prevede un'esenzione dal rischio di sanzioni. Tale esito non significa tuttavia che le clausole contrattuali critiche siano vietate. I partner di cooperazione continuano tuttavia ad assumersi il rischio di sanzioni in materia di diritto dei cartelli (cfr. spiegazione dettagliata sul tema fibres ottiche al capitolo 6.2).

A novembre 2010 la COMCO ha ricevuto la notifica di un progetto di fusione tra **Swisscom** e il **Groupe E** sulla creazione della rete a fibres ottiche TffH nel Cantone di Friburgo. Dopo che la COMCO ha deciso, nel dicembre 2010, di sottoporre il progetto a un esame più approfondito, nel maggio 2011 non ha riconosciuto alla fusione pianificata lo status di impresa comune a pieno titolo, respingendo al contempo la possibilità di notificare il progetto. Nell'ambito dell'esame approfondito la Segreteria ha tuttavia constatato dei problemi, dal punto di vista della legislazione sui cartelli, riguardo ad alcune clausole contenute nel contratto tra Swisscom e il Groupe E. La Segreteria ha avviato pertanto un'inchiesta preliminare per presunto accordo illecito in materia di concorrenza.

Per il seguito della procedura della COMCO in merito ai casi di abuso dei prezzi è stata determinante la sentenza relativa alle **tariffe di terminazione della telefonia mobile**. Con la sentenza del 20 aprile 2011 il Tribunale federale ha respinto il ricorso del DFE contro **Swisscom Mobile**, confermando la sentenza del Tribunale amministrativo federale. Il Tribunale federale, diversamente dalla prassi in vigore presso la Commissione europea e i tribunali dell'UE, parte dal presupposto che nel caso dell'abuso di prezzo l'elemento della "imposizione" debba essere provato autonomamente. In questo modo si è alzata la soglia di intervento nella lotta contro gli abusi di prezzo secondo la legge sui cartelli. La procedura contro Swisscom, Sunrise e Orange sulle **tariffe di terminazione della telefonia mobile II**, sospesa dalla COMCO in attesa della decisione del Tribunale federale, è stata quindi archiviata nel dicembre 2011.

#### 3.3.2 Media

Nel settore dei media la COMCO ha dovuto esaminare diversi progetti di fusione tra imprese.

Nel 2011 Tamedia ha notificato alla Segreteria tre fusioni: **Tamedia AG/car4you**, **car4you Schweiz AG (Tamedia)/www.auto-online.ch** e **Tamedia AG/Doodle AG**. Per le prime due la COMCO è giunta alla conclu-

sione che la questione riguarda soltanto il mercato degli utenti/lettori di rubriche di annunci (print/online) nella Svizzera occidentale; in ogni caso l'attuale situazione della concorrenza e il previsto andamento del mercato hanno disciplinato a sufficienza le imprese coinvolte. La fusione Tamedia AG/Doodle AG ha riguardato due mercati: il mercato della pubblicità banner nella Svizzera tedesca e quello corrispondente nella Svizzera francese. Anche in questo caso la COMCO ha ritenuto che l'effetto disciplinante dato dalle imprese concorrenti fosse sufficiente; di conseguenza, al termine dell'inchiesta preliminare le tre fusioni sono state dichiarate innocue.

A metà dicembre è stato sottoposto a inchiesta preliminare il progetto di fusione **NZZ/Ringier/Tamedia/cXence**. Le imprese coinvolte intendono fondare l'impresa comune PPN AG per commercializzare su siti web gli spazi restanti. La pubblicità sarà effettuata in modo mirato sugli spazi restanti di NZZ, Ringier e Tamedia. Il risultato dell'esame preliminare sarà disponibile all'inizio del 2012.

A metà dicembre 2011 la COMCO ha ricevuto la notifica del progetto di fusione **Tamedia/Bilan/Tribune des Arts**. Dopo che Edipresse ha deciso di ritirarsi in Svizzera da parte della stampa economica e finanziaria nonché dalle riviste di lifestyle, Tamedia pianifica l'acquisizione delle due testate di Edipresse Bilan e Tribune des Arts nonché lo sviluppo dell'attività commerciale nella Svizzera occidentale. Il termine di un mese per la procedura d'esame preliminare scade nel 2012.

Nell'ambito della nuova valutazione del **rilascio di concessioni per la diffusione di programmi radiotelevisivi regionali** la COMCO ha ricevuto, dopo la sentenza del Tribunale amministrativo federale del 7 dicembre 2009, tre mandati dell'UFCOM per la redazione di perizie. Tali mandati finalizzati ad accertare un'eventuale posizione dominante comprendono le regioni della Svizzera orientale con il Gruppo NZZ (TV), la Svizzera sudoccidentale con il Südostschweiz Mediengruppe (radio) e Argovia con il Mediengruppe AZ (radio). La perizia per la regione della Svizzera orientale è stata già effettuata il 28 febbraio 2011 e trasmessa all'UFCOM. La conclusione delle perizie commissionate nell'autunno 2011 per la regione della Svizzera sudorientale e la regione di Argovia è prevista per il primo trimestre del prossimo anno.

Dal momento che nell'estate 2011 sono state raccolte le firme sufficienti per il referendum contro la legge sul prezzo fisso dei libri e l'11 marzo 2012 i cittadini voteranno sull'introduzione di questa legge, la COMCO ha sospeso l'inchiesta sui **prezzi dei libri nella Svizzera francese** finché il risultato definitivo della votazione non sarà pubblicato nel Foglio federale.

La Segreteria concluderà l'inchiesta preliminare sulla **politica dei prezzi dell'ATS** all'inizio del 2012. La Segreteria esamina gli indizi secondo cui l'ATS avrebbe abusato della sua posizione sul mercato con la strutturazione del suo sistema dei prezzi. A tal fine risultano in primo piano la politica degli sconti dell'ATS, in particolare la concessione di sconti per l'esclusività, e le offerte vincolate. Inoltre, la transazione tra l'agenzia stampa tedesca Deutschen Depeschendienst (ddp) e l'ATS, in seguito alla quale all'inizio del 2010 sono stati sospesi i servizi della ex AP Schweiz, sarà esaminata più in det-

taglio, poiché sussistono degli elementi che lasciano supporre l'esistenza di un accordo sulla ripartizione del mercato per zone.

### 3.3.3 Energia

La COMCO ha dovuto valutare alcune fusioni anche nel settore dell'energia. Degna di nota è la fusione **Fluxys G SA/Eni Gas Transport Deutschland S.p.A./Eni Gas Transport GmbH/Eni Gas Transport International SA/Transitgas AG/Swissgas AG**: in questo caso si è trattato dell'acquisizione del controllo esclusivo da parte di Fluxys G su Eni Gas Transport GmbH, Eni Gas Transport Deutschland S.p.A. ed Eni Gas Transport International SA nonché l'ottenimento del controllo congiunto da parte di Fluxys G e Swissgas su Transitgas AG. In questa procedura di fusione la COMCO ha effettuato per la prima volta una delimitazione del mercato nel settore del gas naturale. Per questo incarico si è basata sulla legislazione dell'UE e nel corso dell'inchiesta preliminare ha considerato innocua la fusione.

La Segreteria ha avviato, nella procedura di opposizione, un'inchiesta preliminare a carico della società **Erdgas Zentralschweiz (EGZ)**. Si tratta di un accordo settoriale che la EGZ – la quale agisce tramite le sue titolari, che sono al contempo anche le sue clienti – ha concluso con la clientela. Questo accordo settoriale prevede tra l'altro una regolamentazione per calcolare il corrispettivo per l'utilizzo della rete. Tale regolamentazione prevede diversi metodi di calcolo, a seconda che si tratti delle due azionarie o di clienti terzi. Nell'inchiesta preliminare la Segreteria deve pertanto verificare se con questa regolamentazione i clienti terzi vengono discriminati rispetto alle azionarie per quanto riguarda il calcolo del corrispettivo della rete.

L'analisi del mercato relativa alle **offerte per i grandi clienti** è stata conclusa. In questo caso si trattava di sapere se tra le imprese di fornitura elettrica fossero stati stipulati accordi a seguito dei quali i grandi clienti che hanno abbandonato l'approvvigionamento di base non ricevono offerte allettanti. La Segreteria ha deciso di non aprire un'inchiesta preliminare perché dopo aver interpellato i grandi clienti non sono emersi elementi che lascino supporre un accordo illecito in materia di concorrenza.

La Segreteria ha continuato ad osservare l'acquisizione di **prestazioni sistemiche** da parte di Swissgrid. In tale ambito ha constatato che i prezzi non sono aumentati nemmeno dopo l'abolizione dei tetti massimi.

La Segreteria partecipa inoltre ai lavori preparatori per la **revisione della legge sull'approvvigionamento di energia elettrica** nel gruppo di lavoro "Componente G". Il gruppo di lavoro si occupa in particolare dell'introduzione di una componente "Centrale elettrica".

### 3.3.4 Altri ambiti

La Segreteria ha archiviato l'inchiesta preliminare relativa al **commercio di uova**, poiché non vi sono indizi di una limitazione della concorrenza. Da un lato la Segreteria ha constatato che il produttore di uova denunciato non detiene una posizione dominante e che, nel caso di una preclusione del mercato o di sfruttamento dei fornitori di mezzi di produzione, avrebbe agito contro i propri

interessi. Dall'altro lato non è stata confermata l'esistenza di un accordo tra i commercianti e i produttori di uova.

La Segreteria ha avviato un'inchiesta preliminare sul nuovo **sistema di prezzi per i clienti aziendali per la spedizione di lettere**. Alcuni elementi lasciano sospettare che gli sconti previsti nel nuovo sistema dei prezzi per i clienti aziendali ostacolino la concorrenza e che possano produrre un effetto di chiusura del mercato. La conclusione dell'inchiesta preliminare è prevista per il primo trimestre del 2012.

### 3.4 Mercato interno

Il 1° luglio 2006 è entrata in vigore la versione riveduta della legge sul mercato interno. L'esigenza principale di questa revisione era di rafforzare i diritti di accesso al mercato e di inasprire i requisiti per considerare lecite le limitazioni di accesso al mercato. Nel 2011 il centro di competenza ha stilato un bilancio sui cinque anni di esperienza dopo la revisione della legge sul mercato interno ed è giunto alla conclusione che è avvenuto quanto auspicato dal legislatore, sono cioè migliorati i diritti di accesso al mercato per gli offerenti esterni. Il diritto di ricorso da parte della COMCO, introdotto con la revisione (art. 9 cpv. 2<sup>bis</sup> LMI), viene applicato regolarmente e risulta un strumento molto efficace per l'attuazione dei diritti di accesso al mercato.

Il Tribunale federale ha accolto le esigenze del legislatore con la sua decisione guida sulla revisione della legge sul mercato interno DTF 134 II 329 (formazione dei praticanti come parte della libertà di domicilio dell'avvocato) e ha confermato nel 2011 la sua prassi liberale.

Un ambito prioritario del 2011 sono state nuovamente le limitazioni cantonali e comunali dell'accesso al mercato per i servizi di taxi esterni. Il centro di competenza è stato contattato da diversi regolatori cantonali e comunali e ha messo a disposizione la sua consulenza riguardo ai progetti di revisione o all'emanazione di prescrizioni per i servizi di taxi. La Segreteria ha ricevuto regolarmente anche reclami da parte dei tassisti. In particolare, i servizi di taxi dei Comuni rurali lamentano il mancato accesso al mercato nelle città. Un ricorso della COMCO contro limitazioni dell'accesso al mercato nel cantone di Ginevra per i servizi di taxi extracantonali è ancora pendente dinanzi al Tribunale amministrativo ginevrino. Il Tribunale federale ha contribuito con un'importante decisione all'apertura del mercato interno in questo settore stabilendo che ai centralini non può essere vietato di trasmettere le richieste a tassisti esterni (TF sentenza 2C\_940/2010 del 17 maggio 2011 E. 5.2).

Nel corso del 2011 il centro di competenza ha trattato diverse segnalazioni di cittadini appartenenti ai rami economici più diversi. Per alcuni di questi casi il centro di competenza ha contattato le autorità comunali e cantonali competenti ed è riuscito ad ottenere un accesso al mercato conforme alla legislazione in materia.

### 3.5 Indagini

Nel 2011 il centro di competenza Indagini ha effettuato un adeguamento, puntuale e rilevante per la prassi, del promemoria sulla procedura da seguire in caso di perquisizioni domiciliari. In conformità con il Codice di diritto

processuale penale svizzero entrato in vigore il 1° gennaio 2011 (art. 264 CPP) è stata estesa la protezione della corrispondenza dell'avvocato. Quest'ultima è ora esclusa dal sequestro, a prescindere dal luogo in cui si trova e dal momento in cui è stata creata.

Nell'anno in rassegna il centro di competenza Indagini ha proseguito e approfondito i contatti con le autorità svizzere ed estere in materia di informatica forense. In tale ambito, ad esempio, un collaboratore della Segreteria ha potuto effettuare uno stage nel reparto corrispondente dell'autorità francese della concorrenza. Dal suo canto il centro di competenza Indagini ha formato i nuovi collaboratori della Segreteria preparandoli allo svolgimento di perquisizioni domiciliari e di sequestri.

Nel novembre 2011 il centro di competenza Indagini e il servizio Mercati dei prodotti hanno pianificato ed effettuato perquisizioni su vasta scala presso i grossisti di prodotti sanitari. La Segreteria ha cooperato con i corpi di polizia di 5 Cantoni e con la Polizia giudiziaria federale. Per la prima volta la Segreteria ha effettuato, parallelamente alle perquisizioni domiciliari, anche audizioni sul posto.

### 3.6 Affari 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 la delegazione ha redatto ed esposto vari contributi. In diverse sessioni è stato esposto più volte il tema delle fusioni (condizioni, analisi econometrica, effetti delle decisioni) e si è parlato in dettaglio di promuovere il rispetto della legge e dei programmi di conformità. Il comitato della concorrenza ha deciso di elaborare una raccomandazione per il settore degli appalti pubblici. La novità è che nei prossimi anni i cosiddetti temi strategici saranno approfonditi dal Comitato. A tal fine sono state scelte la cooperazione internazionale e la valutazione dell'attività e delle decisioni dell'autorità della concorrenza.

**ICN:** Due rappresentanti dell'autorità svizzera hanno partecipato alla 10a Conferenza annuale dell'ICN tenutasi all'Aja dal 17 al 20 maggio 2011. L'ICN Cartel Workshop ha avuto luogo dal 10 al 13 ottobre 2011 a Bruges. Il sottogruppo Mergers ha organizzato vari teleseminari che trattano questioni relative alle fusioni d'impresa. Il sottogruppo Unilateral Conduct ha proseguito dal suo canto il lavoro di redazione di un manuale sull'analisi degli abusi di posizioni dominanti.

**UNCTAD:** dal 19 al 21 luglio si è tenuta a Ginevra l'11a Conferenza dell'*Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy* (IGE). Le autorità della concorrenza erano rappresentate dal direttore e dal presidente. In tale occasione sono stati anche presentati e discussi i risultati della "Peer Review of Competition Law and Policy in Serbia", diretta dal presidente e finanziata dalla SECO. Nel quadro del programma COMPAL, il cui obiettivo è sviluppare e rafforzare le autorità della concorrenza in America latina, nell'anno in rassegna due stagisti dell'America latina sono stati accolti per tre mesi nel team della Segreteria della COMCO.

**EU:** in seguito all'approvazione del mandato di negoziazione da parte del Consiglio federale nell'agosto 2010, il

25 marzo 2011 sono stati avviati a Bruxelles i negoziati per una cooperazione più stretta tra le autorità svizzere della concorrenza e quelle europee. L'accordo bilaterale previsto è concepito per garantire a entrambe le parti un'applicazione più efficace delle disposizioni del diritto dei cartelli. Questo strumento disciplinerà anche la possibilità di scambio di informazioni confidenziali. I negoziati sono quindi proseguiti nel corso dell'anno, sia sotto forma di incontri, sia tramite videoconferenze o conferenze telefoniche. L'accordo dovrebbe essere firmato con tutta probabilità entro il primo semestre 2012.

**Relazioni bilaterali:** sono state curate soprattutto con le autorità della concorrenza tedesche, francesi e austriache. In occasione di una visita di lavoro a Berna dell'autorità ucraina della concorrenza è stato firmato un *Memorandum of Understanding* in materia di cooperazione.

**Progetto Vietnam:** nell'anno in rassegna è stato concluso il progetto *Strengthening the Vietnamese Competition Authorities*, volto a rafforzare e sostenere l'autorità vietnamita della concorrenza (VCAD) istituita nel 2006. Nel 2011 un collaboratore dell'autorità vietnamita ha svolto uno stage di tre mesi presso la Segreteria. Il progetto finanziato dalla SECO è stato sottoposto a una perizia esterna dopo la sua conclusione.

## 4 Organizzazione e statistica

### 4.1 COMCO

Nel 2011 la COMCO ha tenuto 18 sedute plenarie. Alla fine del 2011 è scaduto il mandato dei membri della COMCO. I membri **Vincent Martenet** (presidente), **Stefan Bühler** (vicepresidente), **Evelyne Clerc**, **Andreas Heinemann**, **Andreas Kellerhals**, **Daniel Lampart**, **Jürg Niklaus**, **Thomas Pletscher** e **Johann Zürcher** sono stati rieletti per il periodo 2012-2015.

I seguenti membri si sono invece ritirati per aver raggiunto la durata massima del mandato o l'età pensionabile.

- **Martial Pasquier**, professore all'Università di Losanna, finora vicepresidente della COMCO;
- **Anne Petitpierre**, professoressa emerita all'Università di Ginevra;
- **Rudolf Horber**, Unione svizzera delle arti e mestieri.

Per il periodo 2012-2015 saranno sostituiti dalle persone seguenti:

- **Winand Emons**, professore all'Università di Berna;
- **Armin Schmutzler**, professore all'Università di Zurigo;
- **Henrique Schneider**, Unione svizzera delle arti e mestieri.

In occasione della propria rielezione, il Consiglio federale ha nominato **Andreas Heinemann**, professore all'Università di Zurigo, vicepresidente della COMCO a partire dal 1° gennaio 2012.

**Martial Pasquier** era entrato nella COMCO il 1° luglio 1998 risultando allora il più giovane dei membri. Ha assunto rapidamente un ruolo importante in qualità di pro-

fessore di economia con esperienza pratica e di anello di congiunzione tra economisti e giuristi. Di indole pragmatica, ha cercato di rendere efficienti le procedure. Nei 14 anni trascorsi come membro della COMCO è sempre rimasto fedele a questo ruolo. In qualità di membro dell'allora camera Mercati dei prodotti e anche in seguito ha influenzato in modo determinante molte decisioni importanti della COMCO. Un'esigenza da lui molto sentita è stata la comunicazione interna, ma soprattutto quella verso l'esterno. Ha fornito input importanti e introdotto delle modifiche nella comunicazione che oggi rientrano nella prassi standard. Si è anche impegnato costantemente affinché la COMCO comunichi le sue decisioni in modo attivo, ma anche corretto e obiettivo. Grazie ai suoi meriti, all'inizio del 2011 è stato nominato dal Consiglio federale vicepresidente della Commissione. Lascia la COMCO con la consapevolezza di aver contribuito molto alla prassi attuale concernente la legge sui cartelli.

**Anne Petitpierre** è entrata nella COMCO all'inizio del 2003. Grazie alle sue approfondite conoscenze del diritto economico e ambientale, ha contribuito a integrare queste componenti nell'applicazione del diritto in materia di cartelli. Ha sempre creduto molto nell'interdisciplinarietà, che ha sempre fatto emergere nelle discussioni in modo proficuo.

**Rudolf Horber** (Unione svizzera delle arti e mestieri) è entrato nella COMCO all'inizio del 2001. È riuscito in modo eccellente a far conoscere alle PMI la legislazione sui cartelli sottolineandone regolarmente, in qualità di ambasciatore, i principi e gli obiettivi e illustrandola con esempi concreti a portata di tutti. Un'esigenza molto sentita è sempre stata quella di trattare in modo adeguato le piccole imprese e le microimprese nell'applicazione della legge sui cartelli. Grazie al suo approccio pragmatico ha saputo fornire anche preziosi contributi in occasione di consulenze piuttosto complesse.

La COMCO ringrazia i tre membri per l'impegno dimostrato e augura loro successo e soddisfazioni per il futuro professionale.

### 4.2 Segreteria

Dal mese di luglio 2011 una grande sfida nel lavoro della Segreteria è rappresentata dalle attività che hanno a che vedere con il mancato trasferimento ai clienti finali dei vantaggi sul cambio. La Segreteria ha ricevuto a questo proposito oltre 370 segnalazioni di consumatori e imprese. Si è cercato di trattare in tempi brevi le singole questioni e, laddove necessario, di aprire procedure a carattere pilota. A questo scopo, a metà agosto 2011, ha istituito una task force all'interno della quale quattro persone si sono occupate esclusivamente delle segnalazioni in arrivo e dell'avvio di nuove procedure (cfr. 6.1). Ciò ha richiesto tuttavia una nuova valutazione delle priorità, poiché la task force è costituita da collaboratori esperti. La Segreteria è stata coadiuvata dal DFE, che a fine 2011 ha messo a disposizione ulteriori mezzi per i quattro posti della task force.

A seguito della ripartizione del nuovo personale, dal 2012 la Segreteria aumenterà il suo organico di circa dieci posti.

A fine 2011 la Segreteria aveva alle sue dipendenze 68 collaboratori (a tempo pieno o parziale) 40 % dei quali di

semplice femminile, per un totale di 58,6 posti a tempo pieno (dati del 2010: rispettivamente 62, 45 % e 53,6 %). Il personale è ripartito nel modo seguente: 45 collaboratori scientifici (inclusa la direzione); vale a dire 40,3 posti

a tempo pieno (nel 2010: 37,9), 10 stagisti in ambito scientifico per un totale di 10 posti a tempo pieno (nel 2010: 7), 13 collaboratori del servizio Risorse e logistica pari a 8,3 posti a tempo pieno (nel 2009: 8,9).

### 4.3 Statistica

Inchieste	2011	2010
Eseguite nel corso dell'anno	21	20
di cui riprese dall'anno precedente	16	14
di cui avviate ex-novo	5	6
Decisioni finali	6	5
di cui conciliazioni	1	3
di cui ordini delle autorità	4	2
di cui sanzioni secondo l'art. 49a cpv. 1 LCart	2	3
Decisioni incidentali	3	7
Misure cautelari	1	2
Procedure sanzionatorie secondo l'art. 50 e segg. LCart	0	0
Inchieste preliminari		
Eseguite nel corso dell'anno	40	22
Riprese dall'anno precedente	12	15
Avviate ex-novo	28	7
Chiusure	27	13
di cui con apertura di un'inchiesta	1	3
di cui con adeguamento del comportamento	7	6
di cui senza seguito	18	4
Altre attività		
Annunci secondo l'art. 49a cpv. 3 lett. a LCart	22	13
Consulenze	39	56
Osservazioni del mercato concluse	62	105
Segnalazioni di mancato trasferimento dei vantaggi valutari	371	n.a.
Altre questioni	566	374
Concentrazioni		
Notifiche	30	34
Nessuna obiezione dopo l'esame preliminare	29	29
Esami approfonditi	1	1
Decisioni della COMCO	1	1
dopo l'esame preliminare	0	0
dopo l'esame approfondito	1	1
Realizzazione anticipata	1	0
Procedure di ricorso		
Procedure di ricorso dinanzi al TAF e al TF	11	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)	1	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)	9	9
Perizie, raccomandazioni, pareri, ecc.		
Perizie (art. 15 LCart)	1	0
Raccomandazioni (art. 45 LCart)	0	0

Pareri (art. 47 LCart o 11 LTC)	1	2
Monitoraggio	3	0
Comunicazioni (art. 6 KG)	0	2
Prese di posizione (art. 46 cpv. 1 LCart)	219	177
Consultazioni (art. 46 cpv. 2 LCart)	8	5
LMI		
Raccomandazioni / Indagini (art. 8 LMI)	0	0
Perizie (art. 10 cpv. 1 LMI)	1	2
Consulenze (Segreteria)	26	19
Ricorsi (art. 9 cpv. 2 <sup>bis</sup> LMI)	1	2

La statistica mostra, rispetto all'anno precedente, che non vi sono differenze notevoli per quanto riguarda le inchieste, le fusioni, le procedure di ricorso, le perizie, ecc. e la legge sul mercato interno. Il numero delle inchieste trattate è rimasto lo stesso, anche se all'interno di una singola inchiesta possono emergere grandi differenze nella mole di lavoro, a seconda che si tratti di una fattispecie semplice o complessa e che venga conclusa con una conciliazione o nella procedura ordinaria.

Differenze sostanziali rispetto all'anno precedente emergono nel caso delle inchieste preliminari. In questa categoria rientrano le numerose e complesse inchieste preliminari relative alle fibre ottiche. Un'altra voce importante è data dalle segnalazioni sul mancato trasferimento dei vantaggi valutari e da altre richieste di informazioni: nel complesso i casi da trattare hanno superato le 900 unità.

## 5 Revisione della legge sui cartelli – stato dei lavori

Il 25 marzo 2009 il Consiglio federale ha approvato il rapporto indirizzato al Parlamento concernente la valutazione della LCart, previsto all'articolo 59a LCart, e si è pronunciato sulle misure da prendere. Successivamente, in data 30 giugno 2010, il Consiglio federale ha avviato la **prima consultazione sulla revisione parziale della legge sui cartelli**. Questo progetto di consultazione comprendeva sei punti: la revisione istituzionale dell'autorità della concorrenza, il miglioramento della procedura d'opposizione, la revisione del trattamento degli accordi verticali, il rafforzamento e la semplificazione del controllo delle fusioni, l'attuazione sul piano legale di una migliore cooperazione con le autorità della concorrenza estere e il rafforzamento della procedura civile in materia di diritto dei cartelli.

Parallelamente alla valutazione e ai lavori che hanno successivamente portato al primo progetto di revisione della LCart, il Parlamento ha trattato la **mozione Schweiger** (07.3856): "**Un sistema di sanzioni più equilibrato ed efficace per la normativa svizzera sui cartelli**". In questo intervento parlamentare si richiede innanzitutto un'attenuazione della sanzione basata sui programmi di conformità (programmi di rispetto delle prescrizioni del diritto dei cartelli), e, in secondo luogo, l'introduzione nella LCart di sanzioni penali nei confronti delle persone fisiche. Sulla base di una perizia legale redatta dai professori di diritto penale Günter Heine dell'Università di Berna, e Robert Roth dell'Università di Ginevra, nonché dei lavori interni all'Amministrazione, il

Consiglio federale ha aperto, alcuni mesi dopo la trasmissione definitiva della mozione, **una seconda consultazione**, iniziata il 30 marzo 2011 e conclusasi il 6 luglio 2011. In questo ambito si è dichiarato disposto a trasporre la prima parte della mozione, vale a dire la riduzione della sanzione per le imprese che adottano misure di conformità, ma ha espresso delle riserve sull'introduzione di sanzioni penali nei confronti delle persone fisiche, sia sotto forma di misure amministrative (divieto di esercitare l'attività professionale e confisca dei vantaggi patrimoniali, come ad es. i bonus), sia sotto forma di sanzioni di diritto penale (pene pecuniarie e detentive).

In seguito al forte apprezzamento del franco svizzero, alcuni settori, in particolare l'industria d'esportazione, incontrano delle difficoltà sul piano economico. Questa situazione preoccupante ha indotto il Consiglio federale a decidere di intervenire, in data 17 agosto 2011, con una serie di misure destinate a sostenere la piazza economica svizzera. Tra le misure proposte vi è la volontà di promuovere la concorrenza in Svizzera garantendo una migliore trasmissione delle riduzioni dei costi di cui le imprese beneficiano effettuando gli acquisti all'estero. Gli accordi tra le imprese possono infatti ostacolare questo effetto, ripercuotendosi così sulla competitività nazionale, poiché impediscono alle imprese attive sul mercato svizzero o improntate all'esportazione e ai consumatori finali di beneficiare dei vantaggi legati al cambio favorevole. Il DFE è stato pertanto incaricato di preparare una revisione dell'articolo 5 LCart al fine di impedire più efficacemente gli accordi orizzontali sulla fissazione dei prezzi, sui quantitativi e sulla ripartizione per zone, nonché gli accordi verticali sui prezzi e sugli isolamenti territoriali, consentendo tuttavia delle possibilità di giustificazione. Per garantire l'attuazione rapida di un adeguamento legale, il 23 settembre 2011 è stata aperta la **terza procedura di consultazione** sulla revisione della LCart, svolta in forma di conferenza il 5 ottobre 2011. I partecipanti invitati avevano anche la possibilità di inviare il proprio parere in forma scritta.

Sulla base dei risultati della consultazione, il 16 novembre 2011 il Consiglio federale ha fissato i punti essenziali della revisione della legge sui cartelli e incaricato il Dipartimento federale dell'economia (DFE) di elaborare, entro i primi mesi del 2012, un messaggio sulla revisione della LCart all'attenzione del Parlamento. I punti essenziali della revisione sono i seguenti:

- riforma istituzionale che renda l'autorità della concorrenza l'istanza decentralizzata dell'Ammi-

nistrazione federale e il Tribunale della concorrenza parte del Tribunale amministrativo federale; semplificazione della procedura di ricorso;

- adeguamento dell'articolo 5 LCart (divieto parziale dei cartelli con possibilità di giustificazione per gli accordi orizzontali sui prezzi, sui quantitativi e sulla ripartizione per zone nonché per le imposizioni verticali dei prezzi e gli isolamenti territoriali);
- rafforzamento delle azioni civili nel diritto dei cartelli (estensione del diritto d'azione ai clienti finali);
- modifica dei criteri di valutazione per il controllo delle concentrazioni di imprese (introduzione del cosiddetto "test SIEC") e agevolazioni per le imprese in caso di fusioni con una delimitazione internazionale del mercato nonché per quanto riguarda le scadenze (adeguamento alle condizioni vigenti nell'UE);
- riduzione della sanzione per le imprese che istituiscono programmi efficaci per il rispetto della legislazione sui cartelli (i cosiddetti programmi di conformità o di compliance);
- miglioramento della procedura di opposizione (riduzione del termine a due mesi, la possibilità di sanzione si riattiva soltanto con l'apertura di un'inchiesta).

## **6 Temi specifici del 2011**

### **6.1 Mancato trasferimento dei vantaggi valutari**

#### **6.1.1 Sviluppo della situazione**

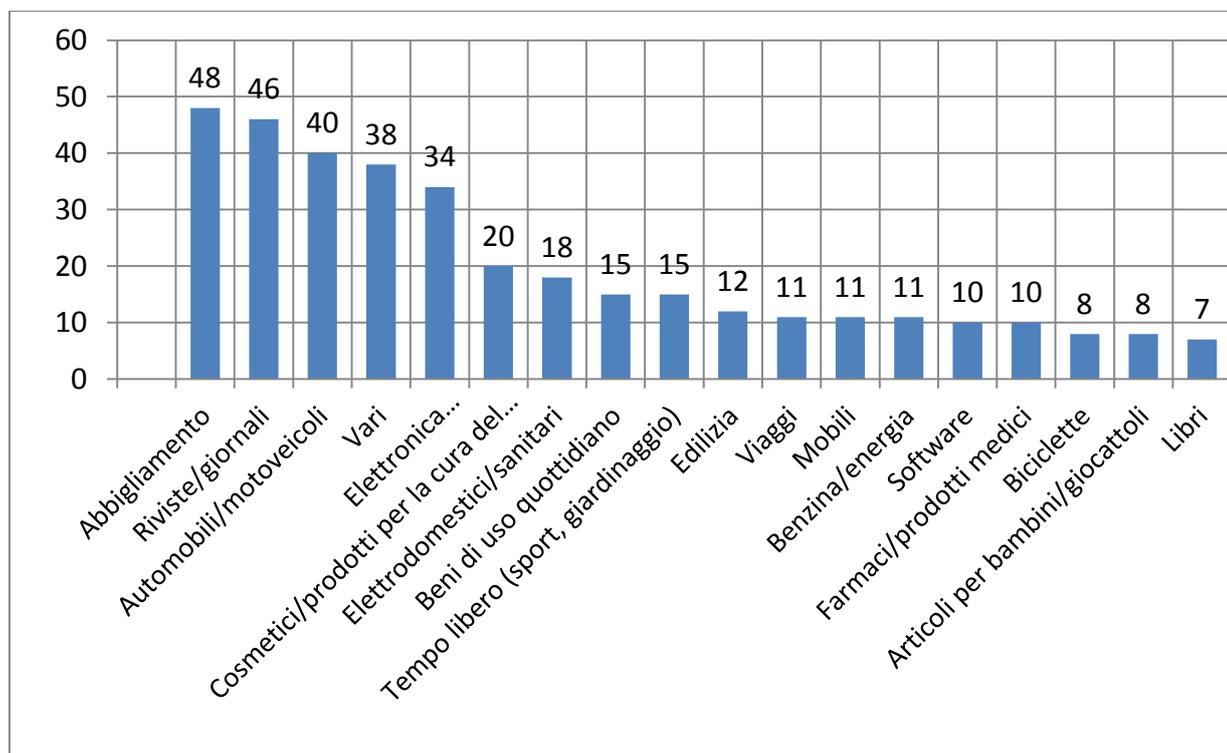
Nel rapporto annuale 2010 (DPC 2011/1) la COMCO aveva già illustrato concretamente, nell'appendice "Problemativa del trasferimento incompleto dei vantaggi valutari e possibilità di intervento secondo il diritto in materia di cartelli" le conseguenze del ribasso del corso dell'euro e il margine di manovra dell'autorità della con-

correnza. Quest'ultima interviene in caso di accordi che determinano un isolamento del mercato o in caso di abuso di posizione dominante. Aveva anche illustrato i vari motivi per cui le variazioni del tasso di cambio non determinano automaticamente e a breve termine un adeguamento corrispondente dei prezzi al consumo. Come spiegato nel rapporto annuale dell'anno scorso, accade piuttosto che ai consumatori finali venga trasferita solo una parte dei vantaggi valutari e, nella maggior parte, con un certo ritardo.

A seguito dell'andamento dei tassi di cambio nell'estate 2011, la Segreteria ha dovuto far fronte a un aumento delle segnalazioni a questo proposito, la maggior parte delle quali (85 %) da parte dei consumatori. I motivi sono da individuare nel minimo storico raggiunto dal tasso di cambio €/CHF – il 10 agosto 2011 era inferiore a 1,03 – e nell'invito della COMCO, pubblicato sui media, a segnalare i casi di mancato trasferimento dei vantaggi valutari. A tal fine, a inizio agosto è stato caricato sul sito della COMCO, nella rubrica Servizi, il modulo "Trasferimento incompleto dei vantaggi valutari". È stata inoltre creata una task force "franco forte", composta da 4 persone, per prestare la dovuta attenzione alla portata del problema e per mettere a disposizione risorse a sufficienza. Inoltre è stato necessario coordinare internamente, soprattutto nella fase iniziale, il seguito della procedura.

La task force ha registrato tutte le segnalazioni a livello centrale, ordinandole poi per ramo e per tipo di violazione. Da queste categorie sono stati estrapolati i casi esemplari e, in base agli elementi esistenti, sono stati portati avanti sotto forma di osservazioni del mercato, inchieste preliminari o inchieste. Tra i vari compiti figura anche la redazione di rapporti periodici per la Direzione.

Il grafico sottostante illustra le esigenze della popolazione attraverso una ripartizione per settori delle segnalazioni pervenute.



Un numero consistente di segnalazioni ha riguardato il settore delle riviste; nella maggior parte dei casi i consumatori hanno rilevato differenze di prezzo tra la Svizzera e i Paesi limitrofi. La legge sui cartelli non prevede possibilità d'intervento per questa situazione specifica poiché si tratta in sostanza delle cosiddette fattispecie all'interno di un gruppo. Per verificare se si tratta di abusi di prezzo da parte di un'impresa che domina il mercato, le segnalazioni sono state inoltrate di comune accordo alla Sorveglianza dei prezzi, che è attiva già dall'inizio del 2011 in questo ambito.

Anche le segnalazioni riguardanti il settore dell'abbigliamento erano incentrate per lo più su differenze di prezzo all'interno di un gruppo tra la Svizzera e i Paesi confinanti. A seconda della fondatezza dei sospetti, le autorità della concorrenza hanno provveduto in determinati casi ad accertamenti, in particolare nel caso in cui erano coinvolti noti produttori esteri. A questo scopo sono state avviate numerose osservazioni del mercato, poiché le sole segnalazioni pervenute non consentivano loro di aprire una procedura formale (inchiesta preliminare o inchiesta). Al momento attuale tali osservazioni non sono ancora concluse.

Per quanto riguarda le segnalazioni pervenute, va aggiunto che soprattutto i singoli cittadini volevano rendere noti alle autorità della concorrenza possibili abusi, ma nella maggior parte dei casi le contestazioni erano poco fondate o non potevano essere documentate a sufficienza. Nei casi in cui sussistevano indizi concreti di limitazioni della concorrenza, la COMCO e la Segreteria hanno proceduto a maggiori accertamenti, talvolta più approfonditi. Esaminando le differenze di prezzo, la Segreteria ha constatato che effettivamente sono meno elevate di quanto fosse ritenuto (ad es. nel caso della crema Nivea). In tutti i casi è stata trasmessa ai cittadini una breve valutazione giuridica delle fattispecie segnalate.

Per quanto concerne gli ambiti automobili/motoveicoli, elettronica d'intrattenimento/apparecchi elettronici, cosmetici/prodotti per la cura del corpo, elettrodomestici/sanitari, tempo libero, viaggi, beni di uso quotidiano, edilizia, software, biciclette e articoli per bambini, le autorità della concorrenza si sono attivate in base alle segnalazioni dei cittadini. Le procedure corrispondenti sono illustrate nel paragrafo seguente.

### 6.1.2 Procedure

Lo scorso anno la COMCO ha adottato due importanti decisioni guida sul problema dell'isolamento del mercato svizzero. In primo luogo ha sanzionato Nikon per aver ostacolato le importazioni parallele, confermando la decisione Gaba (le due decisioni non sono ancora passate in giudicato; il Tribunale amministrativo federale non ha ancora deciso in merito al ricorso di Gaba presentato a inizio 2010). In secondo luogo, nell'indagine sul commercio online ha precisato che le limitazioni di quest'ultimo sono ammesse, secondo il diritto in materia di cartelli, solo a condizioni molto restrittive. Ciò vale anche per il commercio online transfrontaliero.

Sulla base di segnalazioni da parte di cittadini e professionisti del settore nonché dei risultati di un'osservazione del mercato, il 22 novembre 2011 la COMCO ha condotto in tutta la Svizzera perquisizioni domiciliari presso l'**Union Suisse des Grossistes de la Branche Sanitaire USGBS/SGVSB e cinque grossisti di prodotti sanitari**. In sostanza vi è il sospetto che le imprese coinvolte abbiano adottato accordi sui prezzi e sulla ripartizione per zone.

Sono inoltre pervenute molte segnalazioni, sia da parte di cittadini che di imprese, in merito alla **ditta di elettrodomestici Jura AG**. In esse si critica spesso la politica di garanzia della ditta, che non concede le prestazioni di garanzia agli apparecchi acquistati da rivenditori non autorizzati. Stando a quanto riportato, ciò riguarda prin-

cialmente i prodotti acquistati presso rivenditori online e/o nei Paesi europei. Sono emersi elementi concreti che lasciano supporre il tentativo di ostacolare le importazioni parallele. L'inchiesta è stata aperta il 26 ottobre 2011.

Nel **settore dei cosmetici** la Segreteria ha avviato, in data 26 ottobre 2011, un'inchiesta contro Care on Skin GmbH perché sospettata di aver ostacolato le importazioni parallele e il commercio online. Secondo le segnalazioni delle estetiste, sarebbe vietato vendere prodotti della marca Dermalogica attraverso negozi online. A ciò si aggiunge il fatto che non è possibile importare i prodotti dai Paesi europei confinanti. In un altro caso vi erano indizi che lasciavano supporre una fattispecie analoga, ma non erano sufficientemente fondati. In ottobre è stata avviata un'inchiesta preliminare contro un'altra società di distribuzione di prodotti cosmetici. Infine, sono in corso due osservazioni del mercato nel settore della cosmesi per unghie e dei prodotti per la cura del corpo.

Il 25 ottobre 2011 è stata avviata un'inchiesta preliminare contro vari operatori che potrebbero aver influenzato **la formazione dei prezzi nei negozi online**, in particolare gli importi pubblicizzati sui portali di comparazione dei prezzi. Tale comportamento potrebbe rappresentare un caso di imposizione dei prezzi di rivendita che, secondo la decisione pubblicata di recente dalla COMCO in merito alle limitazioni al commercio online (cfr. 3.1), è da considerare particolarmente problematica.

Per quanto concerne il **commercio online**, sulla base di alcune segnalazioni sono state avviate due osservazioni del mercato nei settori abbigliamento sportivo/calzature sportive e software.

In ottobre è stata avviata un'inchiesta preliminare contro una nota ditta svizzera produttrice di **biciclette elettriche**, poiché vi erano degli elementi che lasciavano supporre l'esistenza di imposizioni di prezzo. Le autorità della concorrenza dispongono a questo proposito di informazioni secondo cui la ditta produttrice eserciterebbe pressione sulla politica dei prezzi dei propri rivenditori. In parallelo è in corso un'osservazione del mercato per un possibile caso di isolamento del territorio da parte di un altro fabbricante svizzero di biciclette.

Molti cittadini si sono lamentati del fatto che i **motoveicoli e i pezzi di ricambio** della nota marca americana Harley Davidson non possono essere acquistati via Internet, né nei Paesi limitrofi, né dagli Stati Uniti. Nel mese di novembre è stata aperta un'inchiesta preliminare a questo proposito.

Negli ultimi sei mesi, in seguito a segnalazioni di singoli utenti, sono state avviate anche altre **osservazioni del mercato per i prodotti seguenti**: cartucce d'inchiostro, climatizzatori, accessori per animali domestici, latte per neonati e passeggini. Va aggiunto infine che nel ramo accessorio dell'edilizia è stata aperta in settembre un'inchiesta preliminare per il sospetto di protezione territoriale assoluta da parte di un produttore del Nordeuropa. L'inchiesta preliminare è stata chiusa con un adeguamento del contratto di distribuzione.

In relazione all'apprezzamento del franco, il 10 agosto 2011 il consigliere federale Schneider-Amman ha con-

vocato una tavola rotonda alla quale hanno partecipato anche i rappresentanti del commercio al dettaglio di prodotti alimentari. Questi ultimi hanno affermato di dipendere da alcuni fornitori di articoli di marca (multinazionali) in quanto devono tenere in assortimento determinati prodotti per non perdere i clienti. Nel caso di questi prodotti, definiti "**must-in-stock**", i commercianti al dettaglio locali risulterebbero esposti all'imposizione dei prezzi da parte dei fornitori e non sarebbero in grado di esercitare la pressione sufficiente per ottenere prezzi d'acquisto più bassi (ed eurocompatibili).

La Segreteria ha invitato i grandi commercianti al dettaglio di prodotti alimentari a mettere a disposizione le informazioni rilevanti in modo da poter esaminare la questione dal punto di vista del diritto in materia di concorrenza. I commercianti al dettaglio non hanno ancora dato seguito a questa proposta, spiegando che nel frattempo molti produttori multinazionali hanno abbassato i prezzi d'acquisto per il commercio al dettaglio svizzero, pertanto i clienti svizzeri beneficiano dei vantaggi valutari derivanti dall'apprezzamento del franco.

Oltre alle procedure menzionate vi sono delle segnalazioni che la Segreteria sta esaminando e, in presenza di indizi o di elementi concreti che confermassero limitazioni illecite della concorrenza, potrebbero portare all'avvio di altre procedure. Considerata la mole di risorse richiesta dalle procedure già avviate, le eventuali procedure da avviare in futuro verranno raggruppate per ambito tematico.

Inoltre, molte **inchieste in corso** riguardano fattispecie in cui si sospetta un isolamento del mercato svizzero, l'imposizione di prezzi di rivendita o altre pratiche illecite che consolidano o hanno consolidato l'elevato livello dei prezzi in Svizzera. In tale contesto si rinvia in particolare alle procedure in corso contro la BMW e la Roger Guenat SA (articoli per sport di montagna) (cfr. 3.1).

### 6.1.3 Stato dei fatti

Come già menzionato, la Segreteria continua a ricevere regolarmente delle segnalazioni, ma il loro numero si è nettamente ridotto. Ciò è riconducibile sicuramente all'intervento della Banca nazionale Svizzera (BNS) del 6 settembre 2011 anche se, secondo le stime della stessa BNS, il franco a un corso di 1.20 è ancora sopravvalutato<sup>1</sup>. Un nuovo indebolimento del franco rispetto all'euro, ovvero una "normalizzazione" del corso attenuerebbe ulteriormente la problematica.

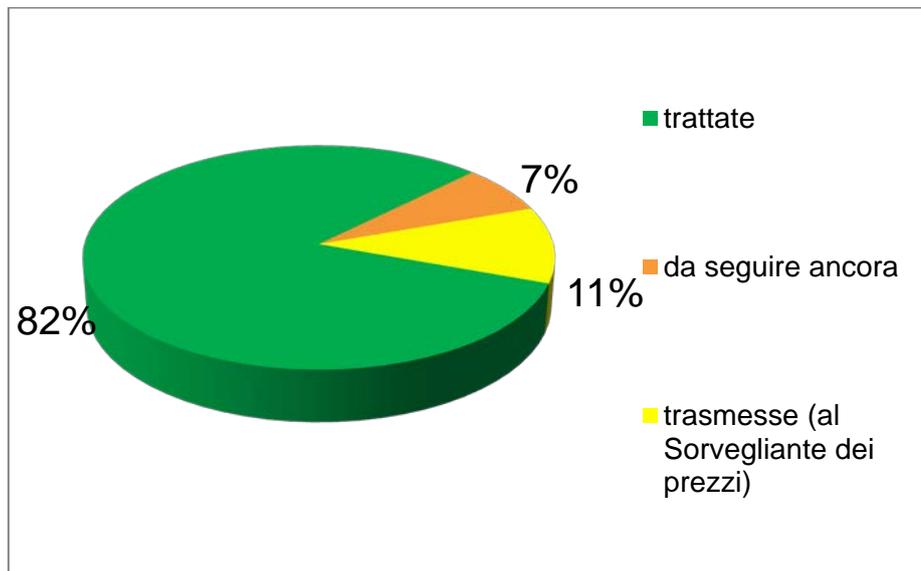
D'altronde, in determinati settori, la riduzione dei costi d'acquisto ha determinato ora, con un certo ritardo, prezzi più bassi per i consumatori (secondo la statistica dell'UST, da dicembre 2009 a novembre 2011 i prezzi svizzeri all'importazione sono calati in media del 6 %, escludendo le materie prime e altri prodotti soggetti a forti oscillazioni dei prezzi). A questo proposito si può citare l'esempio delle riduzioni di prezzo nel settore automobilistico.

<sup>1</sup> [http://www.snb.ch/de/mmr/reference/pre\\_20110906/source/pre\\_20110906.it.pdf](http://www.snb.ch/de/mmr/reference/pre_20110906/source/pre_20110906.it.pdf)

Inoltre è emerso che le imprese sono in grado, anche di propria iniziativa, di trasferire i vantaggi valutari al commercio e ai clienti nel caso in cui siano disposte ad adottare le misure del caso. Un esempio ben noto è la cam-

pagna di boicottaggio di alcuni articoli di marca condotta dalla Coop.

Lo stato di trattamento delle segnalazioni pervenute risulta il seguente: (stato: 22.12.2011):



## 6.2 Procedura relativa agli accordi di cooperazione nel settore delle fibre ottiche

Gli accordi di **cooperazione nel settore delle fibre ottiche** sono stati un ambito prioritario della Segreteria anche nel 2011. Diverse imprese regionali di fornitura elettrica e la Swisscom avevano deciso di sviluppare insieme questa tecnologia del futuro in alcune città svizzere. Tali cooperazioni consentono una ripartizione del rischio d'investimento e una riduzione dei costi edili grazie a un utilizzo più efficiente dei cunicoli per cavi. In linea di massima la Segreteria ha pertanto accolto favorevolmente le cooperazioni per lo sviluppo dell'infrastruttura a fibre ottiche. Ha tuttavia fatto notare tempestivamente che tali cooperazioni potrebbero contenere accordi illeciti in materia di concorrenza. La concorrenza auspicata nelle future reti di telecomunicazione potrebbe quindi essere compromessa a lungo termine.

In tale contesto la città di San Gallo ha notificato a fine estate 2010 alcune clausole del suo contratto di cooperazione con Swisscom conformemente all'articolo 49a capoverso 3 lettera a LCart. Fino a gennaio dell'anno in rassegna sono pervenute altre segnalazioni per le città di Ginevra, Zurigo, Berna e Basilea. Di volta in volta Swisscom ha presentato poco dopo la propria notifica. Soltanto per la città di Lucerna è pervenuta una notifica congiunta da parte di Energie Wasser Luzern e Swisscom. Nella primavera del 2011 la Segreteria ha condotto undici procedure di opposizione concernenti le cooperazioni in questo settore. A ciò si aggiungono la prevista costituzione di un'impresa comune tra Swisscom e Groupe E per lo sviluppo di una rete a fibre ottiche nel Cantone di Friburgo e varie notifiche di terzi contro i gestori di tali reti.

Tramite la notifica, le città e Swisscom volevano sapere se, secondo la legislazione in materia di cartelli, rischiavano delle sanzioni per i loro accordi di cooperazione.

Hanno pertanto sottoposto a verifica alcune clausole contrattuali potenzialmente problematiche. Le procedure di opposizione si sono concentrate in particolare su tre clausole contrattuali contenute nei contratti anche se formulate o combinate tra loro in modo diverso: con «l'esclusiva per la costruzione del livello 1» Swisscom rinuncia ad offrire fibre ottiche nude ad altri fornitori di servizi di telecomunicazione; al tempo stesso, grazie alla "protezione degli investimenti" Swisscom ha la possibilità di controllare il prezzo di questa offerta monopolistica delle imprese di fornitura elettrica; il "meccanismo di compensazione" consente infine ai partner di compensare a posteriori la percentuale di investimento in base all'utilizzo effettivo della rete a fibre ottiche. Fintanto che sussistono indizi di una limitazione della concorrenza, la procedura di notifica obbliga la Segreteria o la Commissione ad aprire una procedura ordinaria entro il termine di cinque mesi stabilito per legge. Se così non fosse, le limitazioni della concorrenza notificate sarebbero esentate definitivamente dalle sanzioni. La Segreteria si è quindi chiesta se le clausole contrattuali notificate possono essere esentate dalle sanzioni per tutta la durata dei contratti, che va dai 30 ai 40 anni.

I partner di cooperazione hanno scelto un modello a più fibre che dovrebbe consentire sostanzialmente la concorrenza sulla rete a fibre ottiche. Al tempo stesso hanno inserito nei loro contratti delle clausole che potrebbero compromettere notevolmente il futuro funzionamento delle reti a fibre ottiche. Mentre alcune delle clausole notificate non comportano rischi, nell'ambito della procedura di opposizione la Segreteria non ha potuto escludere la possibilità che nelle tre clausole principali vi sia una soppressione della concorrenza efficace. Per questa ragione la Segreteria ha avviato inchieste preliminari nelle città di San Gallo, Ginevra e Zurigo. Infine, nel mese di aprile 2011, la Segreteria ha deciso di aprire un'inchiesta preliminare per tutte le procedure di opposi-

zione ancora in corso. In tal modo la Segreteria ha potuto accelerare le varie procedure e il loro trattamento. Per i partner di cooperazione l'apertura di un'inchiesta preliminare significa che sono ancora soggetti al rischio di incorrere in sanzioni.

Da un'approfondita analisi, nell'ambito della quale sono stati interpellati importanti operatori, è emerso che il «mercato per l'accesso all'infrastruttura fisica di rete con velocità di trasmissione basate sulle fibre ottiche» rappresenta un mercato a sé stante. Questa delimitazione del mercato è emersa dalle dichiarazioni dei partner commerciali e da caratteristiche tecniche specifiche dell'accesso alla rete, nonché dalla strutturazione dei contratti di cooperazione e dal comportamento dei partner stessi. Nell'inchiesta preliminare la Segreteria è giunta alla conclusione che le clausole menzionate potrebbero rappresentare accordi illeciti sui quantitativi e sui prezzi nonché sulla ripartizione dei mercati per partner commerciali secondo l'articolo 5 capoverso 3 LCart. Secondo la LCart, per tali accordi si sospetta la soppressione della concorrenza efficace. In base alla delimitazione del mercato e all'esito dell'analisi effettuata, non è stato possibile rimuovere il sospetto legale di una soppressione della concorrenza efficace. In questa procedura vi era anche la particolarità che alcune clausole contrattuali dovevano essere sottoposte a verifica ex-ante molto prima che esplicassero un effetto sul mercato. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, soltanto considerando i fatti a posteriori è possibile individuare se si tratta effettivamente di accordi illeciti, soggetti al rischio di sanzioni in base al diritto in materia di cartelli.

Il 5 settembre 2011 la Segreteria ha presentato la sua analisi delle clausole contrattuali critiche unitamente al rapporto finale dell'inchiesta preliminare. Stando a quest'ultimo, le clausole rappresentano accordi sui prezzi e sui quantitativi nonché accordi sulla ripartizione dei mercati per partner commerciali. Da una prospettiva ex-ante sussiste se non altro il rischio di soppressione della concorrenza efficace. Sulla base del rapporto finale, i partner sanno ora quali pratiche possono essere problematiche dal punto di vista della legislazione in materia di cartelli e su quale base la Segreteria valuterebbe le limitazioni della concorrenza nel caso di un'inchiesta preliminare. La Segreteria, rispettando il carattere ex-ante della procedura scelta dalle parti, non ha tuttavia vietato le clausole contrattuali critiche. I partner possono stimare meglio il rischio di sanzioni e si assumono la responsabilità di strutturare i contratti di cooperazione in modo conforme al diritto in materia di cartelli. In questo caso la Segreteria non ha potuto concedere un'esenzione dal rischio di sanzioni. Qualora i partner abbiano bisogno di ulteriori garanzie per i loro investi-

menti sostanziali, possono ottenerli soltanto attraverso un'apposita regolamentazione da parte del legislatore.

Nell'autunno 2010, in concomitanza con gli accertamenti della Segreteria, si erano già tenuti i primi incontri tra singoli partner, in occasione dei quali l'autorità della concorrenza ha segnalato i suoi dubbi in merito alle clausole notificate. Si sono tenuti altri incontri fino all'estate dell'anno in rassegna. Nonostante le riserve espresse dalla Segreteria in seguito alla procedura di opposizione, in un primo momento i partner di cooperazione non si sono mostrati disposti ad adeguare i propri contratti. A mano a mano che l'inchiesta preliminare avanzava, le condizioni legali previste per un'esenzione dalle sanzioni risultavano sempre meno soddisfatte. Alla fine non è stato possibile proporre un adeguamento accettabile per i partner di cooperazione che tenesse conto delle riserve della Segreteria e che fosse accolto dalle parti.

Per quanto riguarda questo dossier, la Segreteria ha dovuto fare i conti con la costante reazione della stampa, talvolta anche molto critica. Essendo coinvolte varie città e la Swisscom, vi erano anche molte aspettative da parte del mondo politico. Sin dall'inizio la comunicazione da parte della Segreteria è stata molto attiva, sia nei confronti dell'opinione pubblica che delle aziende del settore delle telecomunicazioni. In tale contesto è risultato molto difficile illustrare in modo comprensibile questa fattispecie piuttosto complessa dal punto di vista tecnico ed economico, nonché la relativa procedura, considerando tra l'altro anche la grande importanza della riservatezza.

Dopo la pubblicazione del rapporto finale vari partner hanno finito per apportare cambiamenti sostanziali ai propri contratti. L'azienda Industriellen Werke Basel e Swisscom hanno deciso per primi di rinunciare all'"esclusiva per la costruzione del livello 1" e alla "protezione dell'investimento"; al contempo hanno optato per un adeguamento del "meccanismo di compensazione" tenendo conto dell'analisi esposta nel rapporto finale. Questa cooperazione nel caso di Basilea ha indicato alle altre città come strutturare i propri contratti in modo pienamente conforme alla legislazione sui cartelli. Per la fine dell'anno altre città hanno annunciato un adeguamento dei loro contratti. La Segreteria accoglie favorevolmente questi cambiamenti; tuttavia il rischio di sanzioni sussiste ancora.

Considerata l'importanza economica, ma anche politica, dello sviluppo dell'infrastruttura a fibre ottiche in Svizzera, la Segreteria della COMCO si aspetta che le fibre ottiche costituiranno anche in futuro uno dei suoi ambiti prioritari. È di centrale importanza che la concorrenza sulla futura rete della comunicazione via cavo non subisca limitazioni fin dall'inizio.

A 1.	<b>4. Annual Report 2011 of the Competition Commission</b>
------	--

<b>Table of Contents</b>		3.3.3 Energy	14
<b>1</b>	<b>Foreword from the President</b>	<b>3</b>	
<b>2</b>	<b>Most Important Decisions of the Competition Commission</b>	<b>4</b>	
<b>3</b>	<b>Activities in the Individual Sectors</b>	<b>5</b>	
3.1	Product markets	5	
3.1.1	Consumer goods and retail trade	5	
3.1.2	Construction industry	6	
3.1.3	Watch industry	7	
3.1.4	Automotive sector	7	
3.1.5	Agriculture	8	
3.2	Services	9	
3.2.1	Financial services	9	
3.2.2	Health markets	10	
3.2.3	Liberal professions and professional services	11	
3.3	Infrastructure	12	
3.3.1	Telecommunications	12	
3.3.2	Media	13	
		3.3.4 Other sectors	15
		3.4 Internal market	15
		3.5 Investigations	15
		3.6 International	16
		<b>4 Organisation and Statistics</b>	<b>17</b>
		4.1 Competition Commission	17
		4.2 Secretariat	18
		4.3 Statistics	18
		<b>5 Revision of Cartel Act – Current Status of the Work</b>	<b>20</b>
		<b>6 Special Issues in 2011</b>	<b>21</b>
		6.1 Failure to pass on foreign exchange benefits	21
		6.1.1 Development of the situation	21
		6.1.2 Proceedings	23
		6.1.3 Current situation	24
		6.2 Proceedings relating to optical fibre cooperation	25

## 1 Foreword from the President

2011 was an eventful year, for four reasons in particular. First of all two special issues occupied the resources of the Secretariat more than had been expected. The first related to notifications from Swisscom and municipal utility companies in connection with their agreements on the construction of optical fibre networks, which led to the Secretariat carrying out complex preliminary investigations. The Secretariat found that the cooperation agreements contained clauses that were liable to eliminate effective competition. Secondly, the exchange rate for Euro/CHF (and the Dollar/CHF) fell drastically last summer with the result that existing price differences between Switzerland and its neighbouring countries became far greater. The Secretariat received many reports in this connection, resulting in various additional proceedings relating to suspicions of a foreclosure of the Swiss market.

Secondly, last year the Competition Commission succeeded in concluding several large cases. In the investigation into online trading, the Competition Commission decided that online sales may only be restricted in exceptional cases and subject to very strict conditions. In the investigation into the cosmetics and perfumes sector, it made it clear that an exchange of confidential commercial information between competitors is not permitted. In the Nikon case, the Competition Commission held that parallel imports had been restricted unlawfully and imposed a large fine. And lastly, in the investigation into roads and civil engineering in the Canton of Aargau, it uncovered a large number of unlawful bid rigging schemes and fined the companies involved.

All these large cases were extremely complex and imposed a very high procedural workload not only on the Secretariat, but also on the Competition Commission in the decision-making phase. Hearings before the Competition Commission involving companies threatened with sanctions were especially time-consuming, but were essential in the interests of making the correct decision.

Thirdly, the Federal Council intends to revise the Cartel Act to make it stricter, by making agreements under the current paragraphs 3 and 4 of Article 5 of the Cartel Act unlawful in future unless suitable justification is provided. This will simplify procedures for the competition authority. In addition, it will reduce the size of the competition authority's decision-making section, making it more of a full-time professional body. Whether the authority will take on the form of a court – as proposed by the Federal Council– or whether it will continue as an independent administrative authority, is for Parliament to decide.

Fourthly, the 2008-2011 term of office came to an end, which saw the resignation of three members of the Competition Commission and the election of their replacements. The new Competition Commission team will continue to work consistently towards protecting effective competition over the next term of office, for the benefit of consumers and businesses.

**Prof. Vincent Martenet**

President of the Competition Commission

## 2 Most Important Decisions of the Competition Commission

The most important decisions made by Competition Commission in 2011 are listed below in chronological order. They are explained in greater detail in the reports on the individual sectors (see 3.1 to 3.3).

At the end of April 2011, the Competition Commission decided that the joint venture (JV) reported by **Swisscom** and **Groupe E** cannot be investigated under the merger control procedure. In the course of the detailed examination, the Competition Commission concluded that the JV will not have an independent market presence and that it therefore lacks an essential requirement for being a full-function JV subject to the merger control procedure. Following the Competition Commission's decision, the Secretariat began a preliminary investigation, in which the agreements affecting competition on which the JV is based will be examined.

On 6 June 2011, the Competition Commission opened an investigation into the **Swatch Group**. The Group intends to stop supplying finished watch movements and assortments to third-party purchasers. At the same time, in the interests of effective competition in the watch market, the Competition Commission ordered precautionary measures against the Swatch Group, requiring it to continue to supply third companies for the duration of the proceedings, although minor reductions in supplies will be permitted. The precautionary measures are based on an amicable settlement between the Secretariat and the Swatch Group, which was approved by the Federal Administrative Court shortly before the end of the year.

On 11 July 2011, the Competition Commission issued a landmark decision on whether restrictions of **online trading** are permitted under competition law. It held in the decision that restrictions of online trading in principle contravene the Cartel Act and that they are permitted only on very strict conditions. For example, it may be justified in a selective sales network to require online merchants to meet the same requirements as licensed specialist dealers and to operate a physical sales outlet. The online merchants must however always be free to fix their own retail prices.

In response to a notification from Swisscom and various municipal utility companies, the Secretariat began various preliminary investigations into **optical fibre cooperation projects**. Following some very demanding investigations, at the start of September 2011 it concluded that the contracts concerned included hard horizontal agreements affecting competition and could not be exempted in advance from sanctions. The four-fibre-model chosen by the municipal utility companies and Swisscom should in fact make competition possible in the optical fibre networks. However, the contracts contained clauses such as Layer 1 exclusivity for the municipal utility companies or a price control clause, which the Secretariat held to be pricing and quantity agreements that could seriously harm the desired level of competition. As a consequence, Swisscom and certain municipal utility companies revised their cooperation agreements accordingly.

In connection with exchanges of information between competitors, the Competition Commission decided on 31 October 2011 that the exchange of turnover figures, gross prices and advertising expenditure figures between companies in the **cosmetics and perfumes sector** constituted an unlawful agreement affecting competition. The exchange of confidential information between direct competitors is always liable to influence the competitive behaviour of individual companies in a manner harmful to competition. If this influences the specific pricing behaviour of the companies, it amounts to a price-fixing agreement giving rise to sanctions. In the case in question, this could not be proved, with the result that no sanction was imposed.

On 28 November 2011, the Competition Commission ruled that **Nikon** had unlawfully restricted parallel imports of cameras and other photographic equipment from February 2008 to September 2009. The Competition Commission imposed a sanction of CHF 12.5 million on NIKON for this restriction using unlawful vertical agreements. With this decision, the Competition Commission signalled that it was determined to act against any restrictions of direct or parallel imports by means of vertical agreements that foreclose territory. It also confirmed its decision of December 2009 in the case of GABA/Elmex, which is still pending before the Federal Administrative Court.

Lastly, on 16 December 2011 the Competition Commission completed its investigation into **roads and civil engineering in the Canton of Aargau**. It identified a large number of unlawful bid rigging arrangements between the 18 companies involved and fined these a total of CHF 4.3 million. The Competition Commission was thus able to conclude another major investigation in the priority area of bid rigging. A further case based on similar allegations is currently pending in the Canton of Zurich.

## 3 Activities in the Individual Sectors

### 3.1 Product markets

#### 3.1.1 Consumer goods and retail trade

With their decision in the **Nikon** case of 28 November 2011, the Competition Commission consolidated its previous practice (see Gaba, RPW 2010/1 65 et seq.) on absolute territorial protection. The Competition Commission opened the investigation on 24 March 2010 in response to a complaint and conducted a search of the offices of Nikon Switzerland AG on the same day.

The investigation revealed that Nikon had contractually prevented parallel imports into Switzerland in two ways: firstly, it prohibited companies in Switzerland from purchasing Nikon imaging products from outside the territory covered by the agreement (Switzerland and Liechtenstein). Secondly, it placed export bans in foreign distribution agreements in order to prevent sales to Switzerland. In addition, e-mail correspondence seized during the search of Nikon's offices disclosed that sales by parallel traders to Switzerland had actually been restricted or that the intention had been to restrict them. These clauses and the pressuring of parallel traders helped to ensure that from spring 2008 to autumn 2009 excessive

prices were charged by comparison with prices under free competition.

Although these territorial protection measures did not eliminate effective competition in the relevant markets, they nonetheless had a substantial adverse effect (Art. 5 para. 4 in conjunction with para. 1 Cartel Act). The fine imposed of CHF 12.5 million was based on Nikon's turnovers in Switzerland and on the duration and seriousness of the unlawful conduct.

In a ruling dated 31 October 2011, the Competition Commission decided that the exchange of information between the members of the association of manufacturers, importers and suppliers of cosmetics and perfumery products (**ASCOPA**) constitutes a violation of Article 5 paragraph 1 of the Cartel Act and prohibited its continuation. The parties were **the Swiss subsidiaries and distributors of leading manufacturers in the luxury cosmetics branch**. The companies concerned had joined to form a cartel and exchanged sensitive information on prices, turnovers, advertising costs and general terms and conditions of business. In this way, they were able to adapt their market behaviour to each others' practices. This adaptation led to a substantial restraint of competition in the market for perfumery and cosmetic products.

In July 2011, the investigation opened in September 2010 into the **restriction of online trading** was concluded. In its decision, the Competition Commission declared the restriction of online trading by Electrolux AG and V-Zug AG to be unlawful in terms of Article 5 paragraph 1 of the Cartel Act. The Competition Commission commented for the first time in this decision on the issue of whether and under what conditions internet sales may be restricted. It held that internet sales must in principle be permitted and may only be restricted subject to specific, strict requirements. Furthermore, the Competition Commission stressed that scenarios involving restrictions of internet sales with resale price maintenance agreements or absolute territorial restriction clauses must be regarded as particularly harmful. The Competition Commission regarded it as permissible in case in question that Electrolux AG and V-Zug AG required their retailers as part of their selective distribution systems also to have bricks-and-mortar specialist shops at the same time as selling products via the Internet. Amicable settlements were reached with both Electrolux AG and V-Zug AG.

The preliminary investigation opened on 19 May 2011 into **graphical papers** was closed at the end of December 2011 without consequences. The Secretariat was unable to find sufficient evidence of any restraints of competition, and in particular the prevention of parallel imports, by the four paper wholesalers operating in Switzerland, Antalis AG, Inapa Switzerland AG, Papyrus Switzerland AG and Fischer Papier AG.

The investigation into **Roger Guenat S.A.** (now Altimum S.A.) on suspicion of retail price maintenance agreements in relation to alpine sports products, which began in 2010 with a search of premises, entered its final phase. The investigations are complete, and the motion for a ruling will soon be ready for submission. It is ex-

pected that this investigation will be concluded in the course of the coming year.

A comprehensive market monitoring operation was carried out at the behest of the Foundation for Consumer Protection (SKS) and IG Zölliakie (Association for sufferers of celiac disease). These had criticised the higher prices charged for **gluten-free products** in Switzerland in comparison with neighbouring countries. The Secretariat examined whether prices are being dictated or parallel imports prevented. The Secretariat also questioned manufacturers, retailers and importers and made price comparisons of selected products. No indications of unlawful price fixing or the restricting of parallel imports were discovered. The price differences reported have other reasons: small purchasing volumes and higher margins for domestic retailers are among the reasons for higher prices in the case of imported products. In relation to foodstuffs manufactured in Switzerland, production costs are higher, as there is no specialised manufacturer of gluten-free products in Switzerland.

### 3.1.2 Construction industry

The investigation opened in June 2009 relating to **bid rigging in road construction and civil engineering in the Canton of Aargau** was concluded by a decision of the Competition Commission dated 16 December 2011.

On 7 June 2011, the Secretariat sent the motion to be submitted to the Competition Commission to the parties for their opinions. Subsequently in October 2011, three sessions of complex hearings were held before the Competition Commission. The parties made full use of their opportunity to comment on the individual steps in the proceedings.

Eighteen companies directly involved in the bid rigging parties were ultimately fined a total of almost CHF 4 million. Seven construction firms benefited from sanction reductions under the bonus programme; one was exempted from sanctions altogether. The investigation revealed that in over 100 projects the building contractors concerned had agreed to coordinate the prices charged in tenders for public and private projects and thus to divide the construction projects up among themselves.

Combating bid rigging is a priority for the competition authorities. The signal sent by this important decision should serve to prevent similar violations of the Cartel Act in the future.

### 3.1.3 Watch industry

At the end of 2009, the President of the Board of the Swatch Group announced in the press that the supply of third-party customers with watch components would be reduced or stopped. This led in 2011 to informal contacts with the Swatch Group, which revealed that the Swatch Group was intending to carry out this plan in some cases at least. Accordingly, on 6 June 2011 the Secretariat opened an investigation into the possible abuse of a dominant position. At the same time, the Competition Commission took precautionary measures for the duration the investigation based on an amicable settlement with the Swatch Group. They require the Swatch Group to continue to supply third-party customers in full for the

time being. In 2012, the Swatch Group may reduce the mechanical watch movements and assortments supplied to 85 % and 95 % respectively of the volumes supplied in 2010. This should prevent any permanent harm to competition in the relevant markets. The appeals filed against the precautionary measures by the companies affected were rejected by the Federal Administrative Court in mid-December 2011.

The Swatch Group is planning to stop supplying third-party customers with components, in particular mechanical watch movements and assortments (regulating components for mechanical watch movements). The investigation is intended to show whether this conduct amounts to an unlawful abuse of a dominant position under competition law. In particular, an examination will be made of whether there are alternative sources to the Swatch Group and how long it would take to develop such sources. The Swatch Group has indicated its readiness to reach an amicable solution in the form of a gradual reduction in supplies.

In the course of the enquiries, the Secretariat questioned a large number of market participants in detail. In the coming year, the investigations will continue and if possible be concluded.

The investigation opened in September 2009 into ETA Manufacture Horlogère Swiss SA in relation to the possible abuse of a dominant position was suspended at the same time as the investigation into Swatch Group AG was opened, as the result of the new investigation may have a considerable influence on the outcome of the ETA case.

### 3.1.4 Automotive sector

In 2011, the Secretariat received further complaints from Swiss end customers who apparently had tried unsuccessfully to purchase a BMW or a Mini in the European Economic Area. The Competition Commission had already begun an investigation in October 2010 into the **BMW Group** on suspicion that it was restricting direct imports or parallel imports of new BMW and Mini vehicles from the European Economic Area into Switzerland. The relevant motion made by the Secretariat to the Competition Commission was sent to the BMW Group in October 2011 so that it could comment.

As a result of the **fall in the Euro exchange rate**, numerous complaints were received from end customers, especially in the summer months of 2011, claiming in some cases extremely high price differences between Switzerland and EU countries for cars and motorcycles. In response to these allegations, the Secretariat examined in particular whether there was any indication of practices of foreclosing territories (e.g. export bans in relation to Switzerland). According to the Motor Vehicle (MV) Notice from the Competition Commission, the restraints placed on retail consumers in Switzerland, members of a selective distribution system in Switzerland or sellers in Switzerland that receive orders from retail consumers in Switzerland to purchase motor vehicles without restriction from a dealer licensed in Switzerland or operating in the European Economic Area normally amount to a serious restraint of competition.

The Secretariat responded to a large number of enquiries relating to the **honouring of warranty claims** in relation to cars that were direct or parallel imports. In every case, the Secretariat pointed to the relevant provisions of the MV Notice and the related explanations. According to these, warranties granted by automobile suppliers at the place where the new vehicle is sold (known as manufacturer's or works warranties) are valid subject to the same conditions throughout the European Economic Area and in Switzerland.

At the end of 2011, the Secretariat began working on the **revision of the Competition Commission's MV Notice**. The revision is being carried out in response to the adoption by the European Commission in 2010 of a new competition law framework for the automotive sector. According to this, following a transitional period until 31 May 2013 in which the current MV-GER will continue to apply, the provisions of the general group exemption regulation for vertical agreements will apply to the sale of new vehicles. For the markets for repairs and servicing and for the sale of spare parts, the specific provisions of the new MV-GER apply. The trade associations concerned will be invited to comment in due course.

The Secretariat submitted its views as part of the office consultation procedure relating to the entry into force of amendments to the Federal Act on the Reduction of CO<sub>2</sub> Emissions (**CO<sub>2</sub> Act**) and the Ordinance on the Reduction of CO<sub>2</sub> Emissions from Private Vehicles. The implementation of the CO<sub>2</sub> Act may bring disadvantages for small-scale importers when compared with major importers. In contrast to major importers, small-scale importers cannot compensate for imported cars with high CO<sub>2</sub> emissions by selling cars with low CO<sub>2</sub> emissions, unless they join together in emissions associations, which can lead to further expense. The Secretariat is basically against any measures that make direct or parallel imports more difficult. As a result, it has expressed concerns with regard to the method proposed for implementing the CO<sub>2</sub> Act.

Lastly, at the end of 2011 the Secretariat commented on amendments to various road traffic ordinances as part of an office consultation procedure. The Secretariat welcomes the fact that it will become easier to register imported cars, provided the importer holds an EU certificate of conformity.

### 3.1.5 Agriculture

In 2011, a variety of complaints on agriculture-related matters were received. The market monitoring procedures failed however to disclose any restraints of competition. Monitoring of the fertiliser market will probably be completed at the start of 2012. A preliminary investigation into the cereals market was carried out and concluded.

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 a planned merger. This related to the takeover of Rutz Käse AG, a company primarily active in maturing Appenzeller and Tilsiter cheese. The preliminary examination of the merger plan gave no indication that a new dominant position would be established or strengthened.

In the first half of the year, the Competition Commission prepared an expert opinion in an action before Cantonal Court in Vaud. The main issue in the report was whether under the Cartel Act a manufacturer of **Etivaz cheese** should be allowed access to a maturing cellar operated by the "Coopérative des producteurs de fromages d'alpages 'L'Etivaz'". The answer to the question was no.

The Secretariat participated **in over 30 office consultation procedures** on amendments to legislation and commented on more than 20 parliamentary procedural requests. The Competition Commission also took part in the consultation procedure on Agriculture Policy 2014-2017.

## 3.2 Services

### 3.2.1 Financial services

The Secretariat completed another preliminary investigation into debit cards. The proceedings date back to two reports from MasterCard. Both reports had the introduction of a default interchange fee as their subject matter. The first related to the **Maestro** debit card system, popular throughout Switzerland, and provided for an interchange fee to be charged on all domestic payment transactions initiated by a Maestro debit card. The subject of the second report was the launch of the new **Debit MasterCard** system in Switzerland at the same time as the introduction of an interchange fee for transactions that are carried out using this new debit card. As the current practice of the competition authorities is normally to regard interchange fees as pricing arrangements between the card issuers (the issuers) and the companies who acquire dealers (the acquirers), and both cases relate to similar payment card systems from MasterCard, the preliminary investigations opened into each case were combined into one procedure.

Initially the Secretariat expressed concerns as to the permissibility under competition law of a default interchange fee for the Maestro system. Among the considerations on which this view was based was the fact that Maestro is by far the largest debit card system in widespread use in Switzerland, both for retailers and among card holders, and that it has no real competition, as the VISA debit card system ("VISA V PAY"), despite its introduction having been announced, has yet to come on the market. The introduction of a fallback interchange fee cannot be justified on the grounds of economic efficiency.

The Secretariat therefore also had concerns about the default interchange fee for Debit MasterCard. Based on the PAY case (see RPW 2009/2, 122 ff.), it approved the introduction of such fees for the new debit card from MasterCard subject to certain conditions, primarily that MasterCard does not introduce a default interchange fee for Maestro and also that it does not offer any incentives for issuers and acquirers to change from Maestro to a different debit card system, and in particular to Debit MasterCard.

In a preliminary investigation, the Secretariat looked into the expansion of the activities of the **Gebäudeversicherung Bern (GVB** (Bern Buildings Insurance)) in the private insurance market. With the revision of the Buildings Insurance Act in 2010, the Bern parliament made it

possible for the GVB, in addition its monopoly in offering fire and natural hazard insurance for buildings in the Canton of Bern, to offer voluntary additional buildings insurance such as buildings water damage insurance. The parliament also created the statutory basis for the GVB to carry out ancillary activities (e.g. settling third party claims or the valuation of buildings), provided these are connected with its main activity. Both the Swiss Insurance Association (SVV) and individual insurance companies expressed doubts about the GVB's new presence in the market. In particular, they pointed to the inadequacy of a strict separation between the monopoly area and the supplementary insurance area. In addition, there was a concern that the GVB's plans could lead to it gaining competitive advantages in the market for additional buildings insurance and thus to a distortion of competition. The Secretariat therefore gave the GVB suggestions as to how the expansion of its activities could be made as competitively neutral as possible and be made to conform to the Cartel Act. The GVB accepted these proposals in a letter of intent, thus allaying any concerns over competition law issues.

The Secretariat completed a preliminary investigation into **insurance against the risks of asbestos**. This centred on the question of whether the third-party liability insurers operating in Switzerland in the period from 2002 – 2003 had entered into an agreement to exclude asbestos risks from the general contractual terms of their business liability insurance policies. The Secretariat was unable to find any indications of a breach of competition law, especially as various companies had already decided before the period in question to exclude asbestos risks from general insurance cover in one way or another. The main reason for these exclusions could be identified as international trends in damages actions, which led the insurance industry to lose reinsurance cover and thus made an actuarial reassessment of asbestos risks necessary. Nonetheless, the insurance for such risks has generally not been abolished, but insurance cover has simply been excluded in the general contractual terms, thus refining risk control mechanisms and making improved risk management possible. Individual insurance solutions will therefore be possible in the future and will be offered by insurance companies.

In addition, the Secretariat assessed various **planned mergers** in the financial services sector. Here it should be remembered that in the case of bank mergers, which must be assessed by FINMA on creditor protection grounds (Art. 10 para. 3 Cartel Act), under Article 9 of the Cartel Act, notification must also be given in every case to the Competition Commission. The Secretariat also provided advice on two matters, one relating to a type approval paper by SIX Multipay AG for card terminals and the other to benchmarking of mortgage interest margins in the banking sector.

### 3.2.2 Health markets

The **distribution of medicines in Switzerland** has been subjected to a thorough analysis by the competition authorities as part of a preliminary investigation following several complaints. The aim was to verify the extent to which problems exist in Switzerland throughout the distribution chain, starting from the system of whole-

salers and ending with the retail distributors (pharmacists, dispensing physicians and drugstores). The gathering of information on how the system operates and a more detailed investigation of certain aspects is still ongoing.

Following the interim report, the preliminary investigation into the **sale of hearing aids** has been extended in order to take account of important changes in the market in the course of 2011. The procedure will therefore continue at the start of 2012 and will have to show if there are indications that the prices recommended by the producers eliminate or have a significant effect on competition in the market for hearing aids.

In April 2011, the umbrella association **santésuisse** submitted an agreement concluded by its members (83 health insurance companies) to the competition authorities. The agreement relates to information given to clients in the context of opposition proceedings. The agreement, which took effect on 1 June 2011, prohibits telephone advertising or telephone marketing in general, limits commission paid to brokers and direct sellers to a maximum of CHF 50.- and introduces rules laying down quality criteria for brokers and authorised agents. The competition authorities have been unable to exclude the possibility that the effects of this agreement could raise difficulties under the law on cartels. They have therefore decided to open a preliminary investigation. The procedure will have to determine whether the agreement contains any indications of unlawful restraints of competition.

Several reports of **price differences** between Switzerland and neighbouring countries also related to the health sector. The price of medicines, medical devices, antibodies, biotechnology reagents and veterinary dietary foodstuffs in particular are still the object of several market monitoring operations.

Three cases of **mergers of undertakings** have been analysed in the health sector. The first was the creation of a joint venture for research into and the production of veterinary medicines between Merck & Co., Inc. and Sanofi-Aventis SA. This plan was eventually abandoned by the two companies. Next, the creation of the joint venture known as Vifor Fresenius Medical Care Renal Pharma Ltd. between Galenica and Fresenius: this new company will be active in the field of the nephrology, both in research and development and in the sale and distribution of pharmaceutical products. This plan has been accepted by the Competition Commission. Finally, the repurchase of the health insurance company ProVita by SWICA was not the subject of a final decision by the Competition Commission because SWICA withdrew its notification.

In relation to the **regulated health markets**, the competition authorities were frequently consulted during the discussions on the entry into force of the new financing system for hospitals and the preparation of hospital lists. Based on their opinions published on this subject in 2010, they have stressed to the competent cantonal authorities the importance of allowing public and private providers (hospitals and clinics) as broad an access as possible to the market for hospital services funded by basic insurance, without unnecessary obstacles being

placed in the way of the economic freedom of the companies and of free competition. In the course of the year, the competition authorities expressed their opinions on various planned legislative amendments and responded to a number of parliamentary procedural requests.

The Secretariat expressed reservations in connection with the bill for a new **Federal Act on the Supervision of Social Health Insurance**. In the view of the Secretariat, the bill contains various provisions that threaten to restrict the economic freedom of health insurance companies excessively, without such provisions being absolutely essential for the supervision of providers. This would in the long term run counter to the aim of the legislature to facilitate effective competition between health insurance companies.

### 3.2.3 Liberal professions and professional services

In December 2011, the investigation conducted against **TicketCorner AG and Hallenstadion Zurich AGH** was concluded. The Competition Commission did not regard as unlawful the fact that the organisers of events at the Hallenstadion were required to sell at least 50 % of the tickets distributed by third parties via Ticketcorner. The investigation revealed that Hallenstadion was not in a dominant position and that the quota system for the tickets in this performance venue had no significant effect on competition.

In the course of the summer, an investigation was opened against the **International Federation of the Phonographic Industry (IFPI)**, Swiss section, due to an agreement suspected of limiting the possibility of parallel imports into Switzerland of certain musical products, such as compact discs (CDs). The proceedings are also intended to analyse the compilation of the charts underlying the Swiss hit parade. Finally, the proceedings will also study the impact of the Media Promotion Network (MPN), which promotes musical works and facilitates both access to new musical works by the radio media and provides data on these works to journalists specialising in this field.

The professional services sector was also affected by the problem of the **strong franc**. Numerous complaints were processed on a wide variety of matters, including package holidays and computer programs. Several complaints led to detailed investigations, some of which are still ongoing. In a large number of cases, the failure to pass on exchange rate benefits follows decisions taken within a group of undertakings, which excludes the application of Cartel Act due to the principle of "group privilege". According to this principle, agreements concluded between undertakings belonging to the same group are not unlawful, as the group constitutes a single economic entity.

In the course of this year, new complaints were made against **ski lift companies**, due to alleged unequal treatment of ski schools. In previous years, the Secretariat had already dealt with several complaints relating to ski schools and their relationship with ski lift companies. In 2007, the Swiss association for ski lifts prepared a recommendation for its members at the request of the Secretariat. This basically called on them to guarantee equal treatment to ski schools, subject to certain condi-

tions (participation of the ski schools in mountain rescue activities, promotion of tourism, etc.). This recommendation was well received, but new complaints have been received suggesting there may still be unequal treatment. The investigations are continuing.

At the end of the year, the Secretariat received a complaint from l'Olympique des Alps SA/FC Sion (**FC Sion**) relating to the Union of European Football Associations (**UEFA**) and its refusal to allow FC Sion to participate in the Europa League. According to FC Sion, UEFA abused its dominant position by not complying with an interim order issued on 5 October 2011 by the Vaud Cantonal Court. Having noted that proceedings were being conducted at the same time before the civil and arbitration courts, the Secretariat accordingly decided, following its regular practice, not to take up the issue.

Finally, various complaints were made over the year relating to a range of fields relevant to professional services. These complaints led to proceedings, some of which are still ongoing. The following cases drew special attention. The first concerns the **distribution of cinematographic works** in Switzerland. The proceedings related to certain film distribution companies, and various cinemas. Certain of the latter claimed to be discriminated against when compared with large groups, in that they did not receive copies of films until a certain time after their official launch. These cinemas therefore lost out on part of the market, as the highest box office returns are primarily achieved in the first few weeks after the launch of a film. Also considered were issues relating to websites allowing the **online booking of overnight stays in hotels**. Certain hotels claimed that websites providing an online reservation service were abusing a dominant position. According to the reports received, in recent years these sites have become essential players in the hotel industry and were abusing their position in the market by imposing high commissions based on the price of an overnight stay at the hotel. They also imposed a range of unfair commercial conditions, such as the "lowest price" system, according to which the hotelier should bill guests who book online with the lowest practical price for an identical room on the day they make their booking. This type of clause prevents hotels from making their own special last minute offers when they have empty rooms. The investigations are still ongoing.

### 3.3 Infrastructure

#### 3.3.1 Telecommunications

The priority in relation to telecommunications this year was once again **optical fibres**. Swisscom and the regional energy supply companies for the cities of Basel, Bern, Geneva, Lucerne, St. Gallen and Zurich have agreed to jointly construct Fibre-to-the-Home (FtTH) optical fibre networks. The partners submitted certain clauses of their cooperation agreements to the Secretariat in accordance with Article 49a paragraph 3 letter a of the Cartel Act. As some of these clauses contained indications of unlawful agreements affecting competition, the Secretariat opened several preliminary investigations in the course of spring 2011. A detailed market analysis including the questioning of significant market participants eventually revealed that the clauses submitted to the Secretariat were agreements on quantities and prices

and on the allocation of markets according to trading partners. In view of this, the Secretariat was unable to rule out the possibility that effective competition would be eliminated. The Secretariat informed the partners of its concerns in a detailed final report: the Cartel Act does not permit relief from the threat of sanctions in this case. The findings did not however mean that the critical contract clauses would be prohibited, but the partners will still run the risk of competition law sanctions being imposed (for more on the subject of optical fibres see 6.2 below).

In November 2010, the Competition Commission received notification of a planned merger between Swisscom and **Groupe E** for the construction of an FtTH optical fibre network in the Canton of Fribourg. After the Competition Commission had decided in December 2010 to subject the planned merger to a detailed examination, it held in May 2011 that the planned joint venture did not have the character of full functionality and at the same time decided that the plan did not have to be reported. In the course of its detailed examination, however, the Secretariat identified competition law issues in certain clauses of the agreement between Swisscom and Groupe E. The Secretariat therefore opened a preliminary investigation on suspicion of an unlawful agreement affecting competition.

The court judgment in the case on **mobile telephony termination charges** has been instrumental in determining the future approach of the Competition Commission to cases of pricing abuses. In its judgment of 20 April 2011, the Swiss Federal Supreme Court dismissed the appeal filed by the Federal Department of Economic Affairs (FDEA) against **Swisscom Mobile** and thus upheld the related judgment of the Federal Administrative Court. The Swiss Federal Supreme Court assumed in its decision – in derogation from the current practice of the EU Commission and the EU courts – that the element of "coercion" in price abuse cases must be proved independently. This meant that the threshold for intervention when combating price abuses under the Cartel Act has been raised. As a result, the **Mobile Telephony Termination II** proceedings against Swisscom, Sunrise and Orange, which had been suspended by the Competition Commission pending the decision of the Federal Supreme Court, were abandoned in December 2011.

#### 3.3.2 Media

In relation to the media industry, the Competition Commission was required to review several mergers:

Tamedia notified three mergers to the Secretariat in 2011: **Tamedia AG/car4you, car4you Switzerland AG (Tamedia)/www.auto-online.ch and Tamedia AG/Doodle AG**. In the first two mergers, the Competition Commission concluded that only the market for users/readers of (print/online) classified advertisements in French-speaking Switzerland is affected, and that due to the current competitive situation and the expected market development, the companies involved would show sufficient discipline. The merger involving Tamedia AG and Doodle AG affected two markets: the market for national banner advertising in German-speaking Switzerland and the market for national banner advertising in French-speaking Switzerland. Again in relation to this

plan, the Competition Commission took the view that competitors would ensure adequate discipline in the market. The Competition Commission therefore declared all three mergers to be unobjectionable in the preliminary examination.

In mid-December 2011, a planned merger involving **NZZ/Ringier/Tamedia/cXence** was submitted for preliminary examination. The companies involved intend to establish a joint venture known as PPN AG in order to market available inventory on websites. It is planned to publish the advertising in a user-specific manner in the available inventory of NZZ, Ringier and Tamedia. The result of the preliminary examination will be announced at the start of 2012.

Also in December 2011, the Competition Commission was notified of planned mergers involving **Tamedia/Bilan/Tribune des Arts**. After Edipresse decided to make a partial withdrawal from the Swiss sectors for financial and economic print media and lifestyle magazines, Tamedia intends to take over the two remaining Edipresse titles, "Bilan" and "Tribune des Arts" and to expand its business operations in French-speaking Switzerland. The month allowed for the preliminary examination will run into 2012.

As part of the reassessment of the **award of broadcasting licences for regional television and radio channels**, the Competition Commission has been instructed to provide three expert opinions to OFCOM following the related judgment of the Federal Administrative Court was issued on 7 December 2009. These assignments to investigate potential dominant positions cover the regions of eastern Switzerland, south-eastern Switzerland and Aargau and focus on the NZZ Group (TV), the Sudostschweiz Mediengruppe (Radio) and the AZ-Mediengruppe (Radio) respectively. The expert opinion for the eastern Switzerland region was already completed on 28 February 2011 and submitted to OFCOM. The opinions for the south-eastern Switzerland Region and the Aargau Region, which were commissioned in autumn 2011, should be completed in the first quarter of the coming year.

In summer 2011, a referendum on a book price maintenance act was successfully requested and the vote on the introduction of this act will be held 11 March 2012. As a result, the Competition Commission suspended its investigation into **book pricing in French-speaking Switzerland** until the final result of the referendum is published in the Official Federal Gazette.

The Secretariat will complete its preliminary investigation into **SDA pricing policy** at the start of 2012. The Secretariat examined evidence suggesting that the SDA may have abused its position in the market through the structuring of its pricing system. The main focus was on the discounting policy of the SDA, and in particular the granting of exclusivity discounts, and on the coupling of offers. In addition, the transaction between the Deutscher Depeschendienst (ddp) and the SDA, as a result of which the former AP Switzerland was closed down at the start of 2010, will be more closely examined, as there are indications for the existence of a territorial agreement.

### 3.3.3 Energy

The Competition Commission also had to assess a number of mergers in the energy sector. Worthy of mention is the merger involving **Fluxys G SA/Eni Gas Transport Deutschland S.p.A./Eni Gas Transport GmbH/Eni Gas Transport International SA/Transitgas AG/Swissgas AG**. This related to the acquisition by Fluxys G of sole control of three companies, Eni Gas Transport GmbH, Eni Gas Transport Deutschland S.p.A. and Eni Gas Transport International SA, as well as the acquisition by Fluxys G and Swissgas of joint control of Transitgas AG. In these merger proceedings, the Competition Commission carried out a definition of the market for natural gas for the first time, based on the case law from the EU. In its preliminary examination, the Competition Commission declared the merger to be unobjectionable.

In the course of opposition proceedings, the Secretariat opened a preliminary investigation in the case of **Erdgas Zentralschweiz (EGZ)**. This relates to an inter-trade agreement that the EGZ – acting through its owners, who at the same time are customers – concluded with its customers. This inter-trade agreement includes regulations on calculating the network use charge by different methods, depending on whether the two shareholders or third-party customers are involved. The Secretariat must therefore assess in the preliminary investigation whether third-party customers are being discriminated against by these network use charge regulations when compared with the shareholders.

The monitoring of the market relating to **offers for major consumers** was successfully concluded. The matter related to the question of whether agreements exist between electricity companies that result in major consumers not receiving any competitive offers if they have withdrawn from the system of universal provision of services. The Secretariat decided against opening a preliminary investigation because the survey of major consumers revealed no indications of an unlawful agreement affecting competition.

The Secretariat continued its monitoring of the procurement of **system services** by Swissgrid. The Secretariat concluded that even after the abolition of the price limits, the prices did not increase again.

The Secretariat was also involved as a member of the "G Component" working group in the preparatory work for the **revision of the Electricity Supply Act**. The working group in particular tackled the issue of the introduction of a power plant component.

### 3.3.4 Other sectors

The Secretariat abandoned the preliminary investigation into the **eggs market**; there were no indications of any restraint of competition. First of all, the Secretariat established that the egg producer that was the subject of the report did not hold a dominant position and would be acting contrary to its own interests if it were to displace or exploit production equipment manufacturers. Secondly, the Secretariat held that there was no agreement affecting competition between the egg traders and the egg producers.

The Secretariat opened a preliminary investigation into Swiss Post relating to a new **business customer pricing system for letter post services**. There are indications that the system of discounts in the new business customer pricing system for letter post services could prevent rival companies from competing and could foreclose the market. The preliminary investigation should be concluded in the first quarter of 2012.

### 3.4 Internal market

On 1 July 2006, the revised Internal Market Act came into force. The main issue in this revision was to consolidate market access rights and to make requirements for the permitted restrictions on market access stricter. In 2011, the Competence Centre reviewed the first five years of the revised Internal Market Act and concluded that Parliament's desired improvement in market access rights for non-local suppliers had been consistently achieved. The Competition Commission made regular use of its right of appeal (Art. 9 para. 2bis IMA), which was introduced in the revision and which has proved to be a very effective instrument in enforcing market access rights.

The Swiss Federal Supreme Court acknowledged Parliament's concerns in its landmark decision on the revised Internal Market Act BGE 134 II 329 (Inclusion of traineeships in the rules on lawyers' freedom to practise) and confirmed its liberal practice in 2011.

One of the priorities in 2011 was again cantonal and communal restrictions on market access for non-local taxi companies. The Competence Centre was contacted by various cantonal and communal regulators and offered its advice on plans to issue new or revised taxi regulations. At the same time, the Secretariat regularly received complaints from taxi companies. In particular, taxi companies in rural communes claim that they are denied access to the market in the cities. An appeal filed by the Competition Commission against restrictions on market access imposed by the Canton of Geneva on taxi companies from other cantons is still pending before the Geneva Administrative Court. The Swiss Federal Supreme Court contributed to the opening of the internal market in taxi services with an important decision in which it held that call centres may not be prohibited from assigning taxi jobs to non-local taxi companies (Swiss Federal Supreme Court judgement 2C\_940/2010 of 17 May 2011 E. 5.2).

In the course of 2011, the Competence Centre dealt with several submissions from private individuals from a wide variety of economic sectors. In response to some of these submissions, the competence centre contacted the relevant communal and cantonal authorities and was thus able to ensure access to the market in accordance with the internal market legislation.

### 3.5 Investigations

In 2011, the Competence Centre for Investigations made selective but practice-relevant alterations to the fact-sheet on how to act during searches of premises. In line with the Criminal Procedure Code (Art. 264 CrimPC), which came into force on 1 January 2011, the protection afforded to lawyers' correspondence was extended.

Lawyers' correspondence is now exempt from seizure, regardless of where it is found and when it was created.

In the report year, the Competence Centre for Investigations continued to maintain contacts with Swiss and foreign authorities in relation to IT forensics, and indeed increased its interest with the result that one employee of the Secretariat was able to benefit from an internship in the corresponding section of the French Competition Authority. The Competence Centre for Investigations for its part trained the new Secretariat employees and prepared them for conducting searches of premises and making seizures.

In November 2011, the Competence Centre for Investigations together with the Product Markets Service planned and carried out a major series of searches of the premises of sanitation equipment wholesalers. This involved cooperation between the Secretariat and the police authorities in 5 cantons as well as the Federal Criminal Police. For the first time, the Secretariat, at the same time as conducting the searches, also questioned persons at the search locations.

### 3.6 International

**OECD:** Representatives of the Competition Commission and of the Secretariat attended the meetings of the OECD Competition Committee, which are held three times a year in Paris. The delegation, in cooperation with SECO, prepared and presented several contributions. In various sessions the issue of mergers (requirements, econometric analysis, effects of decisions) and the subject of encouraging compliance with the law and of compliance programmes were raised on several occasions. The Competition Committee decided to draw up a recommendation relating to public procurement. In a new move, strategic issues for the coming years were examined in greater detail by the Committee. These included international cooperation and the evaluation of the activities and the decisions of the competition authority.

**ICN:** Two representatives of the Swiss authority took part in the 10<sup>th</sup> Annual Conference of the ICN, which was held in The Hague from 17 to 20 May 2011. The ICN Cartel Workshop took place from 10 to 13 October 2011 in Bruges. The mergers subgroup organised several teleseminars on issues relating to mergers of undertakings. The subgroup on unilateral conduct continued its work producing a guide on the analysis of the abuse of dominant positions.

**UNCTAD:** The 11th Conference of the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy (IGE) was held from 19 to 21 July in Geneva. The competition authorities were represented by the Director and the President. The matters dealt with at the conference included a presentation and discussion of the results of the Peer Review of Competition Law and Policy in Serbia, which was chaired by the President and funded by SECO. As part of the COMPAL Programme, which has the aim of training and strengthening competition authorities in Latin America, two female trainees from Latin America completed internships of three months each in the Secretariat of the Competition Commission.

**EU:** Following the approval of a negotiation mandate by the Federal Council in August 2010, the negotiations on

an agreement aimed at closer cooperation between the Swiss and European competition authorities began on 25 March 2011 in Brussels. The planned bilateral agreement should ensure that the provisions of cartel law are applied more effectively by both sides. The instrument should also regulate the possibility of the exchange of confidential information. The negotiations were conducted throughout the year, either as face-to-face meetings, video conferences or telephone conferences. The agreement should probably be signed in the first half of 2012.

**Bilateral relations:** Relations were cultivated in particular with the German, French and Austrian competition authorities. On a working visit by the Ukrainian competition authority to Bern, a memorandum of understanding on cooperation was signed.

**Vietnam project:** This year the three-year project "Strengthening the Vietnamese Competition Authorities" was concluded. The project had the aim of strengthening and supporting the Vietnamese competition authority (VCA), which was established in 2006. In 2011, an employee of the Vietnamese authority completed a three-month internship in the Secretariat. The project, which was financed by SECO, was subjected to an external audit following its completion.

## 4 Organisation and Statistics

### 4.1 Competition Commission

In 2011, the Competition Commission held 18 plenary sessions. At the end of 2011, the four-year term of office of the members of the Competition Commission expired. The members **Vincent Martenet** (President), **Stefan Bühler** (Vice-President), **Evelyne Clerc**, **Andreas Heinemann**, **Andreas Kellerhals**, **Daniel Lampart**, **Jürg Niklaus**, **Thomas Pletscher** and **Johann Zürcher** were re-elected for the period of office 2012-2015.

The following members stood down at the end of 2011 due to the expiry of their maximum term of office or for reasons of age:

- **Martial Pasquier**, Professor at the University of Lausanne, former Vice-President of the Competition Commission;
- **Anne Petitpierre**, Professor Emeritus at the University of Geneva;
- **Rudolf Horber** (Swiss Union of Crafts and Small and Medium-Sized Enterprises).

They were replaced for the 2012-2016 period by the following persons:

- **Winand Emons**, Professor at the University of Bern;
- **Armin Schmutzler**, Professor at the University of Zurich;
- **Henrique Schneider** (Swiss Union of Crafts and Small and Medium-Sized Enterprises).

At the same time as these elections, the Federal Council appointed **Andreas Heinemann**, Professor at the University of Zurich, to be Vice-President of the Competition Commission from 1 January 2012.

**Martial Pasquier** joined the Competition Commission on 1 July 1998 and was its youngest member at the time. He quickly took on an important role, as a professor of economics with a wealth of practical experience and as the bridge builder between economists and lawyers. As a pragmatist, he wanted to decide on cases efficiently. He always remained true to this role in his 14 years as a member of the Competition Commission. As a member of the former product markets chamber and also later, he stamped his mark on many important decisions made by the Competition Commission. His special concerns included both in-house communication and communication with the public. He made important proposals and brought about changes in communication that have been adopted as standard today. He was always committed to ensuring that the Competition Commission communicated its decisions actively, properly and objectively. Thanks to his achievements, the Federal Council appointed him Vice-President of the Competition Commission at the start of 2011. He leaves the Competition Commission in the knowledge that he contributed a great deal to current practices on the Cartel Act.

**Anne Petitpierre** was a member of the Competition Commission from the start of 2003. With her comprehensive knowledge of environmental and economic law, she helped to include these disciplines in the way that competition law is applied. She was also a great enthusiast for the concept of interdisciplinarity, a matter she successfully brought into deliberations time and again.

**Rudolf Horber** (Swiss Union of Crafts and Small and Medium-Sized Enterprises) joined the Competition Commission at the start of 2001. He had an excellent understanding of how to make competition law more relevant to SMEs, adopting the role of ambassador by regularly stressing the fundamentals and goals of competition law and explaining it using practical examples. The appropriate treatment of small and micro-enterprises in the application of the Cartel Act was always an important concern for him. With his pragmatic approach, he also made many valuable contributions to the deliberations on demanding cases.

The Competition Commission would like to thank these three members for their efforts and wishes them every success in their professional future.

### 4.2 Secretariat

A major challenge facing the Secretariat since July 2011 has been how to deal with the failure to pass on foreign exchange benefits. The Secretariat received more than 370 complaints from consumers and businesses. Its aim was to process the reports quickly and where necessary, to open proceedings as pilot projects. To this end, a Task Force was set up in mid-August 2011, in which four persons dealt exclusively with the detailed reports and initiated new proceedings (see 6.1.). However this required a reassessment of priorities as well, because the Task Force was made up of experienced members of staff. The Secretariat received support from the FDEA, which provided additional resources for the four positions in the Task Force until the end of 2011.

As a result of the allocation of new personnel resources from 2012 onwards, the Secretariat will be able to add around ten new employees to its workforce.

At the end of 2011, the Secretariat employed 68 (previous year 62) members of staff (full-time and part-time), 41 % of whom were women (previous year 45 %). This corresponds to a total of 58.6 (previous year 53.6) full-

time positions. The staff was made up as follows: 45 specialist officers (including the Executive Management, corresponding to 40.3 full-time positions; previous year 37.9); 10 (previous year 7) specialist trainees, corresponding to 10 (previous year 7) full-time positions; 13 members of staff in the Resources and Logistics Service, corresponding to 8.3 (previous year 8.9) full-time positions.

### 4.3 Statistics

Investigations	2011	2010
Carried out during the year	21	20
Carried over from previous year	16	14
Opened	5	6
Final decisions	6	5
Amicable settlements	1	3
Administrative rulings	4	2
Sanctions under Art. 49a para. 1 Cartel Act	2	3
Procedural rulings	3	7
Precautionary measures	1	2
Sanctions proceedings under Art. 50 et seq. Cartel Act	0	0
Preliminary investigations		
Carried out during the year	40	22
Carried forward from previous year	12	15
Opened	28	7
Concluded	27	13
Investigations opened	1	3
Modification of conduct	7	6
No consequences	18	4
Other activities		
Notifications under Art. 49a para. 3 let. a Cartel Act	22	13
Advice	39	56
Market monitoring	62	105
Reports of failure to pass on foreign exchange benefits	371	n.a.
Other enquiries	566	374
Mergers		
Notifications	30	34
No objection after preliminary examination	29	29
Investigations	1	1
Decisions of the Competition Commission	1	1
after preliminary examination	0	0
after investigation	1	1
Early implementation	1	0
Appeal proceedings		
Total number of appeals before the Federal Administrative Court and Federal Supreme Court	11	14
Judgments of the Federal Administrative Court (Federal Administrative Court)	1	8
Success for the competition authority	1	6
Partial success	0	1
Judgments of the Federal Supreme Court	1	0
Success for the competition authority	0	0

Partial success	0	0
Pending at the end of year (before Federal Administrative Court and Federal Supreme Court)	9	9
Expert reports, recommendations and opinions, etc.		
Expert reports (Art. 15 Cartel Act)	1	0
Recommendations (Art. 45 Cartel Act)	0	0
Expert opinions (Art. 47 Cartel Act or 11 TCA)	1	2
Follow-up checks	3	0
Notices (Art. 6 Cartel Act)	0	2
Opinions (Art. 46 para. 1 Cartel Act)	219	177
Consultation proceedings (Art. 46 para. 2 Cartel Act)	8	5
IMA		
Recommendations / Investigations (Art. 8 IMA)	0	0
Expert opinions (Art. 10 I IMA)	1	2
Explanatory reports (Secretariat)	26	19
Appeals (Art. 9 para. 2 <sup>bis</sup> IMA)	1	2

The statistics show that there were no significant changes in comparison with the previous year in the case of investigations, mergers, appeals, expert opinions, etc. and Internal Market Act procedures. The number of investigations conducted has remained constant, although there can be major differences in the workload involved in different investigations, depending on whether they relate to simple or complex allegations and whether they can be concluded with an amicable settlement or by ordinary proceedings.

Notable differences from the previous year can be seen firstly in the case of the preliminary investigations. There account must be taken of the numerous and complex preliminary investigations in the optical fibre dossier. Secondly there were the complaints about the failure to pass on foreign exchange benefits and other related enquiries, which involved dealing with a large number of reports (in total over 900).

## 5 Revision of Cartel Act – Current Status of the Work

On 25 March 2009, the Federal Council approved its report to Parliament on the evaluation of the Cartel Act, as required by Article 59a of the Cartel Act, and delivered its opinion on the measures to be taken. Subsequently, on 30 June 2010, the Federal Council began the **first consultation procedure on the partial revision of the Cartel Act**. This consultation stage covered six points: an institutional review of the competition authority, the improvement of the opposition procedure, the revision of the procedure for vertical agreements, the enhancement and simplification of merger control, creating a legal basis for better cooperation with the foreign competition authorities and the consolidation of the civil procedure relating to cartel law.

At the same time as the evaluation and the follow-up work which led to the first Cartel Act revision bill, Parliament considered the **Schweiger motion** (07.3856) on "Competition Law: A balanced and more effective system of sanctions". This calls firstly for a sanctions reduction based on compliance programmes (programmes ensuring that the provisions of cartel law are respected),

and secondly, the introduction into the Cartel Act of criminal penalties for private individuals. Based on a legal opinion prepared by the professors of criminal law Günter Heine, from the University of Bern, and Robert Roth, from the University of Geneva, together with work carried out within the Administration, the Federal Council, some months after the definitive submission of the motion, opened a **second consultation** which began on 30 March 2011 and was completed on 6 July 2011. It declared its willingness to implement the first part of the motion, i.e. the reduction of sanctions imposed on companies that take compliance measures, but expressed its reservations with regard to the introduction of criminal penalties against private individuals, whether as administrative measures (prohibition from practising a profession and forfeiture of financial benefits such as bonuses), or as criminal sanctions (monetary penalties or custodial sentences).

Following the significant rise in the value of the Swiss franc, certain sectors, in particular the export industry, experienced economic difficulties. This worrying situation led the Federal Council to decide on 17 August 2011 to intervene with a series of measures intended to support the Swiss economy. The proposed measures included moves to stimulate competition in Switzerland by guaranteeing the better passing on of the reduced costs obtained by companies by making purchases abroad. Agreements between companies can effectively obstruct such an effect, thus damaging domestic competition, since they prevent companies active in the Swiss market or in the export industry and final consumers from benefiting from foreign exchange gains. As a result, the Federal Department of Economic Affairs (FDEA) was handed the responsibility for preparing an amendment to Article 5 of the Cartel Act, in order to introduce a more effective ban on horizontal agreements on price fixing, quantitative restrictions and the allocation of territories, as well as vertical agreements on prices and territorial foreclosures, while allowing parties concerned the opportunity to justify their conduct. In order to guarantee the swift implementation of the amendments, the **third consultation** round on the revision of Cartel Act was

begun on 23 September 2011 and took place as a conference on 5 October 2011. The participants invited to the conference were also given the opportunity to submit a written statement of their position.

Based on the results of the consultation procedure, on 16 November 2011 the Federal Council set out the basic parameters for the revision of the Cartel Act and instructed the FDEA to prepare a dispatch to Parliament on the revision of the Act by the start of 2012. The parameters for the revision are as follows:

- institutional reforms making the competition authority an institution of the decentralised Federal Administration and establishing a Competition Court as a chamber of the Federal Administrative Court; reduction of the number of stages of appeal in proceedings;
- Amendment of Article 5 of the Cartel Act (partial prohibition of cartels with the possibility of justifying horizontal price, quantity and territorial agreements and vertical territorial foreclosures and price fixing agreements);
- Increase in opportunities to bring private actions (extending the right to bring legal proceedings to end customers);
- Change in assessment criteria for the merger control procedure (introduction of the SIEC test) combined with a relaxation of regulations on undertakings in the case of mergers with defined international markets and in relation to deadlines (harmonisation with conditions in the EU);
- Reduction of sanctions where there are suitable programmes to ensure compliance with the provisions of cartel law (compliance programmes);
- Improvement of the administrative appeal procedure (reduction of the filing period to two months, possibility of sanctions being revived only on the opening of an investigation).

## **6 Special Issues in 2011**

### **6.1 Failure to pass on foreign exchange benefits**

#### **6.1.1 Development of the situation**

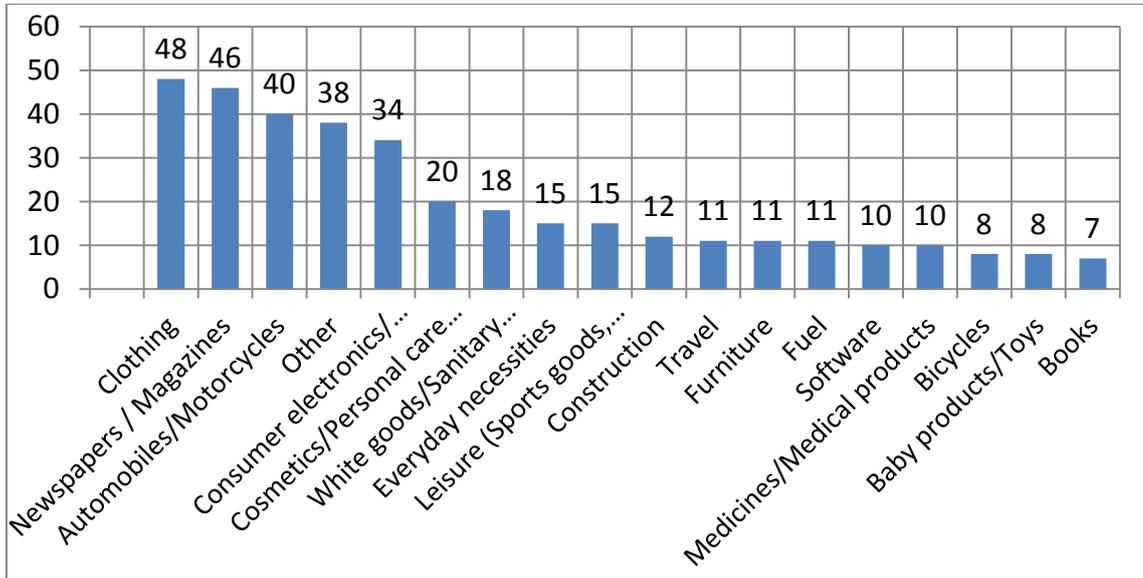
In the Annex to its Annual Report for 2010 (RPW 2011/1) under the title "Problem caused by the failure to

pass through foreign exchange benefits in full and opportunities to intervene under competition law", the Competition Commission outlined the difficulties caused by the falling value of the Euro and explained what action the competition authority could specifically take. This is limited to intervening in cases of the abusive use of market power and of agreements affecting competition that foreclose markets. It also gave a variety of reasons why changes in the exchange rate do not automatically and quickly lead to equivalent changes in consumer prices. It was more often the case according to the 2010 Report that only part of the foreign exchange gains passed through to the consumer, and in most cases there was a delay before this happened.

As a result of the exchange rate developments in the summer of 2011, the Secretariat was confronted with a growing number of reports. The majority (85 %) came from consumers. The reasons for this high number included the fact that the €/CHF exchange rate had reached an all-time low – on 10.08.2011, the €/CHF rate of exchange fell below 1.03 – and the request made by the Competition Commission in the media for the public to report specific cases of companies failing to pass on foreign exchange benefits. In addition, at the beginning of August, the Competition Commission made a form for "Incomplete passing on of exchange rate benefits" available on its website on its Services page. A "Strong Franc Task Force" was also set up (comprising 4 members) in order to devote suitable attention to this important problem and make sufficient resources available. In the initial phase, further action on the matter also had to be coordinated in-house.

The Task Force recorded all the reports in one place and then, following a cursory assessment, allocated them both according to sector and to the potential violations. From these categories, sample cases were taken up and, depending on the available evidence, continued as market monitoring procedures, preliminary investigations or investigations. The work also included drawing up regular progress reports for submission to the Director.

In order to illustrate the main concerns among the general public, the following graph shows the reports received according to sector:



A large number of complaints related to magazines. In most of these cases, the complaints were about price differences between Switzerland and its neighbouring countries. The Cartel Act offers no solution in such cases because they almost always involve matters agreed within corporate groups. In order to examine the question of whether a company with market power might be guilty of abusing prices, such reports were passed on by mutual consent to the Price Supervisor, which has been actively examining the magazine industry since the start of 2011.

The complaints relating to clothing also predominantly related to price differences between Switzerland and its neighbouring countries. Depending on the quality of the evidence, the competition authorities conducted investigations in certain cases, particularly where reputable foreign manufacturers were involved. To this end, several market monitoring procedures were begun because the reports received did not on their own make it possible for the competition authorities to begin formal proceedings (preliminary investigation or investigation). These market monitoring procedures have still to be concluded.

In addition, it may be said of the complaints received that it was members of the public in particular who wanted to bring potential irregularities to the attention of the competition authorities, but the allegations in most cases were not backed up by sufficient evidence, not sufficiently documented or not documented at all. In those cases where there was clear evidence of restraints of competition, the competition authorities carried out further investigations, which were highly detailed in some cases. In relation to certain complaints, the Secretariat checked the alleged price differences and established that they were not actually as high as claimed (for example in the case of Nivea Cream). In every case, the member of the public concerned was sent a summary of the legal assessment of the case.

In the sectors for automobiles/motorcycles, consumer electronics/electronic equipment, cosmetics/personal care products, white goods/sanitation, leisure, travel, everyday goods, construction, software, bicycle and

baby goods, the competition authorities took action in response to complaints from members of the public. Further information on the resultant proceedings is given in the next Section.

### 6.1.2 Proceedings

Last year, the Competition Commission made two landmark rulings on the issue of market foreclosure. In the first, it fined NIKON for obstructing parallel imports and thus reaffirmed its practice in the Gaba decision (both rulings have yet to become legally binding; the Federal Administrative Court has still to rule on the appeal filed by Gaba at the start of 2010). In the second decision, in the investigation into online trading, it underlined that restrictions of online trading are permitted only subject to very strict competition law requirements. This also applies to cross-border online trading.

Based on complaints made by members of the public and professionals, as well as the results of market monitoring, the Secretariat of the Competition Commission on 22 November 2011 searched of the offices of the **Schweizerischer Grosshandelsverband des Sanitären Branche (SGVSB) and five sanitary equipment wholesalers in Switzerland**. There were specific indications that the companies concerned had entered into price and territorial agreements.

A number of reports were received from members of the public and from businesses relating to **Jura Elektroapparate AG**. Usually these criticised Jura's warranty policy, which basically prevents unauthorised retailers from providing services under the warranty. The reports primarily related to products that had either been purchased online or in other European countries. There were clear indications that parallel imports were being restricted. A related investigation was opened on 26 October 2011.

In relation to **cosmetic products**, the Secretariat opened an investigation on 26 October 2011 into Care on Skin GmbH for a possible restriction of parallel imports and of online trading. Beauticians claimed that they were prohibited from buying **Dermalogica** products via online shops. It is also impossible to import the products

into Switzerland from neighbouring countries. In one other case, despite some evidence, the allegations were regarded as insufficiently substantiated. Accordingly, in October a preliminary investigation was opened into another distributor of cosmetic products. Lastly, two market monitoring procedures are being carried out in relation to nail cosmetics and body care products.

On 25 October 2011, a preliminary investigation was opened into various market participants in response to allegations that they are influencing **pricing in online shops** and in particular the prices published on comparison sites. The exertion of such influence could constitute a retail price maintenance agreement, which according to the recently published Competition Commission ruling on the restriction of online trading (see above Section 3.1.1) is regarded as particularly problematic.

In connection with **online trading**, reports also led to two market monitoring procedures being started in the sports clothing and sports shoes sectors and in relation to software.

A preliminary investigation was opened into a well-known Swiss **electric bicycle manufacturer** in October due to indications of price fixing agreements. The competition authorities obtained information that the manufacturer is putting pressure on retailers to determine their pricing policy. In addition, a market monitoring procedure is ongoing due to a possible foreclosure of territory by another Swiss bicycle manufacturer.

Many members of the public have complained to the competition authorities that **motorcycles and spare parts** manufactured by the well-known American company Harley Davidson cannot be purchased on the Internet, in neighbouring countries or in the USA itself. As a result, a preliminary investigation was opened in November.

In the past six months, based on complaints from members of the public, **market monitoring procedures were also opened in relation to the following products**: printer cartridges, air conditioning equipment, pet accessories, baby milk and prams and pushchairs. It should be added that a preliminary investigation was opened into the secondary construction industry in September on suspicion of an absolute territorial foreclosure arrangement by a northern European manufacturer. This preliminary investigation was successfully concluded by modifying the distribution agreement.

In response to the strong franc, Federal Councillor Schneider-Ammann held a round table on 10 August 2011 with participants including representatives of food retailers. They claimed that they were dependent on certain (multinational) brand product suppliers to the extent that specific brand products had to be included in their range if they were to prevent the loss of customers. In relation to these products – known as **must-stock products** – the local retailers were bound by the prices dictated by the suppliers and were unable to exercise any effective pressure in order to obtain lower (Euro compatible) cost prices.

The Secretariat has invited the main food retailers to provide the relevant information immediately so that a competition law assessment can be made of their allega-

tions. The food retailers have yet to respond to this offer. They have justified this in part by saying that in the meantime numerous multinational producers have reduced their sales prices in the Swiss retail trade and thus allowed Swiss customers to enjoy the foreign exchange benefits resulting from the strong Swiss franc.

In addition to the proceedings mentioned, reports have been received that are currently being examined by the competition authorities and which may lead to further proceedings being opened where there is evidence of unlawful restraints of competition. In view of the heavy workload incurred due to the proceedings already opened, any new cases that have to be opened will be placed on hold.

There are also **ongoing investigations** relating to cases in which the Swiss market is allegedly being foreclosed, retail prices imposed or Switzerland is being further established as an "island of high prices" by other unlawful means. In this connection, special mention should be made of the ongoing proceedings against BMW and Roger Guenat SA (alpine sports products) (see Section 3.1.1).

### 6.1.3 Current situation

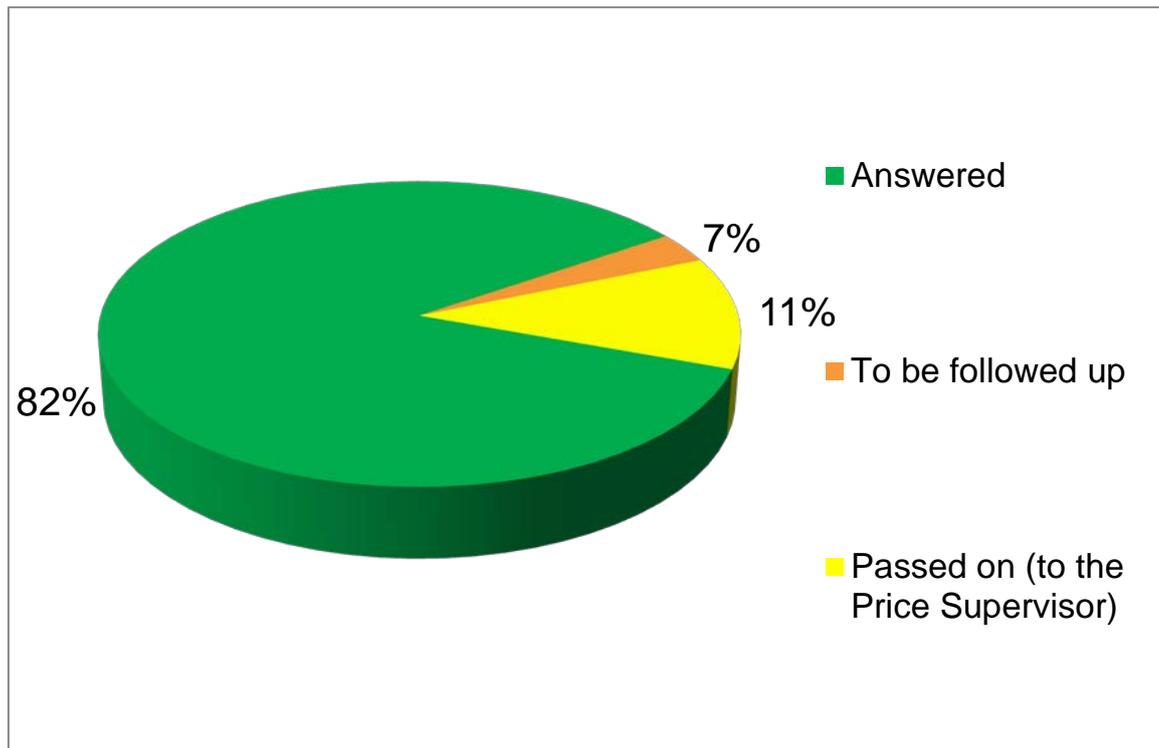
As already explained, the Secretariat still regularly receives reports but there has been a substantial reduction in the number of these. This is certainly due to the intervention of the Swiss National Bank (SNB) on 6 September 2011, although according to the SNB, the franc is still overvalued at an exchange rate of 1.20<sup>1</sup>. A further weakening of the franc in relation to the Euro or a "normalisation" of the exchange rate would further ease the problem.

However, in certain sectors there are indications that lower purchase costs are finally being reflected in lower prices for consumers (according to figures from the Federal Statistical Office, Swiss import prices fell from December 2009 to November 2011 on average by 6 %, excluding commodities and other products with highly fluctuating prices). Here mention should be made, for example, of discounts in the automotive sector.

In addition, it has become apparent that businesses can on their own initiative ensure that exchange rate benefits are passed on to the retail trade and customers, provided they are willing to take appropriate measures. A prominent example is the Coop's desourcing campaign.

<sup>1</sup> [http://www.snb.ch/de/mmr/reference/pre\\_20110906/source/pre\\_20110906.de.pdf](http://www.snb.ch/de/mmr/reference/pre_20110906/source/pre_20110906.de.pdf)

As of 22 December 2011, progress with processing the reports received was as follows:



## 6.2 Proceedings relating to optical fibre cooperation

In 2011, **optical fibre cooperation projects** were also a priority for the Secretariat. Various regional energy supply companies and Swisscom had agreed to jointly construct future-oriented optical fibres networks in certain Swiss cities. This cooperation makes it possible to share the investment risk and reduce the construction costs due to a more efficient use of cable ducts. Accordingly, the Secretariat welcomed in principle the cooperation on the construction of the optical fibre infrastructure. At an early stage, however, there were signs that the cooperation could include unlawful agreements affecting competition. In the long-term, this might adversely affect the desired competition in operating future telecommunication networks.

In view of this, in the late summer of 2010 the city of St.Gallen notified specific clauses of its cooperation agreement with Swisscom under Article 49a paragraph 3 letter a of the Cartel Act. By January of the year of this Report, further notifications were made for the cities of Geneva, Zurich, Bern and Basel. Swisscom submitted its own report a short time later. The only joint report was made for the city of Lucerne by Energie Wasser Luzern and Swisscom. As a result, by spring 2011 the Secretariat was conducting objection proceedings in eleven cases relating to the optical fibre cooperation projects. Added to these was the planned establishment of a joint venture by Swisscom and Groupe E for the construction of an optical fibre network in the Canton of Fribourg as well as various complaints from third parties against the operators of the optical fibre networks.

By filing the report, the cities and Swisscom wanted to find out whether they might face competition law sanctions with regard to the cooperation agreements. They therefore submitted individual contract clauses that were potentially problematic for assessment. The objection proceedings focused on three contract clauses in particular, which were found in various forms and combinations in the cooperation agreements: with "Layer 1 exclusivity", Swisscom dispensed with offering naked optical fibres to other suppliers of telecommunications services; at the same time Swisscom was able through "investment protection" to control the price of this monopoly offer made by the energy supply companies; the "compensation mechanism" further allowed the cooperation partners to make a subsequent balancing adjustment of the share of the investment based on their actual use of the optical fibre network. If there are indications of a restraint of competition, the notification procedure meant that the Secretariat or the Commission had to open ordinary proceedings within the statutory five-month deadline, otherwise the reported restraints of competition would have been permanently exempt from competition law sanctions. The Secretariat thus had to answer the question of whether an exemption from sanctions could be granted in respect of the reported contract clauses for the entire term of the cooperation agreements of 30 to 40 years.

The partners have chosen a multiple fibre model for the optical fibre project, which should theoretically make competition possible in the optical fibre network. At the same time, however, they incorporated clauses in their agreements that could seriously affect the subsequent operation of the optical fibre networks. While some of the

notified contract clauses were unobjectionable, in the opposition proceedings the Secretariat was unable, particularly in the case of the three key clauses, to rule out an elimination of effective competition. For this reason the Secretariat successively opened preliminary investigations relating to the optical fibre cooperation projects in the cities of St.Gallen, Geneva and Zurich. In April 2011, the Secretariat finally decided to begin a preliminary investigation into all the objection proceedings still ongoing. This meant that the Secretariat could merge the various proceedings and deal with them more quickly. For the partners, the opening of the preliminary investigation meant that they continued to run the risk of competition law sanctions being imposed.

In the preliminary investigation, a detailed market analysis including questioning significant market participants revealed that the "market for access to the physical network infrastructure with optical fibre-based transmission speeds" constituted an independent market. This definition of the market was based not only on information provided by trading partners and specific, mainly technical aspects of network access, but also on the structure of the cooperation agreements and the behaviour of the partners themselves. In the preliminary investigation, the Secretariat concluded that the clauses mentioned could constitute unlawful agreements on quantities and prices as well as on the allocation of markets according to trading partners within the meaning of Article 5 paragraph 3 of the Cartel Act. In the case of such agreements, the Cartel Act makes the presumption that effective competition is eliminated. Based on the definition of the market carried out and the market analysis conducted, it was not possible to rebut the statutory presumption of the elimination of effective competition. The proceedings in question also had the special feature that certain contract clauses were liable to an ex-ante competition law assessment, long before they could have any effect on the market. According to the case law of the Federal Supreme Court, however, it can only be conclusively ascertained retrospectively whether there are actually any unlawful agreements affecting competition that carry competition law sanctions.

On 5 September 2011, the Secretariat submitted its analysis of the critical contract clauses in the final report on the preliminary investigation. According to the final report, these contract clauses constitute price and quantity agreements and are also agreements on the allocation of markets according to trading partners. From an ex-ante perspective, there is at least a risk that effective competition will be eliminated. Based on the final report, the partners are now aware of what practices could be problematic in competition law terms and of the basis on which the Secretariat would assess the reported restraints of competition in any investigation. The Secretariat has however not prohibited the critical contract clauses given the ex-ante character of the procedure chosen by the parties. The partners can better assess the risk of competition law sanctions and bear personal responsibility

for structuring their cooperation agreements in compliance with competition law. The Secretariat was unable to grant an exemption from the threat of sanctions in respect of the optical fibre cooperation projects. If the partners require additional guarantees for their substantial investments, they can only secure these by persuading Parliament to enact corresponding regulations.

In the autumn of 2010, initial meetings were held with the individual cooperation partners in parallel with the Secretariat's investigations, at which the Secretariat signalled its concerns with regard to the notified contract clauses. By the summer of the year of this Report, further meetings had been held. Despite the concerns expressed by the Secretariat following the objection proceedings, the partners initially showed no willingness to modify the cooperation agreements. At the same time, it proved increasingly difficult as the preliminary investigation progressed to fulfill the statutory requirements for an exemption from sanctions. Ultimately it was not possible to achieve a modification of the cooperation agreements which was acceptable to the partners, which would have taken account of the Secretariat's concerns, and which would have been accepted by the parties.

In connection with the optical fibre dossier, the Secretariat had to deal with continual and in some case highly critical reports in the media. At the same time, due to the involvement of the cities and Swisscom, there were major expectations in the political world. The Secretariat therefore communicated its views on the optical fibre dossier very actively from the outset, both to the general public and to the telecommunications industry. It proved a major challenge to explain such technically and economically demanding issues as well as the complex procedure in an understandable way – in part due the confidentiality of many aspects of the case.

Following publication of the final report, various partners eventually made substantial changes to the cooperation agreements. First of all, Industrielle Werke Basel and Swisscom, agreed to dispense with "Layer 1 exclusivity" and "investment protection"; at the same time they agreed to amend the "compensation mechanism" to take account of the analysis in the final report. The cooperation in Basel paved the way for the other cities to revise their cooperation agreements to bring them in line with competition law requirements. By the end of the year, other cities announced the amendment of their cooperation agreements. The Secretariat welcomes these amendments. However, the threat of sanctions continues to apply.

In view of both the economic and political importance of the construction of the optical fibre infrastructure in Switzerland, the Secretariat of the Competition Commission expects the optical fibre sector to be a permanent priority. It is crucially important that competition in the future network for cable-based communications is not restricted from the very outset.

## B Verwaltungsverfahrenliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa

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

B 2	<b>2. Untersuchungen</b> Enquêtes Inchieste
B 2.2	<b>1. Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich</b>

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 14. November 2011 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG betreffend Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich gegen Aktiengesellschaft Hallenstadion Zürich und Ticketcorner AG wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 und 7 KG. Einstellung der Untersuchung.

Décision de la Commission de la concurrence du 14 novembre 2011 concernant l'enquête selon l'art. 27 ss LCart relative à la distribution de billets au Hallenstadion Zurich à l'encontre de Aktiengesellschaft Hallenstadion Zürich et Ticketcorner AG en raison d'éventuelles restrictions illicites à la concurrence au sens des art. 5 et 7 LCart. Clôture de l'enquête.

Decisione della Commissione della concorrenza del 14 novembre 2011 relativa all'inchiesta giusta l'articolo 27 segg. LCart concernente la distribuzione di biglietti all'Hallenstadion di Zurigo contro Aktiengesellschaft Hallenstadion Zürich e Ticketcorner AG a causa di eventuali limitazioni illecite della concorrenza giusta gli articoli 5 e 7 LCart. Archiviazione dell'inchiesta.

#### A Sachverhalt

##### A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Im vorliegenden Verfahren ist zu klären, ob die Aktiengesellschaft Hallenstadion Zürich (nachfolgend: AGH) über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und diese missbraucht, indem sie in Ziffer 14.1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (nachfolgend: AGB) für die Benutzung des Hallenstadions Folgendes vorschreibt:

*"Der Veranstalter ist verpflichtet, der AGH ein Kontingent von mindestens 50 % der Tickets aus sämtlichen Kategorien zu Standardkonditionen in Konsignation zur Verfügung zu stellen. Ausgenommen davon sind mit zusätzlichen Dienstleistungen veredelte Tickets bis max. 5 % der Maximalkapazität. Die AGH vertreibt diese zu den gleichen, vom Veranstalter festgelegten Preisen wie die anderen 50 % der Tickets zuzüglich Systembenutzungsgebühr/Vorver-*

*kaufgebühr über eigene Vertriebskanäle und -partner (aktuell Ticketcorner [AG])<sup>1</sup> (nachfolgend: 50 %-AGB-Klausel).*

2. Ferner ist zu beantworten, ob es sich bei der nachfolgend wiedergegebenen Rz 10 der Kooperationsvereinbarung zwischen der AGH und der Ticketcorner AG (nachfolgend: Ticketcorner), welche der vorerwähnten 50 %-AGB-Klausel zu Grunde liegt, um eine unzulässige Wettbewerbsabrede handelt:

*"TC [Ticketcorner] hat das Recht, mindestens 50 % aller Tickets (exklusive V.I.P. Pakete mit Zusatzleistungen [...]) sämtlicher Ticketkategorien für alle Veranstaltungen im Hallenstadion (im folgenden "Kontingentsanspruch") über alle möglichen gegenwärtigen elektronischen sowie in Zukunft allenfalls weiteren oder anderen Vertriebskanälen und Vertriebsarten (Call Center, Internet und POS) zu vertreiben [...]"<sup>2</sup> (nachfolgend: 50 %-Vereinbarung).*

#### A.2 Verfahren

##### A.2.1 Vorabklärung

3. Mit Schreiben vom 24. Februar 2009<sup>3</sup> reichte die CTS Eventim Schweiz AG (nachfolgend: CTS Schweiz) beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Anzeige gegen die AGH ein und beantragte die Einleitung einer Vorabklärung gemäss Art. 26 Abs. 1 KG<sup>4</sup>. Ferner stellte sie den Antrag, als Beteiligte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG am Verfahren teilnehmen zu können. Materiell machte die CTS Schweiz insbesondere geltend, die AGH habe eine

<sup>1</sup> Abrufbar unter [www.hallenstadion.ch/sites/downloads/agb\\_03\\_2008.pdf](http://www.hallenstadion.ch/sites/downloads/agb_03_2008.pdf) (05.12.2011).

<sup>2</sup> Beilage 9 zu act. n° 12; bereinigte Version bei act. n° 123.

<sup>3</sup> Act. n° 1.

<sup>4</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

marktbeherrschende Stellung inne und missbrauche diese, indem sie von den Veranstaltern insbesondere<sup>5</sup> durch die Pflicht zur Überlassung eines Ticketkontingents von 50 % das Eingehen unangemessener Geschäftsbedingungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erzwingt. Gleichzeitig kopple die AGH den Verkauf der Tickets in gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG verstossender Weise an die Miete des Hallenstadions.

4. Am 2. April 2009 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung<sup>6</sup> gegen die AGH in Sachen "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich", stellte der AGH die Anzeige der CTS Schweiz zu und räumte ihr die Möglichkeit zur Stellungnahme ein.

5. Mit Schreiben vom 8. April 2009<sup>7</sup> wies das Sekretariat den Antrag der CTS Schweiz auf Beteiligung an der zu diesem Zeitpunkt laufenden Vorabklärung ab, weil erst im Untersuchungsverfahren die Möglichkeit zur Beteiligung am Verfahren bestehe.

6. Mit Eingabe vom 29. Mai 2009<sup>8</sup> beantragte die AGH die Einstellung der Vorabklärung ohne Vornahme weiterer Untersuchungshandlungen, da weder die AGH marktbeherrschend noch die Vereinbarung zwischen ihr und Ticketcorner eine unzulässige Wettbewerbsabrede sei.

7. Am 23. Juni 2009 erstattete die damalige VisionOne AG, später umfirmiert in ticketportal AG<sup>9</sup> (nachfolgend: ticketportal), ebenfalls eine Anzeige<sup>10</sup> gegen die AGH und beantragte die Einleitung einer Vorabklärung gemäss Art. 26 Abs. 1 KG sowie gestützt darauf die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 Abs. 1 KG. Die ticketportal machte geltend, die AGH sei marktbeherrschend und missbrauche diese Stellung, indem sie den Verkauf der Tickets an die Vermietung des Hallenstadions kopple.

## A.2.2 Untersuchung

8. Am 2. Februar 2010 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen die AGH sowie gegen Ticketcorner und teilte ihnen dies mit Schreiben vom gleichen Tag<sup>11</sup> mit. Die beiden Anzeigerinnen<sup>12</sup> wurden mit Schreiben vom 5. Februar 2010<sup>13</sup> über die Untersuchungseröffnung informiert, und die entsprechende Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt erfolgte am 12. Februar 2010<sup>14</sup>. Die Akten aus der Vorabklärung wurden im Einverständnis von AGH<sup>15</sup>, ticketportal<sup>16</sup> und CTS Schweiz<sup>17</sup> in die Untersuchung übernommen.

9. Mit Schreiben vom 11. März 2010<sup>18</sup> beschwerte sich die Ticketino AG (nachfolgend: Ticketino) über die vertragliche Beziehung zwischen der AGH und Ticketcorner und teilte mit Schreiben vom 12. März 2010<sup>19</sup> mit, sich am Verfahren beteiligen zu wollen. Die Cinerent Open Air AG, aus welcher später die Starticket AG (nachfolgend: Starticket) als die für den Bereich Ticketvertrieb zuständige Aktiengesellschaft abgespalten wurde<sup>20</sup>, machte mit Eingabe vom 24. März 2010<sup>21</sup> ebensolches geltend und beantragte ebenfalls eine Verfahrensbeteiligung. Das Sekretariat erkannte Starticket und Ticketino mit Schreiben vom 29. März 2010<sup>22</sup> Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG<sup>23</sup> zu. Mit Eingabe vom 23. April 2010<sup>24</sup> bestätigte die eine Anzeigerin, ticketportal, ihren

Willen zur Beteiligung am Verfahren als Partei, woraufhin das Sekretariat mit Schreiben vom 27. April 2010<sup>25</sup> auch ihr Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG zuerkannte. AGH und Ticketcorner beanstandeten die Zuerkennung einer Parteistellung an die vorgenannten juristischen Personen, nachdem sie hiervon durch Zustellung des Aktenverzeichnisses erfahren hatten, und zwar erstens in formeller Hinsicht, namentlich dass ihnen als materielle Verfügungsadressatinnen nicht vorgängig die Möglichkeit zur Stellungnahme hierzu eingeräumt worden sei, und zweitens in materieller Hinsicht, namentlich dass die Voraussetzungen für eine Verfahrensbeteiligung als Partei nicht vorlägen<sup>26</sup>. Hierauf wird zurückzukommen sein.<sup>27</sup>

10. Demgegenüber zog die andere Anzeigerin, die CTS Schweiz, mit Schreiben vom 18. März 2010<sup>28</sup> ihre Anzeige zurück, da die von ihr ursprünglich befürchteten Wettbewerbsbeschränkungen doch nicht eingetreten seien.

11. Im Rahmen der Untersuchung wurden mittels Fragebogen die AGH<sup>29</sup> und Ticketcorner<sup>30</sup>, vier weitere Ticketvertriebsunternehmen<sup>31</sup>, darunter auch die beiden Anzeigerinnen, sowie zehn Veranstalter<sup>32</sup> befragt, wobei

<sup>5</sup> CTS Schweiz nennt noch weitere in den AGB der AGH enthaltene Verpflichtungen (z.B. die kostenlose Überlassung von 24 Tickets der höchsten Standardkategorie), die ihres Erachtens als unangemessene Geschäftsbedingungen anzusehen sind, hält aber zugleich fest, das Ticketkontingent sei für sie von besonderer Bedeutung (act. n° 1, Rz 10 und 50 f.). Die nachfolgenden Betrachtungen beschränken sich auf die von mehreren Unternehmen beanstandete, aus praktischer Sicht weitaus am gewichtigsten erscheinende 50 %-AGB-Klausel.

<sup>6</sup> Act. n° 4.

<sup>7</sup> Act. n° 7.

<sup>8</sup> Act. n° 12; bereinigte Version act. n° 148.

<sup>9</sup> Vgl. act. n° 37.

<sup>10</sup> Act. n° 15.

<sup>11</sup> Act. n° 21 und 22.

<sup>12</sup> Siehe Rz 3 und 7.

<sup>13</sup> Act. n° 26 und 27.

<sup>14</sup> Act. n° 33.

<sup>15</sup> Act. n° 31 und 39.

<sup>16</sup> Act. n° 32 und 37.

<sup>17</sup> Act. n° 30 und 3.

<sup>18</sup> Act. n° 52.

<sup>19</sup> Act. n° 53.

<sup>20</sup> Siehe act. n° 124 und zum vormaligen Zustand act. n° 69.

<sup>21</sup> Act. n° 58.

<sup>22</sup> Act. n° 60 und 61.

<sup>23</sup> Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

<sup>24</sup> Act. n° 82.

<sup>25</sup> Act. n° 85.

<sup>26</sup> Act. n° 106 und 111 sowie die Antwortschreiben seitens des Sekretariats act. n° 107 und 113.

<sup>27</sup> Siehe Rz 77 ff.

<sup>28</sup> Act. n° 55.

<sup>29</sup> Act. n° 21 und 64.

<sup>30</sup> Act. n° 22 und 64a.

<sup>31</sup> Ticketportal (act. n° 26 und 65), CTS Schweiz (act. n° 27 und 49 resp. 127), Starticket (act. n° 60 und 92) und Ticketino (act. n° 70 und 91).

<sup>32</sup> Namentlich act entertainment ag (act. n° 23 und 57), Appalooza productions GmbH (act. n° 24 und 67), Good News Productions AG (act. n° 25 und 66), OPUS ONE SA (act. n° 28 und 50), Live Music Production LMP S.A. (act. n° 29 und 38), Cinerent OpenAir AG (act. n° 60 und 92), FBM Management AG (act. n° 72 und 108), Carré Event AG (act. n° 73 und 98), ZLE Betriebs AG (act. n° 74 und 109) und 4 Music Entertainment AG (act. n° 75 und 118).

alle antworteten<sup>33</sup>. Verschiedentlich wurden von einzelnen Parteien, namentlich von AGH<sup>34</sup>, Ticketcorner<sup>35</sup> und ticketportal<sup>36</sup>, weitere Angaben oder Unterlagen eingefordert, die ausnahmslos eingereicht wurden<sup>37</sup>.

12. Das Sekretariat führte mit sämtlichen Parteien je ein Parteiverhör durch: Für Ticketino sagte [...] am 12. Mai 2010 aus<sup>38</sup>, für Starticket [...] und [...] am 22. Juni 2010<sup>39</sup>, für ticketportal [...] und [...] am 23. Juni 2010<sup>40</sup>, für Ticketcorner [...] und [...] am 28. Juni 2010<sup>41</sup>, sowie für AGH [...] und [...] am 30. Juni 2010<sup>42</sup>. Die Durchführung eines Parteiverhörs wurde den jeweils anderen Parteien nicht vorgängig mitgeteilt, entsprechend konnten diese auch nicht daran teilnehmen, was die AGH und Ticketcorner als Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör beanstandeten<sup>43</sup>. In diesem Zusammenhang beantragten sie ausserdem, es sei auf die anlässlich der Parteiverhöre angekündigte Löschung der zur Erstellung der Einvernahmeprotokolle gemachten Tonaufnahmen – zumindest soweit die übrigen Parteien betreffend – zu verzichten<sup>44</sup>, was seitens des Sekretariats abgelehnt wurde<sup>45</sup>. Auch darauf wird zurückzukommen sein.<sup>46</sup>

13. Weiter führte das Sekretariat mit drei Zeugen [aus der Veranstaltungsbranche] Einvernahmen durch: Am 14. September 2010 wurde Herr [...] einvernommen<sup>47</sup>, am 16. September 2010 Frau [...] und Herr [...] und am 30. September 2010 Herr [...] AGH und Ticketcorner nahmen durch ihre Rechtsvertreter sowie seitens Ticketcorner zudem durch Herrn [...] an allen drei Zeugeneinvernahmen teil<sup>50</sup>, Starticket war durch Herrn [...], nur, aber immerhin, an der Zeugeneinvernahme von Herrn [...] anwesend<sup>51</sup>, während Ticketino<sup>52</sup> und ticketportal<sup>53</sup> gänzlich auf eine Teilnahme verzichteten.

14. Im Übrigen reichten ticketportal<sup>54</sup>, Starticket<sup>55</sup> sowie AGH und Ticketcorner<sup>56</sup> auch unaufgefordert ergänzende Unterlagen und/oder weitere Bemerkungen insbesondere zu den Zeugen- und Parteiaussagen sowie den Eingaben der anderen Parteien ein und stellten mitunter auch Beweisanträge<sup>57</sup>, wobei auf letztere zurückzukommen sein wird.<sup>58</sup>

15. Allen Parteien wurde zunächst unter Hinweis darauf, dass Akteneinsicht gewährt werde, sobald die amtlichen Akten geschäftsgeheimnisbereinigt seien, ein aktuelles Aktenverzeichnis zugestellt<sup>59</sup>; später wurde den Parteien jeweils auf entsprechende Nachfrage ein aktuelles Aktenverzeichnis zugestellt<sup>60</sup>. AGH und Ticketcorner nahmen im Laufe der Untersuchung dreimal persönlich Einsicht in die Akten<sup>61</sup>, Starticket zweimal<sup>62</sup>, ticketportal einmal in persona<sup>63</sup>, einmal durch Zustellung von Kopien diverser Aktenstücke<sup>64</sup>, während Ticketino<sup>65</sup> wunschgemäss mit (geschäftsgeheimnisbereinigten) Kopien der Protokolle der Zeugeneinvernahmen bedient wurde.

16. Mit Schreiben vom 15. Juli 2011 sandte das Sekretariat den Parteien seinen Antrag zusammen mit einem aktualisierten Aktenverzeichnis zu und stellte ihnen unter Berücksichtigung der Gerichtsferien Frist zur Stellungnahme bis 15. September 2011.<sup>66</sup> Während Starticket und Ticketino keine Einsicht mehr in die Akten nahmen, stellte das Sekretariat AGH und Ticketcorner wunschgemäss Kopien zweier Aktenstücke zu<sup>67</sup>, ticketportal die Kopie eines Aktenstücks<sup>68</sup>. Am 15. September 2011 nahmen Starticket<sup>69</sup> wie auch ticketportal<sup>70</sup> Stellung zum

Antrag. Die Stellungnahme von AGH, welcher sich Ticketcorner anschloss<sup>71</sup>, erfolgte innert verlängerter Frist am 29. September 2011.<sup>72</sup> Ticketino reichte keine Stellungnahme ein. Das Sekretariat liess in der Folge allen Parteien die geschäftsgeheimnisbereinigten Stellungnahmen der jeweils anderen Parteien sowie ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zukommen.<sup>73</sup> Gleichzeitig teilte

<sup>33</sup> Für Aktennachweise siehe Fn 29 ff. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass anstelle der FBM Management AG die Rent-a-Show AG antwortete (siehe act. n° 108), anstelle der Carré Event AG die Art on Ice Production AG (siehe act. n° 98).

<sup>34</sup> Act. n° 126 im Nachgang zum Parteiverhör und act. n° 233 bzw. 239.

<sup>35</sup> Act. n° 128 im Nachgang zum Parteiverhör und act. n° 232 bzw. 239.

<sup>36</sup> Act. n° 129 im Nachgang zum Parteiverhör.

<sup>37</sup> Für Nachweise der Fundstellen siehe die vorangehenden Fn 34 ff.

<sup>38</sup> Act. n° 71 (Vorladung), act. n° 114 (unterzeichnetes, bereinigtes Protokoll) sowie act. n° 110 (Protokollbereinigung).

<sup>39</sup> Act. n° 78 (Vorladung), act. n° 184 (unterzeichnetes, bereinigtes Protokoll) sowie act. n° 138, 152, 153, 159, 169 und 177 (Protokollbereinigung).

<sup>40</sup> Act. n° 89 (Vorladung), act. n° 186 (unterzeichnetes, bereinigtes Protokoll) sowie act. n° 139, 151, 160 und 178 (Protokollbereinigung).

<sup>41</sup> Act. n° 94 (Vorladung), act. n° 218 (unterzeichnetes, bereinigtes Protokoll) sowie act. n° 140 und 158 (Protokollbereinigung).

<sup>42</sup> Act. n° 95 (Vorladung), act. n° 219 (unterzeichnetes, bereinigtes Protokoll) sowie act. n° 140 und 158 (Protokollbereinigung).

<sup>43</sup> Siehe das Protokoll des Parteiverhörs von AGH (act. n° 219), S. 1 f., das Protokoll des Parteiverhörs von Ticketcorner (act. n° 218), S. 2, sowie das Schreiben vom 19.10.2010 (act. n° 189).

<sup>44</sup> Act. n° 158 und 189.

<sup>45</sup> Act. n° 185 und 190.

<sup>46</sup> Siehe Rz 84 ff.

<sup>47</sup> Act. n° 133 (Vorladung), act. n° 180 (unterzeichnetes, bereinigtes Protokoll) sowie im Nachgang der Zeugeneinvernahme dem Sekretariat vom Zeugen zugesandtes Dokument, [...] sowie act. n° 176 (Protokollbereinigung).

<sup>48</sup> Act. n° 131 und 142 (Vorladung), act. n° 214 (unterzeichnetes, bereinigtes Protokoll), act. n° 172 und 237 (im Nachgang resp. im Zusammenhang mit der Zeugeneinvernahme dem Sekretariat von der Zeugin zugesandte Dokumente) sowie act. n° 191, 200 und 207 (Protokollbereinigung).

<sup>49</sup> Act. n° 132 und 141 (Vorladung), act. n° 209 (unterzeichnetes, bereinigtes Protokoll), act. n° 209 (im Nachgang der Zeugeneinvernahme dem Sekretariat vom Zeugen zugesandte Dokumente) sowie act. n° 192, 198 und 206 (Protokollbereinigung).

<sup>50</sup> Siehe act. n° 155 sowie die jeweiligen Protokolle (deren Fundstelle ist in Fn 47 ff. angegeben).

<sup>51</sup> Act. n° 152 sowie das entsprechende Protokoll (dessen Fundstelle ist in Fn 49 angegeben).

<sup>52</sup> Act. n° 143 und 145.

<sup>53</sup> Act. n° 151.

<sup>54</sup> Act. n° 104, 157, 161 und 244.

<sup>55</sup> Act. n° 226.

<sup>56</sup> Act. n° 249.

<sup>57</sup> Siehe die Eingabe von ticketportal vom 13.08.2010 (act. n° 151), Rz 5.

<sup>58</sup> Rz 93 ff.

<sup>59</sup> Act. n° 87–90.

<sup>60</sup> So geschehen hinsichtlich AGH und Ticketcorner (vgl. act. n° 185, 194 und 245 f.), ticketportal (vgl. act. n° 182, 196 und 240) und Starticket (vgl. act. n° 202).

<sup>61</sup> Siehe act. n° 119, 195 und 246.

<sup>62</sup> Siehe act. n° 120 und 222.

<sup>63</sup> Siehe act. n° 197.

<sup>64</sup> Siehe act. n° 241 f.

<sup>65</sup> Siehe act. n° 223 und auch 145.

<sup>66</sup> Act. n° 250–254.

<sup>67</sup> Act. n° 257 f.

<sup>68</sup> Act. n° 261.

<sup>69</sup> Act. n° 259.

<sup>70</sup> Act. n° 260.

<sup>71</sup> Act. n° 262.

<sup>72</sup> Act. n° 263.

<sup>73</sup> Act. n° 267–271.

es ihnen mit, dass eine allfällige Anhörung durch die WEKO, wie sie von Starticket und ticketportal beantragt wurde, voraussichtlich am 28. November 2011 stattfinden würde und bat die Parteien um Freihaltung dieses Termins soweit möglich. Mit Schreiben vom 15. November 2011 (vorab per Fax) informierte das Sekretariat die Parteien darüber, dass die WEKO am Vortag entschied, keine Anhörungen durchzuführen, weshalb eine Freihaltung des Termins nicht weiter erforderlich sei.<sup>74</sup>

### A.3 Kernargumente der Parteien in ihren Stellungnahmen zum Antrag

17. Nachfolgend werden die Kernargumente, welche die Parteien in ihren Stellungnahmen zum Antrag vorbringen, dargestellt. Diese Argumente werden hier in der Reihenfolge aufgeführt, in welcher sie nachfolgend auch in dieser Verfügung behandelt werden. Bei der Behandlung der einzelnen Punkte wird der einfacheren Lesbarkeit halber alsdann grundsätzlich auf eine erneute Wiedergabe der von den Parteien diesbezüglich vertretenen Standpunkte verzichtet.

#### A.3.1 Starticket

18. Starticket beantragt, dem Antrag des Sekretariats sei nicht zu folgen und es sei die Angelegenheit zur Neubeurteilung, Ergänzung des Sachverhalts und Überarbeitung des Antrags im Sinne der Erwägungen von Starticket an das Sekretariat zurückzuweisen. Im Weiteren beantragt Starticket eine Anhörung durch die WEKO.<sup>75</sup>

19. Den Sachverhalt betreffend bringt Starticket zunächst vor, AGH und Ticketcorner würden die fraglichen Klauseln in der Praxis entsprechend dem Wortlaut und damit extensiver handhaben als sie dies gegenüber dem Sekretariat ausgeführt hätten.<sup>76</sup> Dass sich die fraglichen 50 %-Bestimmungen faktisch wie 100 %-ige Vorschriften auswirken würden, sei zutreffend.<sup>77</sup> Aufgrund des Vertragsverhältnisses zwischen AGH und Good News Productions AG (nachfolgend: Good News) habe bereits vor der Vereinbarung zwischen AGH und Ticketcorner das Ticketing bei Pop/Rock-Veranstaltungen im Hallenstadion über Ticketcorner abgewickelt werden müssen – Folge davon sei, dass sich primär Ticketvertriebsunternehmen gegen die Vereinbarung zwischen AGH und Ticketcorner zur Wehr setzten und nicht auch Veranstalter.<sup>78</sup>

20. Soweit unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen betreffend bringt Starticket zunächst vor, Marktgegenseite der AGH seien nicht generell Veranstalter, sondern einzig Veranstalter von Grossveranstaltungen, denn Veranstalter würden sich auf die Durchführung von Anlässen einer bestimmten Art und vor allem auch Grösse spezialisieren.<sup>79</sup> Bezüglich der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes hält Starticket fest, die erhoffte maximale Zuschauerzahl sei höher als die durchschnittliche Zuschauerzahl, weshalb der Kapazitätsbedarf auch grösser als diese sei. Sodann sei nicht nur die Zuschauerzahl massgebend, sondern auch der sonstige Platzbedarf eines Anlasses. Dies führe zu einem sachlich relevanten Markt von Lokalitäten mit einer Mindestkapazität von 12'000 Besuchern (bei Anlässen ohne erhöhten Raumbedarf für den Anlass selber). Da offene Lokalitäten nur im Sommer Substitute seien, nicht aber während der Wintermonate, müsse

sodann eine nach Jahreszeiten differenzierende Markt-abgrenzung erfolgen.<sup>80</sup> Die räumliche Markt-abgrenzung des Sekretariats sei zutreffend.<sup>81</sup> Dass für Veranstalter je nach Art eines Anlasses unterschiedliche Substitutionsmöglichkeiten bestünden, wirke auf die Markt-abgrenzung zurück, was das Sekretariat allerdings nicht berücksichtigt habe. Aus Vorangehendem, insbesondere der Markt-abgrenzung, folge, dass AGH mangels valabler Substitute eine marktbeherrschende Stellung inneha-be.<sup>82</sup>

21. Soweit unzulässige Wettbewerbsabreden betreffend führt Starticket aus, AGH sei früher auf dem Markt für Ticketvertrieb tätig gewesen und könnte dies auch künftig wieder sein, weshalb aufgrund dieser potentiellen Konkurrenzsituation eine horizontale Abrede vorliege, die unter Art. 5 Abs. 3 KG falle. Zudem liege auch ein vertikaler Exklusiv(vertriebs-)vertrag vor.<sup>83</sup> Die Verbindung zweier Märkte in der Abrede schränke die Marktgegenseite entsprechend ein, weshalb die bereits erläuterte Einschränkung im Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen auf Veranstalter von Grossveranstaltungen<sup>84</sup> auch im Markt für Ticketvertrieb relevant sei. Die bei Ersterem vorgenommene örtliche Markt-abgrenzung müsse folglich auch bei Zweiterem gelten und sei daher auf die Deutschschweiz eingeschränkt. Selbst unabhängig davon hätte beim Markt für Ticketvertrieb eine Abgrenzung nach Grösse und Bedeutung des Anlasses vorgenommen werden müssen, wobei Eigen- und Fremdvertrieb nicht zum selben sachlich relevanten Markt gehörten.<sup>85</sup> Auf dem Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen diene die Abrede der Zementierung der Position von Ticketcorner, indem nach Ablauf der Vereinbarung zwischen AGH und Good News Letztere nicht die Möglichkeit habe, ein anderes Ticketvertriebsunternehmen zu wählen. Für einen Veranstalter sei die Wahl des Ticketvertriebsunternehmens keineswegs zweitrangig und der Markt für Ticketvertrieb könne nicht als von untergeordneter Bedeutung bezeichnet werden. Wenn der Aufwand für die Beibehaltung eines bestimmten (Stamm)Ticketvertriebsunternehmens für die frei verfügbaren 50 % der fremdvertriebenen Tickets nicht unwesentlich sei, wiege folglich das qualitative Element schwer.<sup>86</sup> Der Markt für Ticketvertrieb habe ein Volumen

<sup>74</sup> Act. n° 275–279.

<sup>75</sup> Act. n° 259 S. 21.

<sup>76</sup> Siehe dazu Rz 44 ff.

<sup>77</sup> Hierzu Rz 53 ff.

<sup>78</sup> Dazu Rz 59 und 183.

<sup>79</sup> Hierzu Rz 144 ff.

<sup>80</sup> Siehe zu dieser Thematik Rz 144 ff.

<sup>81</sup> Dazu Rz 126 ff.

<sup>82</sup> Rz 132 ff.

<sup>83</sup> Hierzu Rz 149.

<sup>84</sup> Siehe vorangehende Rz.

<sup>85</sup> Hierzu Rz 158 ff.

<sup>86</sup> Rz 178 ff., insbesondere Rz 183.

von ca. 20 Mio. Tickets und sei daher volkswirtschaftlich bedeutend. Die vorliegende horizontale Abrede sei qualitativ und quantitativ schwerwiegend und damit erheblich. Insbesondere führe die zuvor geschilderte, engere Marktabgrenzung zu einem höheren Marktanteil von Ticketcorner auf diesem Markt für Ticketvertrieb, wobei für die Beurteilung des quantitativen Elements dieser allgemeine Marktanteil massgeblich sei (und nicht der von der Abrede betroffene Marktanteil).<sup>87</sup>

### A.3.2 Ticketportal

22. Ticketportal beantragt, dem Antrag des Sekretariats sei nicht zu folgen und es sei die Angelegenheit zur Klärung und Ergänzung des Sachverhalts zur Ausarbeitung eines neuen Antrags an das Sekretariat zurückzuweisen. Im Weiteren beantragt Ticketportal eine Anhörung durch die WEKO.<sup>88</sup> Ferner stellt Ticketportal zwei Beweisangebote.<sup>89</sup>

23. Den Sachverhalt betreffend äussert sich ticketportal ähnlich wie Starticket: Namentlich würden AGH und Ticketcorner die fraglichen Klauseln in der Praxis entsprechend dem Wortlaut und damit extensiver handhaben als sie dies gegenüber dem Sekretariat ausgeführt hätten,<sup>90</sup> wobei ticketportal diesbezüglich einen Beweisangebot stellt.<sup>91</sup> Dass sich die fraglichen 50 %-Bestimmungen faktisch wie 100 %-ige Vorschriften auswirken würden, sei zutreffend.<sup>92</sup> Das Vertragsverhältnis zwischen AGH und Good News im Bereich Pop/Rock-Veranstaltungen im Hallenstadion sowie die übrigen Verflechtungen zwischen AGH, Good News und Ticketcorner führten dazu, dass die Vereinbarung zwischen AGH und Ticketcorner einen qualitativ und quantitativ anderen Stellenwert einnehme,<sup>93</sup> wobei ticketportal diesbezüglich einen Beweisangebot stellt.<sup>94</sup>

24. Soweit unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen betreffend hält ticketportal bezüglich der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes fest, die durchschnittliche Zuschauerzahl könne nicht ausschlaggebend sein, vielmehr strebten Veranstalter eine bestimmte minimale Auslastung an. Bei Berücksichtigung der im Antrag diesbezüglich angegebenen Faustregel führe dies beim Hallenstadion zu einem Mindestvolumen von bis zu 10'000 Besuchern. Angestrebt sei jedoch nicht eine nur auf diese Mindestauslastung ausgelegte Halle, sondern die für den jeweiligen Anlass bezüglich Besucherkapazität am besten geeignete. Dies führe zu einem sachlich relevanten Markt von Lokalitäten mit einer Kapazität von 12'000–13'000 Besuchern, mindestens aber 10'000 Besuchern. Da offene Lokalitäten nur im Sommer Substitute seien, nicht aber während der Wintermonate, müsse sodann eine nach Jahreszeiten differenzierende Marktabgrenzung erfolgen.<sup>95</sup> Die räumliche Marktabgrenzung des Sekretariats werde übernommen.<sup>96</sup> Aus Vorangehendem, insbesondere der Marktabgrenzung, folge, dass AGH jedenfalls in der Winterperiode mangels vergleichbarer Alternativen eine marktbeherrschende Stellung innehave.<sup>97</sup>

25. Soweit unzulässige Wettbewerbsabreden betreffend führt ticketportal aus, AGH sei früher auf dem Markt für Ticketvertrieb tätig gewesen und könnte dies auch künftig wieder sein, weshalb aufgrund dieser potentiellen Konkurrenzsituation eine horizontale Abrede vorliege, die unter Art. 5 Abs. 3 KG falle.<sup>98</sup> Die Verbindung zweier

Märkte in der Abrede schränke die Marktgegenseite entsprechend ein, weshalb die beim Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen vorgenommene örtliche Marktabgrenzung folglich auch beim Markt für Ticketvertrieb gelten müsse; entsprechend sei dieser auf die Deutschschweiz eingeschränkt. Ferner wäre beim Markt für Ticketvertrieb zu untersuchen gewesen, ob dieser sachlich nach Grösse und Bedeutung des Anlasses hätte abgegrenzt werden müssen. Im Übrigen gehörten Eigen- und Fremdvertrieb nicht zum selben sachlich relevanten Markt.<sup>99</sup> Auf dem Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen wiege das qualitative Element schwer, wenn der Aufwand für die Beibehaltung eines bestimmten (Stamm)Ticketvertriebsunternehmens für die frei verfügbaren 50 % der fremdvertriebenen Tickets nicht unwesentlich sei, wie dies im Antrag festgehalten werde. Gleiches gelte für die Wahl des Softwaresystems für eigenvertriebene Tickets. Schliesslich sei zu berücksichtigen, dass sich die Abrede auf dem Markt für Ticketvertrieb qualitativ schwerwiegend auswirke, was auch hier zu berücksichtigen sei und insgesamt auch zu einer qualitativen Schwergewichtigkeit auf diesem Markt führe.<sup>100</sup> Der Markt für Ticketvertrieb sei, wie zuvor ausgeführt, enger abzugrenzen, wodurch sich das Gesamtmarktvolumen verringere. Der von der Abrede betroffene Anteil an diesem Markt werde dadurch (prozentual) entsprechend grösser und die Abrede wirke sich auch quantitativ schwerwiegend aus.<sup>101</sup>

### A.3.3 AGH

26. AGH beantragt eine Einstellung der Untersuchung.<sup>102</sup>

27. Den Sachverhalt betreffend führt AGH aus, es treffe zu, dass Ticketcorner und sie die fraglichen Klauseln in der Praxis so anwenden würden, wie sie dies gegenüber dem Sekretariat ausgeführt haben.<sup>103</sup> Dass sich die fraglichen 50 %-Bestimmungen faktisch wie 100 %-ige Vorschriften auswirken würden, sei nicht zutreffend. Wesentlich sei, ob Veranstalter aufgrund dieser Bestimmungen ihr Verhalten geändert hätten, was bei 7 der befragten 11 Veranstalter schon nur deshalb nicht der Fall gewesen sei, weil sie ohnehin mit Ticketcorner zusammen arbeiten würden. Wie die Beispiele belegten, komme ein Ticketvertrieb über mehrere Ticketvertriebsunternehmen in der Praxis oftmals vor.<sup>104</sup>

<sup>87</sup> Dazu Rz 196 ff.

<sup>88</sup> Act. n° 260 S. 7.

<sup>89</sup> Act. n° 260 S. 2 und 3.

<sup>90</sup> Siehe dazu Rz 44 ff.

<sup>91</sup> Zu diesem Rz 99.

<sup>92</sup> Hierzu Rz 53 ff.

<sup>93</sup> Dazu Rz 59 und 183.

<sup>94</sup> Zu diesem Rz 100.

<sup>95</sup> Siehe zu dieser Thematik Rz 114 ff.

<sup>96</sup> Dazu Rz 126 ff.

<sup>97</sup> Rz 132 ff.

<sup>98</sup> Hierzu Rz 149.

<sup>99</sup> Hierzu Rz 158 ff.

<sup>100</sup> Rz 178 ff., insbesondere Rz 183.

<sup>101</sup> Dazu Rz 196 ff.

<sup>102</sup> Act. n° 263 S. 33.

<sup>103</sup> Siehe dazu Rz 44 ff.

<sup>104</sup> Hierzu Rz 53 ff.

28. In formeller Hinsicht führt AGH aus, Starticket, ticketportal und Ticketino seien nicht besonders berührt und ihnen komme folglich keine Parteistellung zu. Dass AGH und Ticketcorner nicht vorgängig zur Einräumung einer Parteistellung an diese angehört worden seien, verletze ihr Anspruch auf rechtliches Gehör und diese Vorgehensweise des Sekretariats sei im Übrigen verglichen mit derjenigen anderer Behörden unüblich. Schliesslich hätten diese Dritten nicht selber Antrag auf Einräumung einer Parteistellung gestellt, sondern erst auf Nachfrage des Sekretariats hin eine solche beansprucht.<sup>105</sup> Eine weitere Gehörsverletzung liege darin, dass AGH und Ticketcorner nicht an den Parteiverhören dieser Parteien habe teilnehmen können, denn das Stellen schriftlicher Ergänzungsfragen sei nicht gleichwertig dem mündlichen Stellen solcher und eine Wahrung der Geschäftsgeheimnisse wäre auch bei einer Teilnahme möglich gewesen.<sup>106</sup>

29. Soweit unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen betreffend hält AGH bezüglich der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes fest, dass eine Unterteilung in einzelne Teilmärkte je nach Art des Anlasses unzutreffend wäre. Die vom Sekretariat vorgenommene Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes sei zutreffend,<sup>107</sup> diejenige des örtlich relevanten Marktes aber zu eng. In der Regel spiele die Sprache des Anlasses nämlich keine Rolle und selbst wenn die Sprache wesentlich sein sollte, wäre in Anbetracht des angenommenen maximalen Anreisewegs auch der süddeutsche Raum einzubeziehen.<sup>108</sup> AGH habe keine marktbeherrschende Stellung auf diesem Markt.<sup>109</sup>

30. Soweit unzulässige Wettbewerbsabreden betreffend führt AGH aus, zutreffend sei die Ansicht des Sekretariats, dass sich die Abrede der "klassischen" Einteilung in eine horizontale oder eine vertikale Abrede entziehe.<sup>110</sup> Eigen- und Fremdvertrieb gehörten zum selben sachlichen Markt.<sup>111</sup> Zur Beurteilung der Wirkungen auf dem Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen könne die Vertikalbekanntmachung mangels eines vertikalen Verhältnisses nicht herangezogen werden. Zu beurteilen sei einzig, ob der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt werde, wobei eine Unterteilung in quantitative und qualitative Gesichtspunkte unzutreffend sei; es stehe das quantitative Element im Vordergrund. Dass eine allfällige Vorgabe bezüglich des Ticketvertriebs bei der Wahl einer Lokalität von untergeordneter Bedeutung sei, treffe zu. Die für die Beurteilung des quantitativen Elements verwendeten Kriterien seien hier unpassend. Das Schlussergebnis sei aber zutreffend.<sup>112</sup> Auch zur Beurteilung der Wirkungen auf dem Markt für Ticketvertrieb sei die Heranziehung der Vertikalbekanntmachung unangebracht. Zutreffend sei aber, dass nicht der generelle Marktanteil von Ticketcorner zur Beurteilung des quantitativen Elements massgeblich sei, sondern der von der Abrede betroffene Marktanteil. Dieser sei derart gering, dass er nicht quantitativ schwergewichtig sei, weshalb die Ansicht des Sekretariats zutrefte.<sup>113</sup>

#### A.4 Parteien

31. Die AGH ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie betreibt das Hallenstadion Zürich und vermietet die Lokalität für diverse Anlässe wie z.B. Konzerte,

Sportevents oder Messen. 60 % des Aktionariats der AGH setzt sich aus privaten Investoren zusammen, wobei die Ticketcorner Holding AG 5 % der Aktien hält, und zu insgesamt 40 % sind die Stadt Zürich und der Kanton Zürich an der AGH beteiligt. Zu erwähnen ist, dass als Mitglied des Verwaltungsrats der AGH nebst anderen Klaus-Peter Schulenberg amtiert, der zugleich Präsident des Verwaltungsrats von Ticketcorner<sup>114</sup> ist.

32. Ticketcorner, eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Rümlang, betreibt eine Ticketingorganisation, die unter anderem den Vertrieb von Tickets, die Verwaltung von Ticketabsatzkanälen sowie die Entwicklung von Ticketingsoftware und den Vertrieb von Softwarelizenzen umfasst. Im Februar 2010 übernahm die Eventim CH AG mit Sitz in Zürich die Ticketcorner Holding AG, welche zu diesem Zeitpunkt 100 % der Aktien an Ticketcorner hielt. Bei der Eventim CH AG handelte es sich im Zeitpunkt dieser Übernahme – ebenso wie bei der CTS Schweiz (der Anzeigerin, die ihre Anzeige zurückgezogen hat<sup>115</sup>) – um eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der CTS Eventim AG mit Sitz in München.<sup>116</sup> Im September 2010 wiederum übernahm die Ringier AG 50 % der Aktien an der Eventim CH AG und ist damit via dieser und der Ticketcorner Holding AG letztlich zu 50 % an Ticketcorner beteiligt<sup>117</sup>, zu 50 % ist es weiterhin die CTS-Gruppe.

33. Ticketportal, eine Aktiengesellschaft mit Sitz in St. Gallen, ist als Anbieterin von webbasierten Gesamtlösungen im Ticketvertrieb tätig.

34. Ticketino ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Root. Zweck der Gesellschaft ist es, Lösungen für das Ticketing, bestehend aus Hardware, Software und Dienstleistungen, anzubieten.

35. Starticket ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zollikon, deren Zweck der Betrieb einer Ticketingorganisation ist, wozu unter anderem der Vertrieb von Tickets und die Entwicklung von Ticketingsoftware gehören.

<sup>105</sup> Dazu Rz 77 ff.

<sup>106</sup> Siehe Rz 84 ff.

<sup>107</sup> Siehe zu dieser Thematik Rz 114 ff.

<sup>108</sup> Dazu Rz 126 ff.

<sup>109</sup> Rz 132 ff.

<sup>110</sup> Hierzu Rz 149.

<sup>111</sup> Hierzu Rz 158 ff.

<sup>112</sup> Rz 178 ff., insbesondere Rz 183.

<sup>113</sup> Dazu Rz 196 ff.

<sup>114</sup> Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass Klaus-Peter Schulenberg ausserdem Vorsitzender des Vorstands der CTS Eventim AG sowie Präsident des Verwaltungsrats der Ticketcorner Holding AG, der Eventim CH AG sowie von CTS Schweiz ist.

<sup>115</sup> Siehe Rz 10.

<sup>116</sup> Siehe Seite 25 des Konzern-Zwischenberichts zum 30. September 2010 der CTS-Gruppe, abrufbar unter [www.ticketcorner.ch/obj/media/DE-eventim/relation/financialReportDownload/2010/9\\_Monatsbericht\\_2010.pdf](http://www.ticketcorner.ch/obj/media/DE-eventim/relation/financialReportDownload/2010/9_Monatsbericht_2010.pdf) (05.12.2011).

<sup>117</sup> Das Ringier Jahr 2010, Eintrag am 20. September 2010, abrufbar unter [www.ringier.ch/index.cfm?id=11578](http://www.ringier.ch/index.cfm?id=11578) (05.12.2011).

## A.5 Sachverhalt

### A.5.1 Verflechtungen zwischen der AGH und Ticketcorner sowie weiteren gewichtigen Marktteilnehmern

#### A.5.1.1 Zwischen AGH und Ticketcorner

36. AGH und Ticketcorner sind zunächst einmal vertraglich über die Kooperationsvereinbarung, welche die 50 %-Vereinbarung enthält, miteinander verbunden. Dieser Vertrag trat am 1. Januar 2009 in Kraft und hat eine feste Vertragsdauer von fünf Jahren. Darin wurde, nebst der bereits erwähnten 50 %-Vereinbarung, unter anderem ein exklusives Nutzungsrecht von Ticketcorner an den Kassenräumlichkeiten auf dem Hallenstadion-Areal vereinbart, wobei sich Ticketcorner gleichzeitig verpflichtete, die seitens der AGH bestehenden Vorverkaufsstellenverträge mit anderen Ticketvertriebsunternehmen, deren Einverständnis vorausgesetzt, weiterzuführen.<sup>118</sup> Im Gegenzug beendete die AGH sämtliche eigenen Ticketingaktivitäten.<sup>119</sup> Schliesslich hat Ticketcorner jährlich eine Marketingkontribution zu leisten, und zwar in der Höhe von [...].<sup>120</sup>

37. Der Kooperationsvertrag sieht ausserdem vor, dass Ticketcorner 5 % der Aktien an der AGH erwirbt. Diese 5 % Aktien an der AGH hält nunmehr die Ticketcorner Holding AG. Insofern besteht also auch eine gesellschaftsrechtliche Verflochtenheit. Der Präsident des Verwaltungsrats von Ticketcorner und der Ticketcorner Holding AG ist denn auch Mitglied des Verwaltungsrats der AGH.<sup>121</sup>

#### A.5.1.2 Zwischen AGH und Good News et al.

38. Good News ist strategischer Partner der AGH im Bereich Rock/Pop<sup>122</sup>, und es besteht ein Vertragsverhältnis<sup>123</sup> zwischen ihnen, das bis und mit 2013 gilt<sup>124</sup>. Über sich selbst hält Good News fest: "Bis heute hat Good News Productions AG weit über 4'000 Konzerte und Shows veranstaltet und ist damit Marktleader der Schweizer Konzertbranche".<sup>125</sup> An Good News hält die Ringier AG 48 % der Aktien, die übrigen 52 % Aktien hält die DEAG Deutsche Entertainment AG<sup>126</sup>, welche im Bereich Live-Entertainment und Klassik-Events tätig ist. Die Ringier AG und die DEAG-Gruppe<sup>127</sup> sind über die zu je 50 % gehaltene Gesellschaft The Classical Company AG mit Sitz in Zürich ebenfalls im Bereich der Veranstaltung von Konzerten klassischer Musik miteinander verbunden.<sup>128</sup>

#### A.5.1.3 Zwischen Ticketcorner und Good News et al.

39. Zwischen Ticketcorner und Good News besteht ein Veranstaltervertrag, gemäss welchem Good News Ticketcorner das Recht einräumt, [50–100 %] aller Tickets ihrer Anlässe in der Schweiz zu vertreiben.<sup>129</sup> Eine weitere, wenn auch indirekte Verflechtung zwischen den zwei Gesellschaften besteht darin, dass – wie bereits erwähnt – die Ringier AG 48 % der Aktien an Good News hält und zu 50 % an Ticketcorner beteiligt ist. Ebenfalls zu 50 % an Ticketcorner beteiligt ist die CTS-Gruppe, welche gemäss eigenen Worten "(...) Europas Marktführer[in] im Ticketing und in über 20 Ländern aktiv"<sup>130</sup> ist und die zugleich auch im Bereich Live-

Entertainment tätig ist, in der Schweiz etwa durch ihre Beteiligung von 51 % an der act entertainment ag.

<sup>118</sup> Siehe dazu im Einzelnen die Kooperationsvereinbarung in Beilage 9 zu act. n° 12; bereinigte Version bei act. n° 123.

<sup>119</sup> Vgl. die Antworten 6 und 19 auf den Fragebogen (act. n° 102).

<sup>120</sup> Siehe die Kooperationsvereinbarung in Beilage 9 zu act. n° 12; bereinigte Version bei act. n° 123.

<sup>121</sup> Siehe auch Rz 31.

<sup>122</sup> Siehe [www.hallenstadion.ch/sites/business\\_hasta/strategische\\_partner.html](http://www.hallenstadion.ch/sites/business_hasta/strategische_partner.html) (05.12.2011).

<sup>123</sup> Vgl. etwa act. n° 209.

<sup>124</sup> Siehe dazu sowie allgemein zu dieser Vereinbarung die Medienmitteilung der AGH vom 21. Dezember 2009, abrufbar unter [www.hallenstadion.ch/sites/news.html?news:view=details&id=90](http://www.hallenstadion.ch/sites/news.html?news:view=details&id=90) (05.12.2011).

<sup>125</sup> [www.goodnews.ch/index.php?article\\_id=50](http://www.goodnews.ch/index.php?article_id=50) (05.12.2011).

<sup>126</sup> Siehe Geschäftsbericht 2010 der DEAG, abrufbar unter [www.deag.de/fileadmin/assets/investors/de/berichte/DEAG\\_Geschaeft\\_sbericht\\_2010\\_31032011.pdf](http://www.deag.de/fileadmin/assets/investors/de/berichte/DEAG_Geschaeft_sbericht_2010_31032011.pdf) (05.12.2011).

<sup>127</sup> Zu präzisieren ist, dass diese 50 % der Aktien an The Classical Company AG von der DEAG Classics AG mit Sitz in Berlin gehalten werden, an der wiederum die DEAG Deutsche Entertainment AG 51 % der Aktien hält; die übrigen 49 % der Aktien hält Sony Music Entertainment (siehe Geschäftsbericht 2009 der DEAG [Fn 126]).

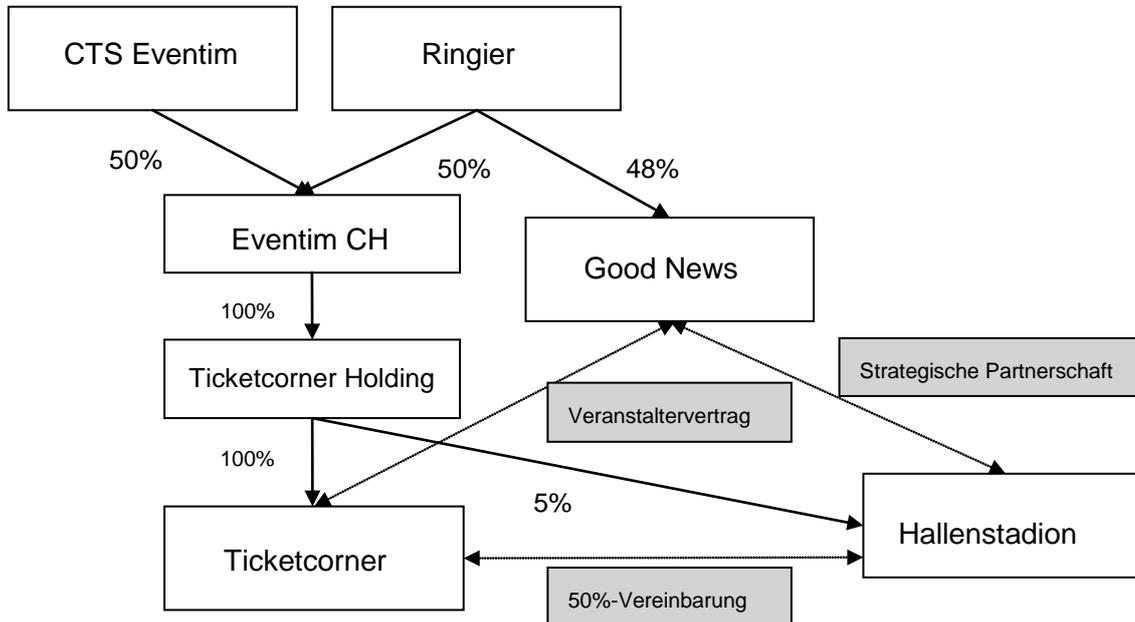
<sup>128</sup> Medienmitteilung der Ringier AG vom 18. Dezember 2009, abrufbar unter [www.ringier.ch/index.cfm?id=9753&detail=true](http://www.ringier.ch/index.cfm?id=9753&detail=true) (05.12.2011).

<sup>129</sup> Act. n° 128. Siehe auch das Protokoll des Parteiverhörs von Ticketcorner (act. n° 218).

<sup>130</sup> Aus dem Kurzportrait der CTS EVENTIM AG - Gruppe, abrufbar unter [www.eventim.de/tickets.html?affiliate=EVE&fun=tdoc&doc=eventim/default/info/de/investor/investorOverview](http://www.eventim.de/tickets.html?affiliate=EVE&fun=tdoc&doc=eventim/default/info/de/investor/investorOverview) (05.12.2011).

#### A.5.1.4 Bildliche Darstellung dieser Verflechtungen

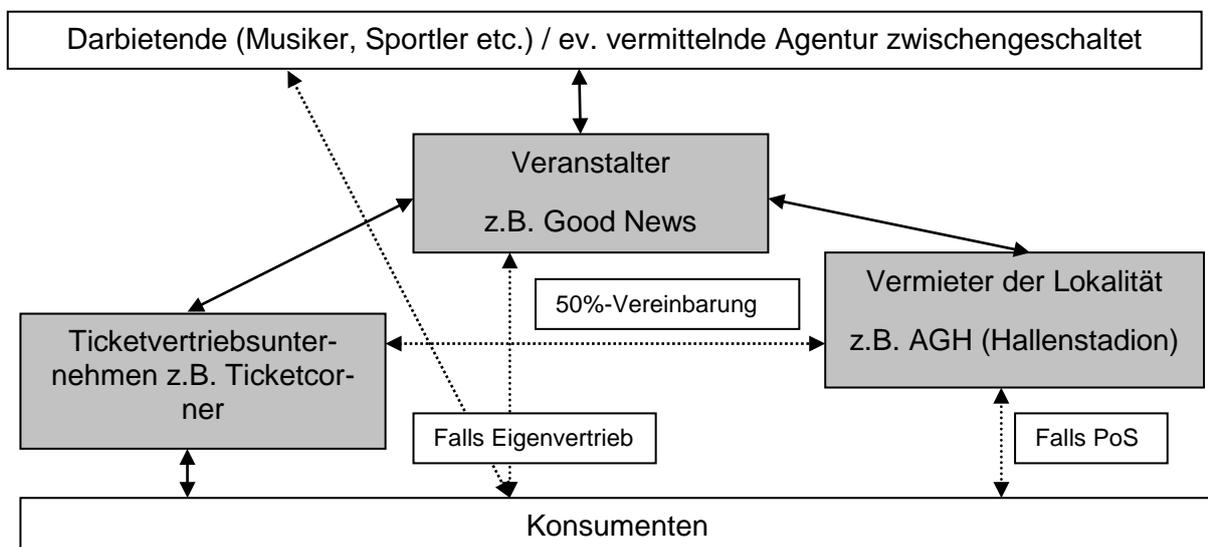
40. Grafisch lassen sich die zuvor beschriebenen Verflechtungen wie folgt darstellen:



#### A.5.2 Marktstruktur

41. Die nachfolgende Skizze soll die Marktstruktur bei der Vermietung einer Lokalität zur dortigen Durchführung eines Anlasses, zum Beispiel eines Konzerts (unabhängig der betroffenen Musikrichtung) verdeutlichen. Hinsichtlich der Durchführung von Musicals, Theaterstücken und Opern sowie Auftritten von Komödianten ist die Marktstruktur vergleichbar. Entsprechendes gilt auch für Sportanlässe, sofern es sich dabei um Einzelanlässe (im Gegensatz zu regelmässig stattfindenden Club- oder Ligaspielen) wie etwa einen Boxkampf oder eine Moto-cross-Show handelt. Bei der Durchführung von unter-

nehmensinternen Anlässen, insbesondere der Abhaltung von Generalversammlungen, ist die Struktur hingegen eine etwas andere: Solche Anlässe richten sich an einen im Voraus bestimmten Adressatenkreis – diesem, und nur diesem, sind Tickets resp. Einlassberechtigungen zuzustellen bzw. zugänglich zu machen – und sie bedürfen keiner Bewerbung im Vorfeld. Der Beizug eines Ticketvertriebsunternehmens für die Vornahme der auch bei solchen Anlässen regelmässig erforderlichen Einlasskontrolle ist zwar möglich, aber nicht notwendig. Sodann ist es das den Anlass durchführende Unternehmen selbst, welches den Anlass bestreitet, und nicht ein Dritter wie etwa ein Künstler.



42. Die vorangehende Skizze bringt zum Ausdruck, dass die Veranstalter eine Vermittlungsfunktion zwischen den Darbietenden und deren Publikum wahrnehmen, indem sie einen bestimmten Anlass organisieren. Die Veranstalter sind erstens darauf angewiesen, dass sie Darbietende (z.B. Musiker) für die Durchführung eines Anlasses gewinnen können, entweder direkt oder via einer diese vermittelnden bzw. deren Rechte verwertenden Agentur.<sup>131</sup> Zuweilen produzieren die Veranstalter die Darbietung, beispielsweise ein Musical, auch gleich selber, sind damit sowohl Produzent als auch Veranstalter in einem.<sup>132</sup> Zweitens benötigen die Veranstalter eine geeignete Lokalität, in welcher der Anlass stattfinden kann. Drittens arbeiten die Veranstalter mit einem Ticketvertriebsunternehmen zusammen, welches die Tickets des jeweiligen Anlasses vertreibt und gegebenenfalls auch Kommunikationsleistungen erbringt, sprich Werbung macht.

43. Die Ausführungen zu den Verflechtungen der AGH und Ticketcorner<sup>133</sup> zeigen, dass die Tendenz besteht, eine möglichst grosse Anzahl dieser komplementären Leistungen durch ein Unternehmen bzw. innerhalb einer Unternehmensgruppe anbieten zu können.<sup>134</sup>

### **A.5.3 Die 50 %-AGB-Klausel und die 50 %-Vereinbarung im Einzelnen**

#### **A.5.3.1 Von den Vorschriften erfasste bzw. ausgenommene Ticketkategorien**

44. Der Wortlaut der 50 %-AGB-Klausel wie auch derjenige der 50 %-Vereinbarung legen nahe, dass diese Vorschriften – mit Vorbehalt der Ausnahme veredelter Tickets bis maximal 5 % der Maximalkapazität – für sämtliche Tickets eines im Hallenstadion stattfindenden Anlasses gelten.

45. Gemäss übereinstimmender Ausführungen der AGH und Ticketcorner verstehen und handhaben sie diese Vorschriften jedoch restriktiver.<sup>135</sup> So finden sie etwa auf die folgenden, nicht abschliessend aufgezählten<sup>136</sup> Kategorien von Tickets keine Anwendung, ungeachtet dessen, welchen prozentualen Anteil der Maximalkapazität diese Kategorien von Tickets ausmachen: Dauerkarten, Sponsorenkarten, Medienkarten sowie im Eigenvertrieb vertriebene Karten, worunter AGH und Ticketcorner in vorliegendem Kontext jeden Vertrieb verstehen, "(...) der durch den Veranstalter und/oder die Agentur und/oder den Künstler erfolgt und der sich an einen bestimmten (geschlossenen) Adressatenkreis richtet oder durch eigene Verkaufsstellen (z.B. Tageskasse, Office des Veranstalters) erfolgt"<sup>137</sup>. Auf diesem gemeinsamen Verständnis der fraglichen Normen von AGH und Ticketcorner sowie der entsprechenden Anwendung derselben<sup>138</sup> beruhen die nachfolgenden Ausführungen. Denn zu beurteilen ist das effektive Geschehen und nicht ein hypothetischer Sachverhalt, namentlich wie die Vorschriften aufgrund des Wortlauts verstanden werden könnten, von AGH und Ticketcorner aber nicht verstanden und auch nicht gelebt werden. Hervorzuheben ist an dieser Stelle allerdings, dass sich AGH und Ticketcorner auf diesem ihrem gemeinsamen Verständnis der Normen behaften lassen müssen – sollte sich herausstellen, dass sie hiervon abweichen und die Normen gleichwohl anders anwenden, müsste dieser neue, vorliegend nicht

beurteilte und bislang auch noch nicht zu beurteilende Sachverhalt im Rahmen eines neuen Verfahrens auf seine kartellrechtliche Zulässigkeit hin überprüft werden.

46. Nebst den zuvor genannten Kategorien von Tickets, auf welche die 50 %-AGB-Klausel und die 50 %-Vereinbarung generell keine Anwendung finden, sind von diesen Bestimmungen ferner veredelte Tickets (das sind VIP Pakete mit Zusatzleistungen wie beispielsweise einem Nachtessen) ausgenommen, allerdings nur, aber immerhin, bis zu einem Umfang von maximal 5 % der Maximalkapazität (nachfolgend zusammen mit den in der vorangehenden Rz genannten Tickets als "eigenvertriebene Tickets" bezeichnet).

47. Hinsichtlich der nach Vorgenanntem<sup>139</sup> noch verbleibenden Tickets (nachfolgend als "fremdvertriebene Tickets" bezeichnet) schreibt die 50 %-AGB-Klausel nun vor, dass der Veranstalter ein Kontingent von mindestens 50 % dieser fremdvertriebenen Tickets der AGH zum Vertrieb zur Verfügung stellen muss. Dieser Vertrieb erfolgt gemäss 50 %-AGB-Klausel derzeit durch Ticketcorner, was denn auch der Regelung der 50 %-Vereinbarung zwischen AGH und Ticketcorner entspricht. Hinsichtlich des Vertriebs der übrigen fremdvertriebenen Tickets von maximal 50 % ist der Veranstalter – zumindest aus rechtlicher Sicht – frei; er kann hierfür ebenfalls Ticketcorner beauftragen, er kann hierfür aber auch ein anderes oder gar mehrere andere Ticketvertriebsunternehmen wählen.<sup>140</sup> Zu erwähnen bleibt, dass, soll der Ticketvertrieb durch ein einziges Ticketvertriebsunternehmen erfolgen, der Veranstalter hierfür aufgrund der 50 %-AGB-Klausel zwangsläufig Ticketcorner wählen muss, ein anderes Ticketvertriebsunternehmen kommt dafür nicht in Betracht.

#### **A.5.3.2 Faktische Wirkung der 50 %- wie 100 %-Vorschriften?**

48. CTS Schweiz<sup>141</sup> und ticketportal<sup>142</sup> machen in ihren Anzeigen ebenso wie Starticket in ihrer Eingabe<sup>143</sup> geltend, die 50 %-AGB-Klausel wirke sich faktisch wie eine

<sup>131</sup> Siehe zu Letzterem exemplarisch die Aussage eines Zeugen (Protokoll der Zeugeneinvernahme act. n° 209, S. 2 f.).

<sup>132</sup> So etwa die act entertainment ag, siehe [www.topact.ch/ueberuns/ueber-act-entertainment/](http://www.topact.ch/ueberuns/ueber-act-entertainment/) (05.12.2011).

<sup>133</sup> Siehe Rz 36 ff.

<sup>134</sup> Ebenso etwa die Aussagen von AGH anlässlich des Parteiverhörs, Protokoll act. n° 219 S. 3.

<sup>135</sup> Siehe zusammenfassend und zuvor bestehende Unklarheiten ausräumend act. n° 239, ferner die Antworten auf die Fragebogen (Ticketcorner: act. n° 64a; bereinigte Version act. n° 101. AGH: act. n° 64; bereinigte Version act. n° 102) sowie die Protokolle der Parteiverhöre (Ticketcorner: act. n° 218. AGH: act. n° 219).

<sup>136</sup> Für eine umfassende, abschliessende Auflistung siehe act. n° 239.

<sup>137</sup> Gemeinsame Antwort der AGH und Ticketcorner auf die Frage, wie der Eigenvertrieb in vorliegendem Kontext zu verstehen sei, siehe act. n° 239.

<sup>138</sup> Anzeichen dafür, dass AGH und Ticketcorner diese Normen anders anwenden als von ihnen ausgeführt, haben sich im Rahmen dieser Untersuchung nicht ergeben.

<sup>139</sup> Rz 45 f.

<sup>140</sup> Illustrativ die Ausführungen der AGH anlässlich des Parteiverhörs, siehe Seite 5 des entsprechenden Protokolls (act. n° 219).

<sup>141</sup> Act. n° 1 Rz 11 ff.

<sup>142</sup> Act. n° 15 S. 7.

<sup>143</sup> Act. n° 58.

100 %-ige Klausel aus und die Veranstalter würden Ticketcorner regelmässig mit dem Vertrieb nicht nur von mindestens 50 %, sondern sämtlicher fremdvertriebener Tickets betrauen. Zur Begründung führen sie an:

- 1) Ein Ticketvertrieb über mehrere Ticketvertriebsunternehmen mache eine Kontingentierung der Tickets und bei unterschiedlichem Verkaufserfolg die manuelle Anpassung bzw. Verschiebung der Kontingente erforderlich, was mit entsprechendem Zusatzaufwand verbunden sei. Im Übrigen sei eine Kontingentierung auch fehleranfällig, führe namentlich bei Sitzplatzgenauen Anlässen zur Gefahr von Doppelbuchungen.
- 2) Ein Ticketvertrieb über mehrere Ticketvertriebsunternehmen sei für die potentiellen Ticketkäufer aus Transparenzgründen in mehrfacher Hinsicht nachteilig: Jedes der beteiligten Ticketvertriebsunternehmen würde auf seiner Internetseite nur die sich in seinem Kontingent befindenden Sitzplätze anzeigen. Um einen vollständigen Überblick zu erhalten, müsste ein potentieller Ticketkäufer das Angebot der verschiedenen involvierten Ticketvertriebsunternehmen prüfen. Insbesondere wenn ein Ticketvertriebsunternehmen sein Kontingent ausverkauft haben sollte, könne bei den potentiellen Ticketkäufern der unzutreffende Eindruck entstehen, der Anlass sei insgesamt ausverkauft, obwohl bei anderen Ticketvertriebsunternehmen noch Tickets dafür erhältlich wären. Ferner könnten die unterschiedlichen Gebührenmodelle der diversen Ticketvertriebsunternehmen zu unterschiedlichen Ticketpreisen führen resp. würden sich zu Lasten der Marge des Veranstalters auswirken, der diese Gebührendifferenz trage, um einen einheitlichen Ticketpreis zu gewährleisten.
- 3) Die Veranstalter und die Darbietenden bzw. deren Agenturen würden eine einheitliche Abrechnung verlangen, die zu erstellen – jedenfalls möglichst rasch und ohne zusätzliche Aufwände – nur bei Betrauung eines einzelnen Ticketvertriebsunternehmens mit dem Vertrieb möglich sei.
- 4) Sodann würden Ticketvertriebsunternehmen neben dem eigentlichen Ticketvertrieb verschiedene Marketingdienstleistungen zur Absatzförderung erbringen, welche bei einer Aufteilung der zu vertreibenden Tickets auf verschiedene Ticketvertriebsunternehmen aufeinander abgestimmt werden müssten. Dies sei weder für die Veranstalter noch für die Ticketvertriebsunternehmen interessant. Zudem lohne sich für ein Ticketvertriebsunternehmen ein aufwendiges Marketing nur, wenn es 100 % der Tickets verkaufen könne.
- 5) Schliesslich sei es so, dass Ticketcorner unterschiedliche Konditionen anbiete, je nachdem, ob ihr nur das über die 50 %-AGB-Klausel zugewiesene Mindestkontingent von 50 % eingeräumt oder ob sie mit dem Vertrieb sämtlicher fremdvertriebener Tickets betraut werde. Das deutlich schlechtere Angebot bei Überlassung bloss eines Kontingents von 50 % zwinge die Veranstalter geradezu dazu, Ticketcorner den Vertrieb von 100 % der fremdvertriebenen Tickets zu überlassen.

49. Ticketportal untermauert ihre Ausführungen damit, dass sie aufgrund der 50 %-AGB-Klausel den Auftrag für den Vertrieb der Tickets für den Victoria Cup<sup>144</sup> an Ticketcorner verloren habe.<sup>145</sup> 2008 habe sie für diesen Anlass, der damals in der Postfinance Arena in Bern stattfand, die Tickets vertrieben. 2009 sei das Hallenstadion Austragungsort gewesen. Aufgrund der Kompliziertheit sowie der Unsicherheiten bei der Abwicklung einer Ticketkontingentierung von je 50 % an Ticketcorner und an ticketportal sei für den Veranstalter Ovation Sports AG nichts anderes in Frage gekommen, als sämtliche Tickets über Ticketcorner zu verkaufen.

50. Starticket führt zur Stützung ihrer Ausführungen mehrere Beispiele an, wonach Veranstalter, die den Ticketvertrieb bislang vollumfänglich über Starticket abgewickelt hätten, wegen der 50 %-AGB-Klausel ein Kontingent von mindestens 50 % an Ticketcorner hätten abgeben müssen und sich deshalb aufgrund der vorerwähnten, gegen eine Kontingentierung sprechenden Gründe entschlossen hätten, gleich den gesamten Ticketvertrieb über Ticketcorner abzuwickeln:<sup>146</sup> Beim Swiss Award 2009, veranstaltet durch das Schweizer Fernsehen, sei in der Tat eine Kontingentierung der Tickets von 50 % an Ticketcorner und 50 % an Starticket versucht worden. Aufgrund des zusätzlichen Aufwandes, der durch die Kontingentierung entstanden sei, habe sich das Schweizer Fernsehen aber entschlossen, beim Swiss Award 2010 keine Kontingentierung mehr vorzunehmen, sondern ein Ticketvertriebsunternehmen mit dem gesamten Ticketvertrieb zu betrauen, welches wegen der 50 %-AGB-Klausel zwangsläufig Ticketcorner gewesen sei. Vergleichbares gelte auch für den ebenfalls durch das Schweizer Fernsehen veranstalteten Grand Prix der Volksmusik, der 2011 wieder in der Schweiz stattfinden werde. Auch beim Vortrag des Dalai Lama, veranstaltet durch den Mind and Life international e.V., sei Ticketcorner aufgrund der 50 %-AGB-Klausel letztlich mit dem Vertrieb von 100 % der Tickets betraut worden.<sup>147</sup> Ebenso verhalte es sich bezüglich der Auftritte von Michael Mittermeier, veranstaltet durch die ausserhaus GmbH.<sup>148</sup>

<sup>144</sup> Der Victoria Cup ist ein Eishockey-Wettbewerb, der zwischen dem Sieger der europäischen Champions Hockey League und einem Vertreter der nordamerikanischen National Hockey League ausgetragen wird. Er fand bisher zweimal statt, namentlich in den Jahren 2008 und 2009. Im Jahr 2010 wurde er nicht ausgetragen, da die den einen Teilnehmer bestimmende Champions Hockey League – aus finanziellen Gründen – in diesem Jahr nicht stattfand. Die Champions Hockey League soll gemäss Angaben der International Ice Hockey Federation ab der Saison 2011/2012 wieder aufgenommen werden (siehe [www.iihf.com/home-of-hockey/club-events/champions-hockey-league.html](http://www.iihf.com/home-of-hockey/club-events/champions-hockey-league.html) [05.12.2011]), die Zukunft des Victoria Cups scheint derzeit aber noch ungewiss.

<sup>145</sup> Act. n° 15 S. 9.

<sup>146</sup> Siehe act. n° 58.

<sup>147</sup> Der Eingabe von Starticket (siehe die vorangehende Fn) ist ein Schreiben des Mind and Life international e.V. beigelegt, in welchem dieser die Situation aus seiner Sicht schildert und inhaltlich die Ausführungen von Starticket bestätigt.

<sup>148</sup> Der Eingabe von Starticket (siehe die Fn 146) ist ein Schreiben der ausserhaus GmbH beigelegt, in welchem diese die Situation aus ihrer Sicht schildert und inhaltlich die Ausführungen von Starticket bestätigt.

51. Demgegenüber macht die AGH<sup>149</sup> geltend, dass der parallele Vertrieb von Tickets durch mehrere Ticketvertriebsunternehmen und damit verbunden eine Kontingentierung der Tickets nicht nur im Hallenstadion, sondern auch in anderen Lokalisationen üblich sei. Sie untermauert dies mit einer Liste von Anlässen, bei welchen jeweils mehrere Ticketvertriebsunternehmen für den Ticketvertrieb zuständig gewesen seien. Technisch sei ein paralleler Ticketvertrieb durch mehrere Ticketvertriebsunternehmen und/oder durch Eigenvertrieb unproblematisch. Es brauche bloss die Interoperabilität allfälliger unterschiedlicher Software mittels entsprechender Schnittstellen sichergestellt werden, wobei AGH und Ticketcorner die hierfür von ihrer Seite her notwendigen Schnittstelleninformationen zur Verfügung stellen würden. Die Veranstalter könnten durch die unterschiedlichen Marketingstrategien verschiedener involvierter Ticketvertriebsunternehmen ein grösseres Kundensegment erreichen. Zudem könne so das finanzielle Risiko auf mehrere Unternehmen verteilt werden. Die 50 %-AGB-Klausel wirke sich in Anbetracht dessen nicht faktisch wie eine 100 %-ige Klausel aus.

52. Ticketcorner äussert sich im Wesentlichen gleich wie die AGH und betont insbesondere, dass Kontingentierungen die Regel seien und hierbei keine technischen Probleme bestünden.<sup>150</sup> Anlässlich des Parteiverhörs machte Ticketcorner ergänzende Ausführungen zur Schnittstellenlösung betreffend Kontingentsverschiebungen, welche sie anbietet.<sup>151</sup>

53. Eine Auswertung der von den Veranstaltern ausgefüllten Fragebogen zeichnet folgendes Bild: 6 von 10 Veranstaltern geben an, bei einem Anlass in der Regel ausschliesslich mit einem einzigen Ticketvertriebsunternehmen zusammen zu arbeiten.<sup>152</sup> Die ZLE Betriebs AG führt aus, ein Vertrieb über ein Ticketvertriebsunternehmen sei bei Saisonveranstaltern, wie sie einer sei, der einzig sinnvolle Weg.<sup>153</sup> Demgegenüber geben die beiden in der Romandie tätigen Veranstalter an, jeweils mit zwei Ticketvertriebsunternehmen zusammen zu arbeiten, namentlich mit Ticketcorner und FNAC, wobei das Zweite insbesondere das Zielpublikum aus dem benachbarten Frankreich ideal abdecke.<sup>154</sup> Die 4 Music Entertainment AG hält als einziger in der deutschsprachigen Schweiz tätiger Veranstalter fest, mehrere Ticketvertriebsunternehmen zum Vertrieb zu verwenden, um so eine optimale Abdeckung der Verkaufspunkte in der ganzen Schweiz zu gewährleisten.<sup>155</sup>

54. Befragt nach Vorteilen einer Zusammenarbeit mit mehreren Ticketvertriebsunternehmen bei einem Anlass, geben 4 der 10 Veranstalter an, es gebe keine.<sup>156</sup> Die beiden in der Romandie tätigen Veranstalter, die regelmässig zwei Ticketvertriebsunternehmen heranziehen, nennen als Vorteile die erhöhte Anzahl von Verkaufsstellen, den Zugang zu Kunden in Frankreich, die geringeren Ticketinggebühren sowie die Möglichkeit, CHF und EUR verwenden zu können.<sup>157</sup> Als möglichen Vorteil nennt die Rent-a-Show AG, dass dies zusätzliche Distributionskanäle bringe und z.B. einen Ticketvertrieb in Deutschland ermögliche.<sup>158</sup> Die act entertainment ag sieht einen Vorteil vor allem bei Anlässen, deren Plätze unnummeriert sind, da dort der Überwachungsaufwand geringer sei als bei sitzplatzgenauen Anlässen und sich so die verschiedenen Kommunikationsmittel der Ticket-

vertriebsunternehmen nutzen liessen.<sup>159</sup> Gemäss Cinerent OpenAir AG könnte ein Vorteil darin liegen, dass sich so neue Zielgruppen ansprechen liessen.<sup>160</sup> Die 4 Music Entertainment AG sieht einen Vorteil darin, dass der Beizug mehrerer Ticketvertriebsunternehmen den Wettbewerb zwischen diesen intensivieren und so zu besseren Preisen führen könne.<sup>161</sup>

55. Nach Nachteilen einer Zusammenarbeit mit mehreren Ticketvertriebsunternehmen befragt, nennen 9 von 10 Veranstaltern den zusätzlichen Aufwand bzw. die Notwendigkeit einer Kontingentierung der Tickets als solche.<sup>162</sup> Ergänzend wird zuweilen ausgeführt, dass vor allem bei sitzplatzgenauen Anlässen (im Gegensatz zu Anlässen, deren Plätze unnummeriert sind) ein Ticketvertrieb über mehrere Ticketvertriebsunternehmen sehr aufwändig sei und/oder dass die Gefahr von Doppelbuchungen bestehe.<sup>163</sup> Einzig 4 Music Entertainment AG sieht keine Nachteile in einem Ticketvertrieb über mehrere Ticketvertriebsunternehmen.<sup>164</sup>

56. Die Zeugenbefragungen haben gezeigt, dass es die Befragten grundsätzlich vorziehen, bei einem Anlass mit einem einzigen, dem von ihnen regelmässig bevorzugten (Stamm)Ticketvertriebsunternehmen – zuweilen ergänzt durch Eigenvertrieb – zusammen zu arbeiten.<sup>165</sup>

<sup>149</sup> Act. n° 12; bereinigte Version act. n° 148, insbesondere Rz 102 ff.

<sup>150</sup> Seite 7 ff. der Antworten auf den Fragebogen (act. n° 64a; bereinigte Version act. n° 101).

<sup>151</sup> Seite 11 ff. des Protokolls der Parteiaussage von Ticketcorner (act. n° 218). Vgl. aber auch die Parteiaussagen von ticketportal und Ticketino, gemäss welchen letztlich die Ticketvertriebsunternehmen kein Interesse an einer Kommunikation ihrer Systeme untereinander hätten (act. n° 186 S. 8 f. resp. act. n° 114 S. 6), und diejenigen von Starticket, wonach sich die Programmierung entsprechender Schnittstellen für die Ticketvertriebsunternehmen wirtschaftlich nicht lohnen würde (act. n° 184 S. 3 f.).

<sup>152</sup> Act entertainment ag (act. n° 57), Appalooza productions GmbH (act. n° 67), Good News Productions AG (act. n° 66), Cinerent OpenAir AG (act. n° 92), Rent-a-Show AG (act. n° 108), Art on Ice Production AG (act. n° 98).

<sup>153</sup> ZLE Betriebs AG (act. n° 109).

<sup>154</sup> OPUS ONE SA (act. n° 50), Live Music Production LMP S.A. (act. n° 38).

<sup>155</sup> 4 Music Entertainment AG (act. n° 118).

<sup>156</sup> Appalooza productions GmbH (act. n° 67), Good News Productions AG (act. n° 66), Art on Ice Production AG (act. n° 98), ZLE Betriebs AG (act. n° 109). Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass Appalooza productions GmbH diese Grundaussage ein wenig relativiert, indem sie ausführt, in sehr seltenen Fällen könne sich eine Kontingentierung zur Gewährleistung, dass aufgrund des Ansturms bei einem Anlass keine Systemzusammenbrüche entstünden, sinnvoll sein.

<sup>157</sup> OPUS ONE SA (act. n° 50), Live Music Production LMP S.A. (act. n° 38).

<sup>158</sup> Rent-a-Show AG (act. n° 108).

<sup>159</sup> Act entertainment ag (act. n° 57). Dahingehend auch die Ausführungen von Starticket anlässlich des Parteiverhörs, allerdings insofern relativierend, als die Nutzung verschiedener Kommunikationskanäle einzig für nicht so bekannte Anlässe sinnvoll bzw. erforderlich erscheinen (siehe Protokoll des Parteiverhörs act. n° 184 S. 3).

<sup>160</sup> Cinerent OpenAir AG (act. n° 92).

<sup>161</sup> 4 Music Entertainment AG (act. n° 118).

<sup>162</sup> OPUS ONE SA (act. n° 50), Live Music Production LMP S.A. (act. n° 38), Act entertainment ag (act. n° 57), Appalooza productions GmbH (act. n° 67), Good News Productions AG (act. n° 66), Cinerent OpenAir AG (act. n° 92), Rent-a-Show AG (act. n° 108), Art on Ice Production AG (act. n° 98), ZLE Betriebs AG (act. n° 109).

<sup>163</sup> Act entertainment ag (act. n° 57), Appalooza productions GmbH (act. n° 67), dahingehend auch Rent-a-Show AG (act. n° 108), Art on Ice Production AG (act. n° 98).

<sup>164</sup> 4 Music Entertainment AG (act. n° 118).

<sup>165</sup> Protokolle der Zeugeneinvernahmen act. n° 180 S. 6 f.; act. n° 209 S. 10; act. n° 214 S. 9.

Einen Vertrieb über mehrere Ticketvertriebsunternehmen ziehen die befragten Zeugen manchmal dennoch vor, und zwar aus unterschiedlichen Gründen: Erstens, wenn zusätzliche Vertriebskanäle erschlossen werden sollen, etwa bei Anlässen in der Westschweiz über FNAC.<sup>166</sup> Zweitens, wenn die Darbietenden bzw. die sie vermittelnden Agenturen die Abgabe eines Kontingents von Tickets an ein bestimmtes Ticketvertriebsunternehmen verlangen und es sich bei diesem nicht um das vom Veranstalter bevorzugte Ticketvertriebsunternehmen handelt.<sup>167</sup> Drittens, wenn die Vermieter der Veranstaltungslokalitäten die Abgabe eines Kontingents von Tickets an ein bestimmtes Ticketvertriebsunternehmen verlangen und es sich bei diesem nicht um das vom Veranstalter bevorzugte Ticketvertriebsunternehmen handelt.<sup>168</sup> Zur Begründung, weshalb in den beiden letztgenannten Fällen nicht einfach der gesamte Ticketvertrieb dem von den Darbietenden oder den Vermietern der Veranstaltungslokalitäten verlangten Ticketvertriebsunternehmen überlassen, sondern eine Kontingentierung vorgenommen wird, führten die betroffenen Zeugen aus, sie wollten unter anderem im Interesse der Stammkundschaft nicht auf die "gewohnten" Vertriebskanäle des von ihnen regelmässig bevorzugten Ticketvertriebsunternehmens (bei welchem es sich in diesen beiden Fällen im Übrigen um Ticketcorner handelt) verzichten.<sup>169</sup>

57. Ein Ticketvertrieb über mehr als ein Ticketvertriebsunternehmen ist demnach zwar möglich, die Veranstalter scheuen aber den zusätzlichen Aufwand, der dadurch – vor allem bei sitzplatzgenauen Anlässen<sup>170</sup> – entsteht.<sup>171</sup> Wieviel zusätzlicher Aufwand durch einen Ticketvertrieb über mehrere Ticketvertriebsunternehmen effektiv entsteht, braucht nicht eruiert zu werden. Denn entscheidend ist das Verhalten der Veranstalter auf dem Markt – sie verzichten zur Vermeidung des von ihnen angenommenen Zusatzaufwands auf einen Ticketvertrieb über mehrere Ticketvertriebsunternehmen – ob sie dabei die Höhe des Zusatzaufwands zutreffend einschätzen oder ob sie diesbezüglich verfehlte Annahmen treffen, ist nicht von Bedeutung. Die Veranstalter ziehen also generell vor, den Ticketvertrieb bloss durch ein Ticketvertriebsunternehmen vornehmen zu lassen.<sup>172</sup> Für einen Ticketvertrieb über mehrere Ticketvertriebsunternehmen entscheiden sie sich nur, wenn die damit verbundenen Vorteile den erwarteten Mehraufwand überwiegen. Wie die Untersuchung gezeigt hat, ist dies aus Sicht der Veranstalter vor allem der Fall, wenn zusätzliche Vertriebskanäle, insbesondere solche im Ausland, eröffnet werden sollen. Dieser Gesichtspunkt ist primär für in der Romandie stattfindende Anlässe wesentlich. Bei Anlässen im Hallenstadion ist er – jedenfalls so lange, als dass die Vertriebskanäle desjenigen Ticketvertriebsunternehmens, dem aufgrund der 50 %-AGB-Klausel mindestens 50 % der Tickets zum Vertrieb überlassen werden müssen (derzeit Ticketcorner), von den Veranstaltern als ausreichend erachtet werden, wie dies derzeit (soweit ersichtlich) der Fall ist<sup>173</sup> – hingegen nicht von praktischer Relevanz. Eine allgemeingültige Aussage dazu, welche Bedeutung ein Veranstalter dem Gesichtspunkt zumisst, dass Tickets für seine Anlässe immer zumindest auch beim gleichen (Stamm)Ticketvertriebsunternehmen erhältlich sind, ob sowie gegebenenfalls in welchem Umfang er zusätzlichen Aufwand

hierfür auf sich zu nehmen bereit ist, lässt sich nur schwerlich machen; dies zumal deshalb, weil sich Veranstalter bisher erst selten mit dieser Frage konfrontiert sahen. Einige Antworten in den Fragebogen lassen jedoch den Schluss zu, dass dieser Gesichtspunkt für die Veranstalter – jedenfalls im Regelfall – nicht von prioritärer Bedeutung ist.<sup>174</sup> Entsprechend wenig zusätzlichen Aufwand sind sie hierfür einzugehen bereit, wie dies auch die bisherigen Erfahrungen von Ticketportal<sup>175</sup> und Starticket<sup>176</sup> mit der 50 %-AGB-Klausel bestätigen. Bietet Ticketcorner für den Vertrieb des ihr aufgrund der 50 %-AGB-Klausel zugesicherten Kontingents von 50 % der fremdvertriebenen Tickets zudem schlechtere Konditionen an als für den Vertrieb sämtlicher fremdvertriebener Tickets,<sup>177</sup> erhöht dies die Kosten der Veranstalter für einen Ticketvertrieb über mehrere Ticketvertriebsunternehmen und ist deshalb ein weiterer Grund für sie, auf einen solchen zu verzichten. Trotz deutlicher Anzeichen

<sup>166</sup> Siehe bezüglich dieser Aussagen folgende Protokolle der Zeugeneinvernahmen act. n° 209 S. 10; in dem Sinn auch act. n° 214 S. 10. Ferner auch etwa die Aussage von Ticketcorner, Protokoll act. n° 218 S. 6.

<sup>167</sup> Vgl. zu dieser Aussage das Protokoll der Zeugeneinvernahme act. n° 209 S. 10 f. Im Ergebnis ebenfalls act. n° 214 S. 10, wo seitens des Darbietenden bzw. dessen Management nachträglich der Beizug eines weiteren Ticketvertriebsunternehmens nebst dem vom Veranstalter bevorzugten verlangt wurde.

<sup>168</sup> Siehe diesbezüglich die Protokolle der Zeugeneinvernahmen act. n° 180 S. 7 f. und 9; act. n° 209 S. 11 f.; act. n° 214 S. 11.

<sup>169</sup> Vgl. die Einvernahmeprotokolle act. n° 180 S. 8; act. n° 209 S. 12.

<sup>170</sup> Illustrativ etwa die Aussage eines Zeugen zu den damit gemachten Erfahrungen, Protokoll act. n° 214 S. 10.

<sup>171</sup> Dies deckt sich denn auch mit den Erfahrungen der Ticketvertriebsunternehmen, siehe exemplarisch die Aussage von Ticketino anlässlich der Parteiaussage (Protokoll act. n° 114 S. 5).

<sup>172</sup> Siehe exemplarisch die Aussage eines Zeugen, unter welchen kumulativen und restriktiven Voraussetzungen dieser einen Ticketvertrieb über mehr als ein Ticketvertriebsunternehmen als sinnvoll erachtet, Protokoll act. n° 214 S. 12.

<sup>173</sup> So die Aussagen der befragten Zeugen, siehe dazu die Protokolle der Zeugeneinvernahmen act. n° 180 S. 7; act. n° 209 S. 11 und in dem Sinne auch act. n° 214 S. 9.

<sup>174</sup> So hält etwa Appalooza productions GmbH (act. n° 67, Frage 2.a) fest, seit Jahren grundsätzlich einzig mit Starticket zusammen zu arbeiten, jedoch darauf angewiesen zu sein, für jeden Anlass das geeignetste Ticketvertriebsunternehmen wählen zu können. Good News Productions AG (act. n° 66, Frage 2.a) führt aus, i.d.R. immer nur mit einem Ticketvertriebsunternehmen zusammen zu arbeiten, meistens mit Ticketcorner, zuweilen aber auch mit Starticket. Sodann merken mehrere Veranstalter in den Fragebogen an, der Ticketvertrieb (und auch die 50 %-AGB-Klausel) sei für sie bezüglich des Hallenstadions verglichen mit der vertraglichen Beziehung zwischen AGH und Good News (siehe dazu Rz 38) in wettbewerbsbeschränkender Hinsicht bloss von untergeordneter Bedeutung (Act entertainment ag [act. n° 57], 4 Music Entertainment AG [act. n° 118], in dem Sinne auch Live Music Production LMP S.A. [act. n° 38]).

<sup>175</sup> Siehe Rz 49.

<sup>176</sup> Siehe Rz 50.

<sup>177</sup> Dahingehend das Schreiben des Mind and Life international e.V., welches der Eingabe von Starticket beigelegt ist, in dem festgehalten ist: "Bei einer 100%igen Abwicklung über TicketCorner hatten wir demzufolge bessere Konditionen" (siehe act. n° 58). Starticket führt aus, ihr lägen Informationen mehrerer betroffener Veranstalter vor, wonach unterschiedliche Konditionen zur Anwendung gelangen (siehe act. n° 226, Rz 5; ferner das Protokoll der Parteiaussage act. n° 184 S. 2 und S. 5). [...] Dass Ticketcorner unterschiedliche Konditionen anbietet, vermutet auch die Anzeigerin ticketportal (act. n° 15 S. 9; ferner das Protokoll der Parteiaussage, act. n° 186 S. 7). In Abrede gestellt wird die Anwendung unterschiedlicher Konditionen hingegen von Ticketcorner anlässlich des Parteiverhörs (siehe dazu das Protokoll act. n° 218 S. 7).

dafür, dass Ticketcorner unterschiedliche Konditionen anbietet,<sup>178</sup> kann hier letztlich offen bleiben, wie es sich damit genau verhält, denn auch unabhängig davon ergibt sich bereits aus dem Vorangehenden, dass sich die 50 %-AGB-Klausel jedenfalls in den allermeisten Fällen wie eine 100 %-ige Klausel auswirkt. Die Veranstalter hätten zwar rechtlich die Möglichkeit, mehrere Ticketvertriebsunternehmen mit dem Ticketvertrieb zu betrauen, faktisch sehen sie jedoch von einer Nutzung dieser Möglichkeit regelmässig ab.

58. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass sich die 50 %-AGB-Klausel faktisch – jedenfalls in den allermeisten Fällen – wie eine 100 %-ige Klausel auswirken dürfte. Dies wird den nachfolgenden Ausführungen zu Grunde gelegt.

59. Die vorangehende Feststellung hat mitunter auch zur Folge, dass – entgegen der Ansicht von Starticket<sup>179</sup> – nicht eruiert zu werden braucht, ob und inwiefern das Vertragsverhältnis zwischen AGH und Good News<sup>180</sup> auf den Ticketvertrieb im Bereich Pop/Rock ausstrahlt.<sup>181</sup> Denn eine diesbezügliche Steigerung gegenüber der 50 %-AGB-Klausel, die sich wie gesehen regelmässig faktisch wie eine 100 %-ige Klausel auswirkt, ist nicht mehr möglich.

#### **A.5.3.3 Auswirkung der 50 %-Vorschriften auf die Wahl des vom Veranstalter für den Eigenvertrieb verwendeten Softwaresystems**

60. Die vorangehenden Feststellungen treffen – ausser im (allerdings praktisch sehr seltenen)<sup>182</sup> Falle, dass der Veranstalter sämtliche Tickets eines Anlasses im Eigenvertrieb absetzt<sup>183</sup> – mutatis mutandis auch für die vom Veranstalter zu treffende Wahl beim Kauf oder der Miete des von ihm für einen allfälligen (von der 50 %-AGB-Klausel nicht erfassten<sup>184</sup>) Vertrieb von eigenvertriebenen Tickets verwendeten Softwaresystems zu.

61. (Vertrags)Rechtlich mag der Veranstalter bei der Wahl des Softwaresystems, welches er für den Vertrieb der eigenvertriebenen Tickets verwendet, zwar frei sein.<sup>185</sup> Wählt er hierfür aber nicht das Softwaresystem des Ticketvertriebsunternehmens, dem aufgrund der 50 %-AGB-Klausel mindestens 50 % der fremdvertriebenen Tickets zum Vertrieb überlassen werden müssen (derzeit Ticketcorner), sondern das Softwaresystem eines anderen Anbieters/Ticketvertriebsunternehmens, sieht er sich letztlich mit vergleichbaren Problemen konfrontiert wie sie zuvor hinsichtlich eines Vertriebs der fremdvertriebenen Tickets über mehrere Ticketvertriebsunternehmen festgestellt wurden.<sup>186</sup>

62. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die 50 %-AGB-Klausel faktisch – jedenfalls in den allermeisten Fällen – dazu führt, dass die Veranstalter für den Vertrieb der eigenvertriebenen Tickets das Softwaresystem desjenigen Ticketvertriebsunternehmens wählen, dem sie aufgrund dieser Klausel ohnehin mindestens 50 % der fremdvertriebenen Tickets zum Vertrieb überlassen müssen. Hierbei handelt es sich derzeit um Ticketcorner. Den nachfolgenden Ausführungen wird diese grundsätzliche Feststellung zu Grunde gelegt.

## **B Erwägungen**

### **B.1 Allgemeine Erwägungen und Formelles**

#### **B.1.1 Geltungsbereich**

##### **B.1.1.1 Persönlicher Geltungsbereich**

63. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes 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 damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen die wirtschaftliche Einheit Konzern als Ganzes.<sup>187</sup> Ein Konzern liegt vor, wenn mehrere rechtlich selbstständige Unternehmen unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind.<sup>188</sup>

64. Wie es sich mit einer allfälligen konzernmässigen Eingebundenheit von AGH und Ticketcorner verhält, kann bezüglich des persönlichen Geltungsbereichs des KG vorliegend offen bleiben. Rein konzerninterne, nicht unter das KG fallende Sachverhalte<sup>189</sup> stehen hier offenkundig nicht zur Beurteilung. Fest steht sodann, dass AGH und Ticketcorner rechtlich selbstständige, im Wirtschaftsprozess als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und/oder Dienstleistungen auftretende Gesellschaften sind. Ob diese Gesellschaften nun auch wirtschaftlich selbstständig sind oder ob sie als Teil eines Konzerns wirtschaftlich unselbstständig sind, ist unerheblich; vom persönlichen Geltungsbereich des KG erfasst ist das Geschehen so oder so, im ersten Fall unmittelbar aufgrund dieser Gesellschaft und im zweiten Fall aufgrund des Konzerns in seiner Gesamtheit. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Unterstellung unter den Unternehmensbegriff gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG die Frage nicht beantwortet, wer (materieller) Verfügungsadressat ist.<sup>190</sup> Da eine allfällige Konzernstruktur für die Bestim-

<sup>178</sup> Siehe die vorangehende Fn.

<sup>179</sup> Act. n° 226 Rz 6.

<sup>180</sup> Dazu Rz 38.

<sup>181</sup> Siehe dazu etwa die Aussagen von Starticket anlässlich des Parteiverhörs, Protokoll act. n° 184 S. 7 f. und 11.

<sup>182</sup> Gemäss (plausibler) Aussage von AGH anlässlich des Parteiverhörs, Protokoll act. n° 219 S. 14. Vgl. aber immerhin das Gegenbeispiel von Ticketcorner anlässlich des Parteiverhörs, Protokoll act. n° 218 S. 14.

<sup>183</sup> Diesfalls wirkt sich die 50 %-AGB-Klausel auf den Veranstalter nicht aus (siehe auch Rz 45).

<sup>184</sup> Siehe Rz 45.

<sup>185</sup> Siehe die gemeinsame Antwort der AGH und Ticketcorner auf die diesbezügliche Frage 4 (act. n° 239).

<sup>186</sup> Rz 53 ff., insbesondere Rz 55.

<sup>187</sup> JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 27.

<sup>188</sup> Der Konzernbegriff bestimmt sich bezüglich des persönlichen Anwendungsbereichs des KG also nach dem sog. Leitungsprinzip, siehe etwa JENS LEHNE (vorangehende Fn), Art. 2 KG N 29 m.w.H.

<sup>189</sup> Etwa VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2008, Rz 1245.

<sup>190</sup> RPW 2004/2, 419 Rz 56, *Swisscom ADSL*.

mung der Verfügungsadressaten der vorliegenden Verfügung von Relevanz sein kann, ist entsprechend dort (siehe Rz 70 ff.), nicht aber hier, näher darauf einzugehen.

65. Dass zwei öffentlich-rechtliche Körperschaften, namentlich die Stadt Zürich und der Kanton Zürich, zusammen 40 % des Aktienkapitals der AGH halten,<sup>191</sup> spielt im Hinblick auf den persönlichen Geltungsbereich des KG keine Rolle. Art. 2 Abs. 1 KG hält ausdrücklich fest, dass das KG auch für Unternehmen des öffentlichen Rechts gilt, was freilich erst recht für Unternehmen gilt, an welchen die öffentliche Hand nur, aber immerhin, eine Beteiligung hält<sup>192</sup> oder in die sie – etwa bei Aktiengesellschaften gestützt auf Art. 762 OR<sup>193</sup> – Vertreter abordnet. Das KG findet folgedessen gegenüber Unternehmen des öffentlichen Rechts in gleicher Weise Anwendung wie gegenüber Unternehmen des privaten Rechts, und zwar unabhängig davon, ob Zweite ausschliesslich von Privaten gehalten werden oder ob daran auch (oder sogar einzig) die öffentliche Hand beteiligt ist. Einen milderen Massstab legt das KG bei der Beurteilung des Wettbewerbsgebarens von Unternehmen, bei welchen die öffentliche Hand in der einen oder anderen Form involviert ist, nicht an – einen strengeren aber auch nicht. Insbesondere ist die WEKO keine sektorspezifische Aufsichtsbehörde und ebensowenig hat sie im Rahmen einer Untersuchung zu beurteilen, ob die in einem konkreten Fall durch die öffentliche Hand erfolgende Teilnahme am Wettbewerb (wettbewerbspolitisch) wünschenswert ist und/oder in Konformität mit den einschlägigen, spezifisch staatliches Handeln regelnden Vorschriften<sup>194</sup> geschieht. Die WEKO überprüft ausschliesslich die Einhaltung der kartellrechtlichen Normen, dies allerdings unterschiedslos.

#### B.1.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

66. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- oder anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). Zwei dieser drei Kategorien sind vorliegend von Bedeutung:

67. Um eine qualifizierte Form von Marktmacht handelt es sich bei der marktbeherrschenden Stellung.<sup>195</sup> Die Prüfung, ob AGH eine marktbeherrschende Stellung inne hat, erfolgt unter Art. 7 KG (Rz 109 ff). Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung von AGH 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. Entsprechend erübrigt es sich an dieser Stelle eine vertiefte Prüfung der Ausübung von Marktmacht.<sup>196</sup>

68. Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert. Dass AGH und Ticketcorner eine solche Abrede getroffen haben, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt, unter dem Titel "Wettbewerbsabrede" (Rz 144 ff.) erörtert. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und auf deren Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet. Festgehalten sei

hier nur, aber immerhin, dass eine Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt.

#### B.1.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

69. Auf Ausführungen zum örtlichen wie auch zum zeitlichen Geltungsbereich des KG kann vorliegend verzichtet werden.

#### B.1.2 Verfügungsadressaten

##### B.1.2.1 Materielle Verfügungsadressaten

70. Als materielle Verfügungsadressaten gelten diejenigen natürlichen und juristischen Personen, deren Rechte und Pflichten im Sinne eines Tuns, Duldens oder Unterlassens durch Verfügung unmittelbar, direkt und rechtsverbindlich geregelt werden.<sup>197</sup>

71. Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem Fall aus seiner jüngeren kartellrechtlichen Rechtsprechung festgehalten, es könne aufgrund der hundertprozentigen Angehörigkeit einer Tochtergesellschaft zur Muttergesellschaft sowie diversen personellen Verflechtungen zwischen diesen Gesellschaften davon ausgegangen werden, dass die Tochtergesellschaft zwar rechtlich, nicht aber wirtschaftlich selbstständig auftrete. Folglich liege ein Konzern vor. Gestützt darauf erachtete es das Bundesverwaltungsgericht als korrekt, die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin zu betrachten und ihr die Sanktion aufzuerlegen; die Tochtergesellschaft sei diesfalls nur, aber immerhin, eine formelle Verfügungsadressatin.<sup>198</sup> Gemäss dieser Ansicht des BVGer führt das Bestehen eines Konzernverhältnisses eo ipso dazu, dass die Muttergesellschaft – ohne weitere Voraussetzungen erfüllen zu müssen – als "Repräsentantin" der wirtschaftlichen Einheit Konzern und damit des Unternehmens im Sinne von Art. 2 KG zu verstehen und sie, aber auch nur sie, als materielle Verfügungsadressatin zu betrachten ist.

<sup>191</sup> Siehe etwa Rz 19 von act. n° 148, ferner Seite 6 der Beilage 6 zu act. n° 148.

<sup>192</sup> Exemplarisch seien die diversen Swisscom-Verfahren erwähnt.

<sup>193</sup> Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220).

<sup>194</sup> Exemplarisch zur Grundrechtsbindung staatlichen Handelns, die Vermietung einer Lokalität für die Durchführung eines Anlasses betreffend, Urteil des BGer 1C\_312/2010 vom 8.12.2010, E. 3.

<sup>195</sup> Siehe statt anderer etwa JÜRIG BORER, Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, Art. 2 KG N 14 m.w.H.

<sup>196</sup> Vgl. zu dieser Vorgehensweise etwa RPW 2008/3, 390 Rz 45, *Publikation von Arzneimittelinformationen*; RPW 2004/3, 782 Rz 18, *TicketCorner*.

<sup>197</sup> RPW 2007/2, 200 Rz 69, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

<sup>198</sup> Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 f. E. 4.4 f., *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

72. Die Wettbewerbskommission hat in der Vergangenheit (und zwar auch in der jüngeren) aber wiederholt Verfügungen auch ausschliesslich an Tochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen gerichtet, obwohl ein Konzernverhältnis vorlag.<sup>199</sup> Beanstandet oder gar – wie im zuvor genannten Urteil des BVGer – von Amtes wegen korrigiert, wurde dieses Vorgehen von den Rechtsmittelinstanzen in diesen Fällen allerdings nicht, vielmehr stimmten sie ihm, zumindest implizit, zu.<sup>200</sup>

73. Wiederum in anderen Fällen hat die Wettbewerbskommission sowohl die Mutter- als auch die Tochtergesellschaft als materielle Verfügungsadressatinnen betrachtet und unter solidarischer Haftbarkeit sanktioniert.<sup>201</sup>

74. Die bisherige Praxis bietet also in Abhängigkeit der Gegebenheiten des konkret betroffenen Einzelfalls unterschiedliche Ansätze für die Lösung der mit Konzernverhältnissen verbundenen Probleme der Bestimmung der materiellen Verfügungsadressatin/nen innerhalb des Konzerns.

75. Die vorliegende Untersuchung wurde – wie dies schon nur aus praktischen Gründen fast immer der Fall sein wird – gegen die konkret handelnden Gesellschaften AGH und Ticketcorner, ungeachtet deren allfälliger Eingebundenheit in einen Konzern, eröffnet. Im Falle von Ticketcorner handelt es sich dabei um eine Tochtergesellschaft. In Anbetracht der Einstellung der Untersuchung ohne Folgen braucht vorliegend nicht abschliessend geklärt zu werden, ob nicht zudem (kumulativ oder vorzugswürdigerweise alternativ) oder – entsprechend dem vorerwähnten Urteil des BVGer – sogar ausschliesslich deren Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin betrachtet werden könnte resp. müsste. Nicht unerwähnt bleiben soll hier allerdings, dass nach Ansicht der WEKO die Erfassung der konkret handelnden Gesellschaft als materielle Verfügungsadressatin, gerade auch mit Blick auf die bisherige Praxis, die Praktikabilität sowie eine allenfalls notwendige Zwangsvollstreckung, in jedem Fall zulässig sein sollte.

76. Im Übrigen zeigt gerade die vorliegende Untersuchung eine der Schwierigkeiten, die mit der Qualifikation einzig der Muttergesellschaft als materieller Verfügungsadressatin verbunden wäre: So wurden bei Untersuchungsöffnung die Aktien an Ticketcorner Holding AG, die wiederum sämtliche Aktien an Ticketcorner hält, von einem Konsortium um die Private-Equity-Gesellschaft Capvis gehalten<sup>202</sup>. Davon, ob von diesem Konsortium eine einheitliche wirtschaftliche Leitung ausging, hing ab, ob dieses oder aber die Ticketcorner Holding AG zum damaligen Zeitpunkt Muttergesellschaft und damit materielle Verfügungsadressatin war. Während der laufenden Untersuchung erwarb sodann zunächst die CTS-Gruppe, deren Muttergesellschaft Sitz in Deutschland und damit im Ausland hat, via der Eventim CH AG die Aktien an Ticketcorner Holding AG, die weiterhin 100 % der Aktien an Ticketcorner hält. Alsdann verkaufte die CTS-Gruppe 50 % der Aktien an der Eventim CH AG an die Ringier-Gruppe, 50 % behielt sie selber.<sup>203</sup> Es dürfte damit im Laufe der Untersuchung zu einem mehrmaligen Wechsel der Muttergesellschaft (darunter zumindest einer mit Sitz im Ausland) gekommen sein, was etliche

Fragen hinsichtlich der Bestimmung der materiellen Verfügungsadressatin, der Notwendigkeit einer Verfahrensausdehnung in personeller Hinsicht sowie der rechtskonformen Zustellung von offiziellen amtlichen Schreiben ins Ausland aufwürfe.

### B.1.2.2 Formelle Verfügungsadressaten

77. Das Sekretariat erkannte Starticket und Ticketino mit Schreiben vom 29. März 2010<sup>204</sup> und ticketportal mit solchem vom 27. April 2010<sup>205</sup> Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG zu. AGH und Ticketcorner beanstandeten die Zuerkennung einer Parteistellung an die vorgeannten juristischen Personen und zwar erstens in formeller Hinsicht, namentlich dass ihnen als materielle Verfügungsadressatinnen nicht vorgängig die Möglichkeit zur Stellungnahme hierzu eingeräumt worden sei, und zweitens in materieller Hinsicht, namentlich dass die Voraussetzungen für eine Verfahrensbeteiligung als Partei nicht vorlägen.<sup>206</sup>

<sup>199</sup> Siehe beispielsweise RPW 2010/4, 649 Rz 2 und 655 Rz 49, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*: Dass es sich bei den materiellen Verfügungsadressatinnen Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA und Bayer (Schweiz) AG um Tochtergesellschaften handelt, wird in Fn 2 der Verfügung ausdrücklich festgehalten. RPW 2010/4, 717 Rz 3 f. und 773 Dispositiv, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*: Die Roto Frank AG wird ebenso wie die Siegenia-Aubi AG als Tochtergesellschaft bezeichnet, gleichwohl werden diese Gesellschaften und nicht deren Muttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen behandelt. RPW 2009/3 197 Rz 5 und 203 Rz 37 f., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*: In dieser Verfügung wird beispielsweise die Elektro Burkhalter AG ausdrücklich als Teil der Burkhalter-Gruppe bezeichnet und dennoch als materielle Verfügungsadressatin betrachtet und sanktioniert. RPW 2008/1, 87 Rz 13 und 94 Rz 68 ff., *Strassenbeläge Tessin*: In dieser Verfügung wird die Batigroup (Ticino) SA, später Implenja (Ticino) SA, durch das Dispositiv verpflichtet, obwohl es sich bei dieser – wie etwa die Firma und der Firmenwechsel nahelegen – um eine abhängige Gesellschaft eines Konzerns gehandelt haben dürfte. RPW 2007/2, 250 Rz 46, *Terminierung Mobilfunk*: In dieser Verfügung wird die Swisscom Mobile AG, die eine Tochtergesellschaft ist, mit einer Sanktion belegt, ergo als materielle Verfügungsadressatin erachtet.

<sup>200</sup> Exemplarisch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 377 f. E. 3, *Implenja (Ticino) SA/WEKO*, wo ohne nähere Prüfung eines allfälligen, an sich naheliegenden Konzernverhältnisses die Implenja (Ticino) SA als materielle Verfügungsadressatin betrachtet wurde. Urteil des BVGer, RPW 2010/2 262 E. 3.1 und 307 E. 10.7.5, *Swisscom Schweiz AG/WEKO* und Urteil des BGer 2C\_343/2010 vom 11. April 2011, E. 2.3 und 3.1: Die am Verfahren beteiligte Swisscom (Schweiz) AG ist bekanntlich eine Tochtergesellschaft der Swisscom AG. Zu diesem Konzernverhältnis und insbesondere zu den Folgen, die dieses für die Stellung der einzelnen Swisscom-Gruppengesellschaften als materielle Verfügungsadressatin/nen zeitigt bzw. zeitigen könnte, äussern sich aber weder das BVGer noch das BGer, obwohl solches (zumindest gemäss dem in Fn 198 erwähnten Urteil des BVGer) von Amtes wegen vorzunehmen gewesen wäre.

<sup>201</sup> RPW 2010/1, 120 Rz 27, *Preispolitik Swisscom ADSL*; wohl bereits in diesem Sinn RPW 2004/2, 421 Rz 66 f., *Swisscom ADSL*.

<sup>202</sup> Siehe die entsprechende Pressemitteilung [www.eventim.de/obj/media/DE-eventim/relations/press/2010/2010-02-19-Press-Ticketcorner.pdf](http://www.eventim.de/obj/media/DE-eventim/relations/press/2010/2010-02-19-Press-Ticketcorner.pdf) (05.12.2011).

<sup>203</sup> Siehe dazu Rz 32.

<sup>204</sup> Act. n° 60 und 61.

<sup>205</sup> Act. n° 85.

<sup>206</sup> Act. n° 106 und 111 sowie die Antwortschreiben seitens des Sekretariats act. n° 107 und 113.

78. Formeller Verfügungsadressat ist, wer gemäss Art. 48 VwVG zur Beschwerdeerhebung berechtigt ist, ohne selbst materieller Verfügungsadressat zu sein. Die Beschwerdelegitimation setzt insbesondere – dies in Abgrenzung zur Popularbeschwerde<sup>207</sup> – ein Besondersberührtsein durch die Verfügung voraus (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). Das BGer umschreibt dies in ständiger Rechtsprechung wie folgt: "Der Beschwerdeführer muss [vielmehr] stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswert nahen Beziehung zur Streitsache stehen".<sup>208</sup> Nebst dem, dass ein Markt betroffen sein muss, in dem der Dritte, bei welchem es sich häufig um einen Konkurrenten handelt, tätig ist, wird im Kartellverwaltungsverfahren als qualifizierendes Element gefordert, "(...) dass die Wettbewerbsstellung des Dritten durch eine [namentlich die in Frage stehende] Abrede oder Verhaltensweise erheblich beeinträchtigt<sup>209</sup> wird, dass er eine deutlich spürbare Verschlechterung seiner wirtschaftlichen Position und damit einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleidet".<sup>210</sup> Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse genügt demgegenüber nicht.<sup>211</sup> Sind diese Voraussetzungen erfüllt und handelt es sich bei den Dritten um formelle Verfügungsadressaten, so kommt ihnen ebenso wie materiellen Verfügungsadressaten Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG zu.<sup>212</sup>

79. Wie an anderer Stelle bereits ausgeführt und belegt,<sup>213</sup> hatte die 50 %-AGB-Klausel zur Folge, dass Kunden von Starticket und ticketportal den Ticketvertrieb für Anlässe, die sie im Hallenstadion durchführten, über Ticketcorner abwickelten, was sie ohne diese Klausel nicht getan hätten. Die fragliche Klausel führte damit unmittelbar und adäquat kausal zu einem Umsatzrückgang bei Starticket und ticketportal. Damit ist die besondere Beziehungsnähe dieser beiden Ticketvertriebsunternehmen nachgewiesen und ihnen kommt Parteistellung zu.

80. Ticketino hat demgegenüber keine bereits bestehenden Kunden durch die 50 %-AGB-Klausel verloren und entsprechend auch keinen dadurch bewirkten Umsatzrückgang erlitten. Anders als bei Starticket und ticketportal erscheint es bezüglich Ticketino daher fraglich, ob diese durch die 50 %-AGB-Klausel einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erlitten hat. Im Sinne einer dynamischen Betrachtungsweise ist dies, wenn auch nur, so doch immerhin, in vorliegendem, besonders gelagerten Falle gleichwohl zu bejahen. Bei Ticketino handelt es sich um eine verhältnismässig junge Unternehmung, die sich auf den Ticketvertrieb über das Internet spezialisiert hat. Dieser Vertriebsweg gewinnt zunehmend an Bedeutung und Akzeptanz;<sup>214</sup> ein ausschliesslicher Ticketvertrieb über das Internet ist, jedenfalls bei gewissen Anlässen, bereits jetzt – und künftig wohl noch vermehrt – durchaus möglich.<sup>215</sup> Die 50 %-AGB-Klausel verhindert nun unmittelbar, dass Ticketino überhaupt erst Kunden gewinnen kann, die ihr den Ticketvertrieb für im Hallenstadion stattfindende Anlässe übertragen, wodurch sie von einem Teil des Marktes abgeschnitten wird und damit letztlich ebenfalls einen deutlich spürbaren, wenn auch nicht bezifferbaren wirtschaftlichen Nachteil erleidet. Demnach kommt auch Ticketino Parteistellung zu. Bloss ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die WEKO auch schon in der eben-

falls den Ticketvertrieb betreffenden Untersuchung "TicketCorner" drei Konkurrenten wie auch vier Veranstaltern Parteistellung gewährt hat.<sup>216</sup>

81. In formeller Hinsicht rügen AGH und Ticketcorner, dass sie sich – wie sie zutreffend festhalten – nicht vorgängig zur Anerkennung der Parteistellung der drei vorerwähnten Gesellschaften äussern konnten. Es entspricht der üblichen Vorgehensweise des Sekretariats, den Einbezug weiterer Parteien in eine Untersuchung – soweit möglich – formfrei zu ordnen. Lehnt das Sekretariat einen Einbezug ab, wird dies dem Anfragenden zunächst in Form eines gewöhnlichen Schreibens mitgeteilt; nur wenn er (auch nach erneuter Nachfrage) auf eine Verfahrensbeteiligung als Partei insistiert und eine förmliche Verfügung beantragt, wird eine solche erlassen. Gleich geht das Sekretariat vor, wenn es mit der Einräumung einer Parteistellung einverstanden ist: Nur wenn sich eine der übrigen Parteien hieran stört und nach erfolgter Korrespondenz den Erlass einer entsprechenden Verfügung beantragt, wird eine solche erlassen. So wurde denn auch vorliegend vorgegangen. Starticket, ticketportal und Ticketino wurde in einem einfachen Verwaltungsschreiben – wie schon nur das Nichtvorhandensein eines Hinweises auf ein Vorgehen im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission zeigt<sup>217</sup> – mitgeteilt, dass ihnen Parteistellung zukomme.<sup>218</sup> AGH und Ticketcorner erlangten durch das ihnen zugesandte Aktenverzeichnis Kenntnis hiervon, und sie waren damit nicht einverstanden.<sup>219</sup> Wunschgemäss wurden ihnen daraufhin vom Sekretariat Kopien der an die drei vorerwähnten Gesellschaften gesandten Schreiben zugestellt.<sup>220</sup> AGH und Ticketcorner hielten daraufhin fest, sie hätten vorgängig

<sup>207</sup> Vgl. etwa BGE 131 II 587 E. 3.

<sup>208</sup> BGE 134 II 120 E. 2.1.

<sup>209</sup> Diese Formulierung scheint unglücklich gewählt zu sein, da sie in wörtlicher Hinsicht mit der in Art. 5 Abs. 1 KG geforderten "erheblichen Beeinträchtigung" übereinstimmt. Eine solche Vorwegnahme der materiellen Beurteilung kann hier allerdings nicht gemeint sein. Vielmehr ist damit gemeint, dass sich die Abrede oder Verhaltensweise in wesentlichem Ausmass (nachteilig) auf den Dritten auswirkt.

<sup>210</sup> Urteil der REKO/WEF, RPW 2007/1, 125 E. 1.4.1, *Je Met AG, Met-Fer SA, Chiesa Alteisen AG/ Swico, S.EN.S., WEKO*.

<sup>211</sup> Statt anderer BGE 131 II 587 E. 3.

<sup>212</sup> Statt anderer STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 43 KG N 6 f.

<sup>213</sup> Siehe Rz 49 f.

<sup>214</sup> Exemplarisch die Aussage von Starticket anlässlich des Parteiverhörs, Protokoll act. n° 184 S. 7. Siehe ferner die ebensolche Feststellung in RPW 2007/1, 80 Rz 14, *TicketCorner AG*, insbesondere im Vergleich zur Situation im Jahr 2003 (vgl. Rz 13 der vorerwähnten Verfügung).

<sup>215</sup> So die Parteiaussage von Ticketcorner mit einem konkreten Beispiel, siehe das Protokoll act. n° 218 S. 7.

<sup>216</sup> RPW 2004/3, 780 Rz 10, *TicketCorner*.

<sup>217</sup> Denn verfahrensleitende Verfügungen wären gemäss Art. 23 Abs. 1 KG vom Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission zu erlassen.

<sup>218</sup> Nachweise in Fn 204 f.

<sup>219</sup> Siehe act. n° 106.

<sup>220</sup> Act. n° 107.

angehört werden müssen; den Erlass einer entsprechenden förmlichen Verfügung beantragten sie allerdings nicht,<sup>221</sup> wobei ihnen – hätten sie solches gewollt – nach Treu und Glauben zuzumuten gewesen wäre, dies entsprechend zu beantragen.<sup>222</sup>

82. Gemäss Art. 30 Abs. 2 Bst. a VwVG brauchen Parteien beim Erlass von Zwischenverfügungen, die sie nicht selbstständig durch Beschwerde anfechten können, nicht vorgängig angehört zu werden. Die eigenständige Anfechtungsmöglichkeit von Zwischenverfügungen wiederum ergibt sich aus Art. 46 VwVG. Generell erforderlich ist hierbei eine selbstständige Eröffnung der fraglichen Zwischenverfügung.<sup>223</sup> Wie zuvor ausgeführt, wurde vorliegend keine förmliche Verfügung erlassen und folgedessen auch nicht selbstständig eröffnet. Damit bestand bereits aus diesem Grund keine Anfechtungsmöglichkeit, was wiederum zur Folge hat, dass AGH und Ticketcorner gemäss Art. 30 Abs. 2 Bst. a VwVG nicht vorgängig angehört zu werden brauchten. Es liegt damit keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

83.

### B.1.3 Weitere formelle Fragen

#### B.1.3.1 Anwesenheit an den Parteiverhören der anderen Parteien

84. Die AGH und Ticketcorner sehen eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör darin, dass sie an den Parteiverhören der jeweils anderen Parteien nicht teilnehmen konnten.<sup>224</sup>

85. Zutreffend ist, dass die Durchführung eines Parteiverhörs in Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis des Sekretariats den jeweils anderen Parteien nicht vorgängig mitgeteilt wurde und die anderen Parteien entsprechend auch nicht daran teilnehmen konnten. Von den Parteiverhören wurden aber ausführliche Protokolle erstellt, welche – nach deren inhaltlicher Bereinigung, die sich lückenlos aus den Akten nachverfolgen lässt<sup>225</sup> – von den jeweils Beteiligten mittels Unterzeichnung "verifiziert" wurden. Im Rahmen ihrer Akteneinsicht konnten die Parteien alsdann diese Protokolle wie auch die Korrespondenz zu deren inhaltlicher Bereinigung umfassend – vorbehaltlich einzig der aufgrund ihres Geschäftsgeheimnischarakters abgedeckten Stellen – zur Kenntnis nehmen. Ab diesem Zeitpunkt hatten die Parteien die Möglichkeit, zu den Parteiaussagen Stellung zu nehmen und diese aus ihrer Sicht zu würdigen. Von dieser Möglichkeit machten Starticket und ticketportal denn auch Gebrauch.<sup>226</sup> Ausserdem hätte die (vorliegend von keiner Partei genutzte) Möglichkeit bestanden, nach Kenntnisnahme des Inhalts der Aussagen das (schriftliche oder mündliche) Stellen von Zusatzfragen zu beantragen, was vom Sekretariat wie ein Beweisantrag zu behandeln gewesen wäre.

86. Eine spezifische Vorschrift, die einen Anspruch auf Teilnahme an einem Parteiverhör statuieren würde, sieht das KG – anders als bezüglich einer Zeugeneinvernahme (Art. 39 KG i.V.m. Art. 18 Abs. 1 VwVG) – nicht vor. Ob ein solcher Teilnahmeanspruch der anderen Parteien besteht, bleibt damit eine offene Frage.<sup>227</sup> Im Grundsatz dürfte ein solcher aus dem Anspruch der Parteien auf Teilnahme an Beweiserhebungen fliessen. Er gilt aller-

dings, und dies ist vorliegend von Bedeutung, nicht unbeschränkt. So sieht Art. 18 Abs. 2 VwVG ausdrücklich eine Einschränkungsmöglichkeit bei Zeugeneinvernahmen vor. Bezüglich dem Ausschluss von der Teilnahme an der Befragung einer "Auskunftsperson"<sup>228</sup> hielt das BGer fest, man könne sich hierfür an den in Art. 18 Abs. 2 VwVG vorgesehenen Gründen orientieren, die Behörde verfüge aber über ein weitergehendes Ermessen als es dort bezüglich Zeugeneinvernahmen vorgesehen sei.<sup>229</sup> Dies muss mutatis mutandis auch vorliegend bezüglich der im Verwaltungsverfahren gesetzlich nicht geregelten Teilnahme an einem Parteiverhör gelten.

87. Als mögliche private Interessen, die den Ausschluss von der Teilnahme an einer Zeugeneinvernahme gemäss Art. 18 Abs. 2 VwVG rechtfertigen, werden in der Lehre insbesondere Geschäftsgeheimnisse genannt, wobei explizit hervorgehoben wird, dass solche gerade in Kartellverwaltungsverfahren regelmässig einer unmittelbaren Teilnahme an der Beweiserhebung entgegenstünden.<sup>230</sup> Dies trifft auch vorliegend zu. Dass in Kartellverwaltungsverfahren an Parteiverhören gemachte Aussagen mitunter auch Geschäftsgeheimnisse enthalten, wird erfahrungsgemäss regelmässig der Fall sein und war auch hier so. Die Durchführung eines Parteiverhörs unter Anwesenheit der übrigen Parteien bei gleichzeitiger Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der befragten Partei ist praktisch schwer realisierbar, jedenfalls würden die hierfür notwendigen Massnahmen (beispielsweise kurzzeitiges Verlassen des Saals mit anschliessendem Wiedereintritt) das Aufkommen eines eigentlichen Gesprächs- und in einem gewissen Ausmass auch eines Vertrauensklimas verhindern und zu einer übermässigen Verlängerung des Verhörs führen. Sodann müsste bei Uneinigkeit über den Geschäftsgeheimnischarakter einer bestimmten Aussage dies zunächst zwischen dem Sekretariat und der befragten

<sup>221</sup> Siehe act. n° 111.

<sup>222</sup> Analog der Rechtsprechung bei einer teilweisen Nichteröffnung einer Verfügung gegenüber einigen, nicht aber allen Verfahrensparteien (siehe dazu FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHWANK, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], 2009, Art. 38 VwVG N 10 m.w.H. auf die diesbezügliche Rechtsprechung in Fn 21).

<sup>223</sup> Siehe dazu MARTIN KAYSER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 46 VwVG N 5 i.V.m. Art. 45 VwVG N 8 f.; FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 46 VwVG N 2 i.V.m. Art. 45 VwVG N 10 ff.

<sup>224</sup> Siehe das Protokoll des Parteiverhörs von AGH (act. n° 219 S. 1 f.), das Protokoll des Parteiverhörs von Ticketcorner (act. n° 218 S. 2) sowie das Schreiben vom 19.10.2010 (act. n° 189).

<sup>225</sup> Siehe dazu Rz 90.

<sup>226</sup> Siehe Rz 14.

<sup>227</sup> So SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 42 KG N 26.

<sup>228</sup> So die Terminologie des BGer in BGE 130 II 169, E. 2.3.5. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass das BGer damit nicht eine Auskunftsperson im strafprozessualen Sinne meint, sondern einen Auskunft gebenden Dritten, der nicht im Rahmen einer Zeugeneinvernahme befragt wird, sondern bei welchem die Auskunft formlos eingeholt wird.

<sup>229</sup> BGE 130 II 169, E. 2.3.5.

<sup>230</sup> CHRISTOPH AUER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 18 VwVG N 9. Ferner BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 18 VwVG N 51.

Partei geklärt werden (was, wie die die Geschäftsgeheimnisbereinigung betreffende Korrespondenz in diesem Dossier belegt, zuweilen ausgesprochen zeitaufwändig ist) und alsdann müsste bei (zumindes teilweiser nachträglicher) Verneinung des Geschäftsgeheimnischarakters in einem zweiten Schritt die Aussage unter erneuter Anwesenheit der übrigen Parteien wiederholt werden, andernfalls diese eben doch nicht unmittelbar bei der Beweisabnahme dabei gewesen wären.

88. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, wie dies auch vorliegend geschehen ist, die übrigen Parteien nicht unmittelbar an den Parteiverhören der anderen Parteien teilnehmen zu lassen. Ihr Anspruch auf rechtliches Gehör bleibt durch die Erstellung der ausführlichen Protokolle, in welche sie (wie auch hier) Einsicht haben, und durch ihre Möglichkeit, das nachträgliche Stellen von Zusatzfragen zu beantragen, gewahrt.

### B.1.3.2 Aufbewahrung der Tonaufnahmen der Parteiverhöre

89. AGH und Ticketcorner beantragten, auf die anlässlich der Parteiverhöre angekündigte Löschung der zur Erstellung der Einvernahmeprotokolle gemachten Tonaufnahmen – zumindest soweit die übrigen Parteien betreffend – zu verzichten<sup>231</sup>, was seitens des Sekretariats abgelehnt wurde<sup>232</sup>. Dazu Folgendes:

90. Von den Parteiverhören wurden ausführliche Protokolle erstellt und seitens der am jeweiligen Parteiverhör Beteiligten unterzeichnet. Diese unterzeichneten Protokolle sind Teil der Akten, und sie dienen als Beweismittel für die Parteiaussagen. Ferner findet sich in den Akten die gesamte Korrespondenz hinsichtlich der inhaltlichen Bereinigung dieser Protokolle.<sup>233</sup> Die Entstehung und der Werdegang der unterzeichneten Protokolle ist damit für alle Parteien lückenlos nachvollziehbar und wird ihnen gegenüber offen gelegt.

91. Die Tonaufnahmen der Parteiverhöre dienen einzig und allein der Erstellung der vorgenannten Protokolle. Mit der beidseitigen Unterzeichnung eines Protokolls hat die jeweilige Tonaufnahme ihren Zweck erfüllt, da sie ein blosses Hilfsmittel ist. Es handelt sich bei den Tonaufnahmen um interne Akten, denn sie entsprechen der diesbezüglichen Umschreibung des BGer: "*Als solche [interne Akten] gelten Unterlagen, denen für die Behandlung eines Falls kein Beweischarakter zukommt, welche vielmehr ausschliesslich der verwaltungsinternen Meinungsbildung dienen und somit für den verwaltungsinternen Gebrauch bestimmt sind (z.B. Entwürfe, Anträge, Notizen, Mitberichte, Hilfsbelege usw.)*".<sup>234</sup> Trotz heftiger Kritik in der Lehre<sup>235</sup> besteht nun gemäss ständiger (auch jüngerer<sup>236</sup>) bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein Einsichtsrecht der Parteien in interne Akten. Können AGH und Ticketcorner in die Tonaufnahmen so oder anders nicht Einsicht nehmen, ist nicht ersichtlich, worin ihr Interesse an einer Nichtlöschung dieser ihnen ohnehin nicht zugänglichen Tonaufnahmen bestehen sollte.

92. Im Übrigen haben AGH und Ticketcorner, obwohl ihnen die angekündigte Löschung der Tonaufnahmen bekannt war, nicht den Erlass einer diesbezüglichen Zwischenverfügung verlangt, um so die Qualifikation der Tonaufnahmen als interne Akten durch die Beschwerdeinstanzen überprüfen lassen zu können. Dies hätte,

um niemanden vor vollende Tatsachen zu stellen, nur, aber immerhin, eine vorübergehende Nichtlöschung der Tonaufnahmen bis zum rechtskräftigen Abschluss dieses Verfahrens gerechtfertigt. Da dies nicht der Fall war, erscheint vorliegend auch insofern ein ankündigungsgemässes Vorgehen, namentlich die Löschung der Tonaufnahmen nach beidseitiger Unterzeichnung der Protokolle, als angebracht. Der WEKO bleibt es dadurch allerdings unbenommen, in anderen Verfahren je nach den Umständen des Einzelfalls eine Löschung von Tonaufnahmen auch erst auf den rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens hin anzukündigen und entsprechend zu diesem Zeitpunkt vorzunehmen.

### B.1.3.3 Noch offene Beweisanträge

93. Ticketportal stellte in ihren Eingaben förmliche Beweisanträge, denen das Sekretariat bis anhin teilweise<sup>237</sup> nicht nachgekommen ist. Es handelt sich hierbei um Folgende:

1. Offen- bzw. Vorlegung des Aktienbuchs der AGH durch diese zwecks Beweis der von Ticketcorner<sup>238</sup> und der von Stadt und Kanton Zürich<sup>239</sup> gehaltenen Beteiligung sowie Auskunftserteilung über die von der öffentlichen Hand gewährten Darlehen.
2. Offen- bzw. Vorlegung sämtlicher seit 1. Januar 2009 mit den Veranstaltern betreffend Benützung bzw. Ticketing im Hallenstadion abgeschlossener Verträge durch AGH resp. Ticketcorner sowie Auskunftserteilung darüber, ob nebst Ticketcorner noch andere Unternehmungen mit dem Ticketvertrieb für im Hallenstadion stattfindende Anlässe beauftragt wurden.<sup>240</sup>
3. Offen- bzw. Vorlegung sämtlicher allfälliger seit 1. Januar 2009 mit anderen Ticketvertriebsunternehmen abgeschlossener Verträge zur Koordination des Ticketvertriebs von im Hallenstadion stattfindenden Anlässen.<sup>241</sup>
4. Offen- bzw. Vorlegung der mit Ovation Sports AG betr. Victoria Cup 2009 abgeschlossenen Verträge sowie Angabe der in Abhängigkeit mit dem Umfang des Ticketkontingents angebotenen Konditionen durch Ticketcorner.<sup>242</sup>

<sup>231</sup> Act. n° 158 und 189.

<sup>232</sup> Act. n° 185 und 190.

<sup>233</sup> Für Nachweise siehe Fn 38 ff.

<sup>234</sup> Urteil des BGer 1C\_388/2009 vom 17.02.2010 E. 5.2.1.

<sup>235</sup> Etwa JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., 2008, 875 ff.

<sup>236</sup> Vgl. etwa Urteil des BGer 1C\_388/2009 vom 17.02.2010 E. 5.2.1.

<sup>237</sup> Dem in act. n° 15 Rz 4 genannten Beweisantrag kam das Sekretariat nach.

<sup>238</sup> Act. n° 15 Rz 3.

<sup>239</sup> Act. n° 15 Rz 8.

<sup>240</sup> Act. n° 15 Rz 5.

<sup>241</sup> Act. n° 15 Rz 5.

<sup>242</sup> Act. n° 15 Rz 6.

5. Befragung der Ovation Sports AG resp. eines kollektivzeichnungsberechtigten Mitarbeiters derselben.<sup>243</sup>
6. Vorlage sämtlicher Verträge der AGH mit den Veranstaltern im Hallenstadion und Überprüfung (insbesondere durch Nachfrage bei den entsprechenden Veranstaltern) der Angaben von AGH und Ticketcorner gemäss act. n° 239 (siehe zu dessen Inhalt Rz 45 ff.).<sup>244</sup>
7. Untersuchung der Auswirkungen der Verflechtungen zwischen AGH und Good News auf die faktische 100 %-Klausel zugunsten von Ticketcorner im Kooperationsvertrag zwischen AGH und Ticketcorner.<sup>245</sup>

94. Trotz Art. 33 Abs. 1 VwVG kann auf die Abnahme anerbotener oder beantragter Beweismittel verzichtet werden, wenn der Sachverhalt, der damit bewiesen werden soll, unerheblich ist oder bereits feststeht resp. von der Behörde aufgrund eigener Sachkenntnis ausreichend gewürdigt werden kann, sowie ferner, wenn die Beweismittel untauglich zur Erbringung des fraglichen Beweises sind.<sup>246</sup> In Anbetracht dessen ist eine Abnahme der vorgenannten Beweismittel nicht angezeigt. Im Einzelnen:

95. Zu Ziffer 1: Der von Ticketcorner an AGH gehaltene Aktienanteil steht auch ohne Vorlage des Aktienbuchs bereits fest.<sup>247</sup> Eine dahingehende Beweisabnahme erübrigt sich damit. Ob nun die öffentliche Hand an der AGH beteiligt ist oder nicht, das KG findet – wie bereits ausgeführt<sup>248</sup> – unterschiedslos Anwendung zur Beurteilung ihres Geschäftsgebarens. Entsprechend ist unerheblich, wie hoch die Beteiligungen von Stadt und Kanton Zürich an der AGH sind, und es ist auf eine diesbezügliche Beweisabnahme zu verzichten; im Übrigen steht die Beteiligungshöhe ohnehin fest.<sup>249</sup> Die von der öffentlichen Hand gewährten Finanzierungsbeiträge sind, wenn auch allenfalls nicht dem neusten Stand entsprechend, grundsätzlich aus den Abstimmungsunterlagen, auf welche nachfolgend noch einzugehen ist, bekannt.<sup>250</sup> Im Übrigen wird an anderer Stelle noch festgehalten, dass diese Finanzierungsbeiträge nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind<sup>251</sup>, weshalb deren Einzelheiten für dieses Verfahren ohne Belang sind und auch deshalb auf eine diesbezügliche Beweisabnahme zu verzichten ist.

96. Zu Ziffer 2 und 3: Die unter Ziffer 2 und 3 aufgeführten Beweisangebote sollen zeigen, ob und in welchem Umfang es seit 1. Januar 2009 zu einem Ticketvertrieb über mehrere Ticketvertriebsunternehmen gekommen ist. Aus dieser Erkenntnis wiederum soll geschlossen werden können, ob sich die 50 %-AGB-Klausel faktisch wie eine 100 %-Klausel auswirkt. Wie an anderer Stelle ausgeführt,<sup>252</sup> hat die Würdigung von anderen Beweismitteln gezeigt, dass sich die 50 %-AGB-Klausel in den allermeisten Fällen faktisch wie eine 100 %-Klausel auswirkt. Steht dies bereits fest, erübrigt sich die Abnahme weiterer diesbezüglicher Beweismittel.

97. Zu Ziffer 4: Die unter Ziffer 4 genannten Beweisangebote sollen zeigen, ob Ticketcorner unterschiedliche Konditionen anbietet, je nach Umfang des ihnen für den Vertrieb überlassenen Ticketkontingents von im Hallen-

stadion stattfindenden Anlässen. Wie in Rz 57 ausgeführt, kann dies offen bleiben, da bereits unabhängig davon feststeht, dass sich die 50 %-AGB-Klausel in den allermeisten Fällen faktisch wie eine 100 %-Klausel auswirkt.

98. Zu Ziffer 5: Mit den unter Ziffer 5 genannten Beweisangeboten soll gezeigt werden, aus welchen Gründen sich die Oventions Sport AG hinsichtlich des im Hallenstadion stattgefundenen Victoria Cup 2009 für einen 100 %-igen Ticketvertrieb über Ticketcorner entschieden hat. Damit soll belegt werden, dass sich Oventions Sport AG aufgrund der 50 %-AGB-Klausel für einen 100 %-igen Vertrieb über Ticketcorner entschieden hat. Die aus Sicht von Veranstaltern für und gegen einen Ticketvertrieb über mehrere Ticketvertriebsunternehmen sprechenden Gründe sind bereits aus der Erhebung anderer Beweismittel bekannt, weshalb sich eine Abnahme dieses Beweises, da dadurch kein zusätzlicher Erkenntnisgewinn zu erwarten und ein solcher im Übrigen auch nicht erforderlich ist, erübrigt.

99. Zu Ziffer 6: Mit den unter Ziffer 6 genannten Beweisangeboten soll überprüft werden, ob AGH und Ticketcorner die fraglichen Vertragsbestimmungen in der Praxis gegenüber den Veranstaltern effektiv so handhabten, wie sie dies gegenüber dem Sekretariat gemeinsam in act. n° 239 (siehe dazu Rz 45 ff.) erklärt haben. In der Tat hat bei den Vertragsparteien der 50 %-Vereinbarung, AGH und Ticketcorner, zunächst eine gewisse Unklarheit darüber bestanden, welche Arten bzw. Kategorien von Tickets unter die 50 %-Vereinbarung fallen und welche nicht; die darauf bezogenen Ausführungen von AGH und Ticketcorner sind uneinheitlich und widersprechen sich teilweise.<sup>253</sup> Die entsprechende Nachfrage des Sekretariats hat diesbezüglich Klarheit geschaffen – mitunter wohl auch zwischen den Vertragsparteien AGH und Ticketcorner selbst. In ihrer gemeinsamen Antwort vom 10. Februar 2011 erklärten AGH und Ticketcorner übereinstimmend und vorherige Widersprüchlichkeiten ausräumend, welche Arten bzw. Kategorien von Tickets nicht von der 50 %-Vereinbarung erfasst würden.<sup>254</sup> Anhaltspunkte dafür, dass AGH und Ticketcorner diese Vorschriften zu einem Zeitpunkt *nach* dieser Klärung anders ausgelegt und angewandt hätten als sie dies gegenüber dem Sekretariat ausgeführt haben, bestehen nicht. Entsprechend können und sind AGH und Ticketcorner auf dieser gegenüber dem Sekretariat abgegebenen, gemeinsamen Erklärung zu behaften und diese ist nachfolgend zu beurteilen. Ein Interesse an der Feststellung, wie es sich zu einem früheren Zeitpunkt (vor der Klärung) verhalten haben mag, besteht nicht: 1) Für die Beurteilung des

<sup>243</sup> Act. n° 15 Rz 6 sowie act. n° 151 Rz 5.

<sup>244</sup> Act. n° 260 Rz 1.

<sup>245</sup> Act. n° 260 Rz 2.

<sup>246</sup> Siehe STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amtstz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 39 KG N 84.

<sup>247</sup> Siehe auch Rz 37.

<sup>248</sup> Rz 65.

<sup>249</sup> Siehe etwa Beilage 6 zu act. n° 148.

<sup>250</sup> Siehe Beilage 6 zu act. n° 148.

<sup>251</sup> Rz 107.

<sup>252</sup> Rz 53 ff.

<sup>253</sup> Eine Zusammenfassung dieser Ausführungen von AGH und Ticketcorner findet sich in act. n° 232.

<sup>254</sup> Siehe act. n° 239.

jetzigen Zustands ist solches nicht massgeblich. 2) Wie noch zu zeigen sein wird, hat AGH keine marktbeherrschende Stellung inne, und es liegt vom Inhalte her so oder so keine sanktionierbare Abrede vor, weshalb das mit einer Sanktionierung verbundene Interesse an der Feststellung von in der Vergangenheit Liegendem hier nicht besteht. Mangels Relevanz erübrigt sich folglich eine Abnahme diesbezogener Beweise.

100. Zu Ziffer 7: Hiermit wird nicht die Abnahme eines spezifischen Beweises beantragt, sondern generell die Untersuchung, wie sich die Vereinbarung zwischen AGH und Good News auf die fragliche Abmachung zwischen AGH und Ticketcorner auswirkt. Die WEKO ist sich der vertraglichen Beziehung zwischen AGH und Good News durchaus bewusst; so hat sie mitunter auch die Einreichung des entsprechenden Vertrags verlangt<sup>255</sup>. Dieser Vereinbarung wird denn auch Rechnung getragen, indem an verschiedenen Stellen in der Verfügung auf dieses Vertragsverhältnis resp. dessen Auswirkungen auf die Vereinbarung zwischen AGH und Ticketcorner eingegangen wird.<sup>256</sup> In Anbetracht dieser bereits berücksichtigten Auswirkungen sowie dessen, dass die Vereinbarung zwischen AGH und Good News nicht eigentlicher Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist, ist auf weitere dahingehende Untersuchungsmassnahmen zu verzichten.

101. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass auf die Abnahme der verschiedenen von ticketportal beantragten Beweismittel verzichtet werden kann, da der damit zu beweisende Sachverhalt entweder unerheblich ist oder aber auch ohne Abnahme dieser Beweismittel bereits feststeht.

#### B.1.4 Anhörung durch die WEKO

102. Sowohl Starticket als auch ticketportal beantragen in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats eine (mündliche) Anhörung durch die WEKO.<sup>257</sup> Betreffend mündlicher Anhörungen durch die WEKO ist zunächst in grundsätzlicher Hinsicht festzuhalten, dass sich weder aus dem KG noch aus dem rechtlichen Gehör ein Anspruch der Parteien auf Durchführung mündlicher Anhörungen ergibt.<sup>258</sup> Wie bereits der Wortlaut von Art. 30 Abs. 2 KG zeigt, kann die WEKO Anhörungen durchführen, sie muss dies aber nicht tun. Die WEKO befindet in pflichtgemässer Ausübung des ihr zukommenden Ermessens hierüber. Vorliegend verhält es sich so, dass aus Sicht der WEKO weitere Beweisabnahmen und Sachverhaltsabklärungen oder -erhellungen nicht erforderlich sind; der rechtserhebliche Sachverhalt ist genügend erstellt. Die Durchführung einer Anhörung aus Gründen der Sachverhaltsermittlung ist hier folgedessen nicht angezeigt. Zu berücksichtigen ist sodann, dass es sich bei den Parteien, welche um eine Anhörung ersuchen, um formelle Verfügungsadressatinnen handelt. Ihnen werden mit dieser Verfügung – ungeachtet des Ausgangs der Untersuchung – keine Pflichten auferlegt. Auch wenn sie von der Verfügung mehr als jedermann betroffen sind, ist die Eingriffsintensität (sei es durch Regelung oder Nichtregelung) einer Verfügung gegenüber formellen Verfügungsadressaten regelmässig geringer als gegenüber materiellen Verfügungsadressaten, die beispielsweise sanktioniert werden. Der Antrag des Sekretariats lautete nicht im Sinne der formellen Verfü-

gungsadressatinnen, weshalb sich das Dispositiv der Verfügung der WEKO aus deren Blickwinkel im Vergleich zum Antrag nur in eine positive Richtung verändern kann. Zum Antrag konnten sie sich schriftlich äussern und ihre Gesichtspunkte und Gegenargumente darstellen. Die WEKO verzichtet in vorliegender Untersuchung folgedessen auf die Durchführung mündlicher Anhörungen.

#### B.1.5 Vorbehaltene Vorschriften

103. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG). Dies ist insbesondere bei Vorschriften der Fall, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a), und bei solchen, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b). Ebenfalls nicht unter das Kartellgesetz 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). Art. 3 KG regelt damit – wie bereits die Marginalie dieser Bestimmung sagt – das Verhältnis des Kartellgesetzes zu anderen Rechtsvorschriften. Hervorzuheben ist hierbei, dass nicht etwa jede staatliche Intervention zu einer Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips auf dem entsprechenden Markt führt: Lässt der gesetzliche Rahmen und das dadurch geschützte öffentliche Interesse dafür Raum, so kommen die wettbewerbsrechtlichen Regeln auch hier zum Tragen.<sup>259</sup>

104. AGH betont nun, dass das Engagement der Stadt Zürich bei der Sanierung und Erneuerung des Hallenstadions eine Volksabstimmung vorausgesetzt habe.<sup>260</sup> In den entsprechenden Abstimmungsunterlagen<sup>261</sup> sei auf den Businessplan von AGH Bezug genommen worden, der u.a. das Weiterführen der bisherigen und das Eingehen neuer strategischen Partnerschaften vorsehe. Somit beruhe das derzeitige Betriebsmodell des Hallenstadions, welches mitunter auch den vorliegend betrachteten Bereich des Ticketing umfasse, auf Vorgaben des Gesetzgebers und entspreche dessen öffentlichem und politischem Willen. Indem AGH ausführt, ihr Verhalten sei durch die Volksabstimmung legitimiert, macht sie,

<sup>255</sup> Siehe act. n° 209.

<sup>256</sup> So etwa in Rz 38, 59, 187, 196 und 199 Ziffer 2, siehe ferner auch Rz 183.

<sup>257</sup> Siehe act. n° 259, Seite 21; act. n° 260, Seite 7.

<sup>258</sup> Dazu, dass das rechtliche Gehör keinen Anspruch auf mündliche Anhörung begründet, etwa BGE 134 I 140 E. 5.3 m.w.H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Spezifisch auf das Kartellrecht bezogen statt anderer BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 30 KG N 47 f. m.w.H. auf Rechtsprechung und Literatur.

<sup>259</sup> Statt anderer RPW 2006/4, 632 Rz 36, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking* m.w.H. in Fn 23.

<sup>260</sup> Siehe hierzu sowie zum Nachgehenden Seite 2 ff. von act. n° 102 und Rz 20 ff. von act. n° 148.

<sup>261</sup> Beilage 6 zu act. n° 148.

wenn auch nicht ausdrücklich, so doch immerhin sinn- gemäss geltend, es bestünden vorliegend Vorschriften, welche Wettbewerb – jedenfalls soweit die AGH ihren seinerzeitigen Businessplan, auf welchen in den Abstimmungslagen Bezug genommen worden sei, befolge – nicht zulassen.

105. An der Abstimmung vom 18. Mai 2003 hatten die Stimmbürger der Stadt Zürich über die "Sanierung und Erneuerung des Hallenstadions mit Landkauf von 31'448'000 Franken, Baurechtsgewährung, Darlehen von maximal 20'000'000 Franken und Beteiligung an der Aktienkapitalerhöhung" zu befinden.<sup>262</sup> Mit diesem "Gesamtpaket von verschiedenen Finanzierungsbeiträgen"<sup>263</sup> wollte sich die Stadt Zürich an den Kosten der von Mitte 2004 bis Mitte 2005 geplanten Erneuerung des Hallenstadions beteiligen.

106. Bereits aus prinzipieller Sicht erscheint ausgesprochen fraglich, ob es sich bei diesem einer Gemeindeabstimmung der Stadt Zürich unterstellten Finanzbeschluss um eine Rechtsvorschrift im Sinne von Art. 3 KG handeln kann. Denn dieser Finanzbeschluss ist individuell-konkret, mit ihm wird nicht eine generell-abstrakte Norm geschaffen. Gemäss der in der Literatur vertretenen Mehrheitsmeinung werden jedoch grundsätzlich nur generell-abstrakte Normen vom Begriff der Rechtsvorschrift i.S.d. Art. 3 KG erfasst.<sup>264</sup> Auf den ersten Blick anders scheint dies das Bundesgericht zu beurteilen, spricht es doch einem (individuell-konkreten) Verwaltungsakt, insbesondere einer Konzession, die Möglichkeit nicht generell ab, unter Art. 3 KG zu fallen. Allerdings präzisiert das BGer sogleich, ein solcher Verwaltungsakt müsse sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen und nur wenn diese einen Wettbewerbsausschluss verlange oder erlaube könne der sie konkretisierende (individuell-konkrete) Verwaltungsakt eine Rechtsvorschrift im Sinne von Art. 3 KG darstellen.<sup>265</sup> Damit aber bleibt letztlich eine generell-abstrakte Norm, und sei es auch bloss als Grundlage des sie konkretisierenden Verwaltungsakts, erforderlich, um Art. 3 KG Genüge zu tun.<sup>266</sup> Dass eine solch generell-abstrakte Norm bestehen würde, ist vorliegend aber weder ersichtlich noch wird dies geltend gemacht.

107. Doch selbst wenn man einen Finanzbeschluss als potentiell unter Art. 3 KG fallende Rechtsvorschrift verstehen möchte, handelte es sich hierbei vorliegend nicht um eine solche, welche den Wettbewerb ausschliessen würde. Denn entsprechend den Anträgen in den Abstimmungsvorlagen<sup>267</sup> haben die Stimmbürger der Stadt Zürich einzig und allein über ein Gesamtpaket von Finanzierungsbeiträgen abgestimmt. Die wettbewerbsbezogene (oder – je nach Sichtweise – durch staatliches Eingreifen wettbewerbsverzerrende) Wirkung des Beschlusses beschränkt sich darauf, der AGH in unterschiedlichen Formen diverse Finanzierungsbeiträge zukommen zu lassen. Diese sind allerdings nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung, weshalb offen bleiben kann, ob in Anbetracht von Art. 3 KG eine diesbezügliche kartellrechtliche Überprüfung zugänglich wäre; im Übrigen abgesehen davon, dass zumindest bei einer summarischen Betrachtung nicht offenkundig ist, worin insofern der Verstoss gegen kartellrechtliche Vorschriften bestehen könnte. Wie dem auch sei, fest steht jedenfalls, dass es sich bei diesem Finanzbeschluss nicht

um einen Beschluss handelt, mit welchem Wettbewerb im hier interessierenden Bereich ausgeschlossen wurde. Die der Volksabstimmung unterbreiteten Anträge sind klar und deutlich – eine staatliche Markt- oder Preisordnung ist darin ebensowenig vorgesehen wie die Ausstattung der AGH mit besonderen Rechten zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Dass in den Abstimmungsunterlagen auf den Businessplan der AGH, der u.a. das Weiterführen der bisherigen und das Eingehen neuer strategischen Partnerschaften vorsieht, Bezug genommen wird, ändert nichts an diesem Befund. Denn erstens sind die Abstimmungsunterlagen keine Rechtsvorschriften, sondern nur, aber immerhin, Materialien dazu, und zweitens sehen auch diese keinen Ausschluss von Wettbewerb vor. Ob sich eine derartig in die Wirtschaftsfreiheit eingreifende kommunale Vorschrift, wie sie die AGH zu erkennen meint (welche aber hier, wie gesehen, gar nicht erst besteht), überhaupt mit der Bundesverfassung vereinbaren liesse, braucht daher nicht überprüft zu werden.<sup>268</sup>

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

## B.2 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

109. 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.2.1 Marktbeherrschende Stellung

110. 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).

111. Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind ebenfalls die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen.<sup>269</sup> Zu unterscheiden ist somit die Marktbeherrschung im engeren Sinne ("klassische Marktbeherrschung") von der wirtschaftlichen Abhängigkeit einzelner Marktteilnehmer von anderen Marktteilnehmern.<sup>270</sup> Ob solche wirtschaftlichen Abhängigkeiten vorliegen ist nur zu prüfen, wenn nicht bereits "klassische" Marktbeherrschung vorliegt.

<sup>262</sup> Siehe dazu und zum Nachfolgenden Beilage 6 zu act. n° 148.

<sup>263</sup> So die Formulierung auf Seite 1 der Abstimmungsunterlagen (Beilage 6 zu act. n° 148).

<sup>264</sup> Statt anderer PETER MÜNCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 3 Abs. 1 KG N 10; ferner ausführlich RPW 2006/4, 633 Rz 42, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking* m.w.H. in Fn 30.

<sup>265</sup> BGE 129 II 497, 526 ff. E. 5.4.7 (=RPW 2003/4, 950 f. E. 5.4.7), *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros, WEKO, REKO/WEF*.

<sup>266</sup> Im Ergebnis ebenso MÜNCH (Fn 264), Art. 3 Abs. 1 KG N 10.

<sup>267</sup> Siehe Beilage 6 zu act. n° 148.

<sup>268</sup> Siehe dazu jüngst das Urteil des BGer 2C.940/2010 vom 17.05.2011, E. 3.

<sup>269</sup> Botschaft zum KG 2003, BBl 2002 2045.

<sup>270</sup> Vgl. RPW 2005/1, 161 Rz 93, *Coopforte*.

### B.2.1.1 Marktbeherrschung

112. Die AGH wird sich von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn sie sich ausreichend starker aktueller und/oder potenzieller Konkurrenz gegenübersteht. Um dies zu prüfen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

#### B.2.1.1.1 Der relevante Markt

113. Einleitend ist anzumerken, dass die aus Deutschland stammenden Zivilgerichtsurteile, welche ebenfalls die Abgrenzung des relevanten Marktes bei der Vermietung von Lokalitäten für die dortige Durchführung von Anlässen beschlagen und auf welche CTS Schweiz einerseits<sup>271</sup> und AGH andererseits<sup>272</sup> hinweisen, für die hier nachfolgend vorzunehmende Abgrenzung keinen grossen Erkenntnisgewinn bringen. Dies zum einen aus allgemeinen Gründen wie etwa der Tatsache, dass bei der Marktabgrenzung auf die konkreten (von Land zu Land oder auch schon nur von Region zu Region womöglich unterschiedlichen) Verhältnisse abzustellen ist und damit nicht unbesehen Erkenntnisse aus anderen Ländern, die gestützt auf die dortigen Verhältnisse gewonnen wurden, übernommen werden können. Zum anderen aber auch aus spezifischen Gründen, namentlich Folgenden:

- 1) Im Urteil des OLG Düsseldorf U (Kart) 11/96 vom 4. April 1997 wird die Substituierbarkeit ganz spezifisch aus Sicht der Klägerin geprüft, nicht aus Sicht der Marktgegenseite insgesamt.<sup>273</sup> Eine derart individualbezogene Betrachtungsweise mag in Kartellzivilverfahren in Deutschland angängig sein,<sup>274</sup> in Kartellverwaltungsverfahren in der Schweiz stünde solches aber im Widerspruch zu den kartellrechtlichen Normen.<sup>275</sup>
- 2) Genau dasselbe gilt für das Urteil des LG Dortmund 13 O 181/94 vom 12. Januar 1995, in welchem das Gericht wörtlich ausführt: "(...) für die Abgrenzung des relevanten Marktes [ist] der Bedarf der Klägerin massgebend".<sup>276</sup>
- 3) Gleiches gilt ferner für das Urteil des KG [Berlin] Kart U 5123/93 vom 26. Januar 1994, in welchem das Gericht festhält: "Für die Abgrenzung des hier relevanten Marktes ist vom Bedarf der Klägerin auszugehen".<sup>277</sup>
- 4) Beim Urteil des LG München I 7 O 17349/93 vom 28. September 1993 handelt es sich um ein Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung<sup>278</sup>, womit regelmässig eine Reduktion des Beweismasses einhergeht. Ohne ersichtliche Sachverhaltsabklärungen hält das Gericht denn auch pauschal fest, "(...) der sachlich relevante Markt [besteht] in der Abhaltung klassischer Konzerte (...)"<sup>279</sup>, woraufhin sogleich zur Beurteilung der Marktstellung geschritten wird. Ferner wird auch in diesem Urteil ganz spezifisch auf die konkreten Bedürfnisse der Verfügungsklägerin – und zwar erst noch einzig in Bezug auf einen einzelnen, von dieser zu Sylvester veranstalteten Anlass – abgestellt.<sup>280</sup>

#### B.2.1.1.1 Sachlich relevanter Markt

114. 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>281</sup>, der hier analog anzuwenden ist).

115. Ausgehend vom Untersuchungsgegenstand ist zu fragen, welche Leistungen als Substitut im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU zu der von AGH angebotenen Leistung<sup>282</sup>, dem Hallenstadion, in Frage kommen.<sup>283</sup> Die Abgrenzung des relevanten Marktes erfolgt dabei aus der Optik der Marktgegenseite, in vorliegendem Fall der Veranstalter von Anlässen, welche von AGH die Bereitstellung einer Lokalität für die Durchführung eines bestimmten Anlasses nachfragen. In Anbetracht der Multifunktionalität des Hallenstadions ist die Bandbreite der dort durchführbaren Anlässe sehr gross und reicht von Konzerten über Sportveranstaltungen bis hin zu Geschäftsanlässen. Damit geht hier eine entsprechend breit gefächerte Marktgegenseite einher.

<sup>271</sup> Siehe Beilagen 11 ff. zu act. n° 1.

<sup>272</sup> Siehe Beilage 11 zu act. n° 148.

<sup>273</sup> Siehe Ziffer 1 des Urteils (Beilage 11 zu act. n° 1).

<sup>274</sup> Bloss ergänzend sei darauf hingewiesen, dass im Übrigen in diesem Urteil eine vom Mieter der Lokalität abverlangte Überlassung eines Kontingents von 30 % der Tickets an den Vermieter der Lokalität für dessen Vertrieb als durch sachliche Gründe, namentlich der (Mit)Finanzierung der vom Vermieter der Lokalität dort betriebenen (Vor)Verkaufsstelle, gerechtfertigt erachtet wurde (Siehe Ziffer 2.1.2 des Urteils).

<sup>275</sup> Siehe nachfolgend Rz 114 f.

<sup>276</sup> Siehe E. I Rz 23 des Urteils (Beilage 12 zu act. n° 1).

<sup>277</sup> Siehe S. 13 des Urteils (Beilage 13 zu act. n° 1).

<sup>278</sup> Siehe Ziffer 1 des Dispositivs des Urteils (Beilage 11 zu act. n° 148).

<sup>279</sup> Siehe E. I auf S. 17 des Urteils (Beilage 11 zu act. n° 148).

<sup>280</sup> Siehe exemplarisch nur etwa E. I auf S. 18 des Urteils (Beilage 11 zu act. n° 148), wo untersucht wird, ob dieser eine konkrete Anlass einen "speziell bayrische[n] Touch" habe und deshalb in anderen Städten womöglich deplatziert erscheine, und S. 22, wo erwogen wird, dass ein Heimflug des auftretenden Künstlers an seinen Wohnsitz bis zu einer bestimmten Uhrzeit auch von einem anderen Veranstaltungsort aus möglich gewesen wäre, weshalb dieser spezifische Wunsch des Künstlers nicht geeignet sei, den räumlich relevanten Markt auf den "Veranstaltungsort München" einzuschränken. Dass solches vom Gericht überhaupt erwogen wird, führt im Übrigen die mit einem Abstellen auf einen einzelnen Veranstalter oder gar noch enger auf einen einzelnen Anlass – anstatt auf die Marktgegenseite gesamthaft – verbundene Fragwürdigkeit eindrucklich vor Augen.

<sup>281</sup> Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>282</sup> Zu Unrecht stellt AGH in ihrer Eingabe vom 30.5.2009 (act. n° 12 Rz 55 ff., insbesondere 60 und 75; bereinigte Version act. n° 148) bei der Bestimmung des relevanten Marktes auf die Tätigkeit der Anzeigerin ab.

<sup>283</sup> Zu dieser Bezugnahme auf das/die konkret angebotene Produkt/Dienstleistung siehe auch RPW 2010/1, 123 Rz 43, Preispolitik Swisscom ADSL. In dem Sinn ferner auch Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/4, 684 E. 5.2.1, *Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/WEKO, Good News Productions AG, Resaplus S.A., Swiss Music Promoters Association SMPA*.

116. Generell ist zu berücksichtigen, dass Veranstalter sehr verschiedene Arten von Anlässen organisieren. Dabei kann festgestellt werden, dass sich die Veranstalter jeweils auf eine bestimmte Art von Anlässen spezialisiert haben. So gibt es Veranstalter, welche hauptsächlich Rock- und Popkonzerte<sup>284</sup> organisieren, während andere Veranstalter mehrheitlich im Comedybereich<sup>285</sup> bzw. im Musicalbereich<sup>286</sup> tätig sind. Damit unterscheiden sich auch die Bedürfnisse der einzelnen Veranstalter bei der Wahl einer geeigneten Lokalität. Ob dem sachgerechterweise durch eine Unterteilung in einzelne Arten von Anlässen Rechnung zu tragen wäre oder nicht, kann hier offen bleiben, da das Ergebnis vorliegend so oder so dasselbe ist.<sup>287</sup>

117. In mancherlei anderer Hinsicht, also bezüglich anderer Punkte als der Art des Anlasses, erfolgt seitens der Veranstalter keine Spezialisierung. Eine diesbezüglich abschliessende Aufzählung ist nicht möglich. Hervorzuheben ist nur, aber immerhin, dass die Untersuchung gezeigt hat, dass sich Veranstalter namentlich *nicht* auf die Durchführung von Anlässen nur einer bestimmten Grösse/Besucherzahl spezialisieren.<sup>288</sup> Entsprechend korreliert die Grösse eines Veranstalters auch nicht mit der Grösse/Besucherzahl der einzelnen von ihm durchgeführten Anlässen: Eher "kleinere" Veranstalter führen sowohl "kleine" als auch "grosse" Anlässe durch<sup>289</sup> ebenso wie eher "grössere" Veranstalter "kleine" wie auch "grosse" Anlässe durchführen<sup>290</sup>. All diese Veranstalter sind vorliegend Marktgegenseite; eine besondere Kategorie "Grossanlassveranstalter" als Marktgegenseite ist nicht auszumachen, eine dahingehende Einschränkung also nicht angebracht.

118. Um die Wahl der Lokalität zu treffen, wird der Veranstalter verschiedene Kriterien berücksichtigen, unter anderem das Fassungsvermögen, die Mietkosten, die Lage und die technische Ausstattung der Lokalität sowie deren Ambiente und Verfügbarkeit.<sup>291</sup> Weiter spielen auch der Wunsch und insbesondere der Tourneepfad des jeweiligen Künstlers eine Rolle.<sup>292</sup> Entscheidend für die Wahl der Lokalität ist in jedem Fall das Gesamtpaket, welches eine Lokalität dem Veranstalter anbietet. Je nach seinen individuellen Präferenzen und vor allem in Abhängigkeit von den Bedürfnissen des konkret betroffenen Anlasses<sup>293</sup> wird der Veranstalter festlegen, welche Kriterien er wie stark gewichtet und sich für ein Angebot entscheiden.<sup>294</sup>

119. Die Grösse des Anlasses – gemessen an der erwarteten Besucherzahl – ist ein wichtiges, allerdings nicht alleine entscheidendes Kriterium für die Wahl der Lokalität. So gibt es Künstler, die lieber in kleineren Hallen spielen wollen, dafür aber höhere Eintrittspreise verlangen können.<sup>295</sup> Das Hallenstadion verfügt über eine Maximalkapazität von 13'000 Plätzen.<sup>296</sup> Allerdings ist das Hallenstadion nur bei [5–30] von etwa [120–150] Anlässen pro Jahr ausverkauft.<sup>297</sup> Die durchschnittliche Besucherzahl von Anlässen im Hallenstadion beträgt knapp 7'000 Personen.<sup>298</sup> Dies bedeutet, dass im Hallenstadion Anlässe mit einer relativ breiten Streuung in Bezug auf die Zuschauerzahlen stattfinden und das Platzangebot des Hallenstadions keineswegs immer ausgereizt wird. Die AGH selbst nimmt keine Kategorisierung der Anlässe in Abhängigkeit der Anzahl Zuschauer vor.<sup>299</sup> Seitens der Veranstalter ist es so, dass

die Bestimmung des Besucherpotentials eines Anlasses mit nicht unerheblichen Unsicherheiten und entsprechenden Risiken verbunden ist,<sup>300</sup> wobei als grobe Faustregel davon ausgegangen werden kann, dass Veranstalter (je nach Anlass und Kostenstruktur) in der Regel rechnerisch von einer Mindestauslastung resp. einem Break-even bei einer Auslastung von ca. 50–80 % ausgehen.<sup>301</sup>

120. Anlässe mit 13'000 oder mehr Plätzen können in der Schweiz nur in grossen Hallen wie dem Hallenstadion oder der Postfinance Arena in Bern<sup>302</sup>, in offenen Stadien oder offenen Veranstaltungsplätzen (wie beispielsweise auf einer grossen Wiese oder einem Flugplatz<sup>303</sup>) durchgeführt werden. Anlässe mit 7'000 Personen, d.h. der durchschnittlichen Besucherzahl von Anlässen im Hallenstadion, können – was die Kapazität betrifft – in der Schweiz nebst dem Hallenstadion insbesondere in folgenden gedeckten Lokalitäten durchgeführt werden: Post Finance Arena und Festhalle in Bern, St. Jakobshalle in Basel<sup>304</sup> und Arena in Genéve<sup>305</sup>.

<sup>284</sup> So der eine Zeuge, Protokoll act. n° 209 S. 2.

<sup>285</sup> So ein anderer Zeuge, Protokoll act. n° 214 S. 2.

<sup>286</sup> So der dritte befragte Zeuge, Protokoll act. n° 180 S. 2.

<sup>287</sup> Siehe Rz 138 f.

<sup>288</sup> Siehe insbesondere die Antworten auf Frage 9.b des Fragebogens an die Veranstalter. Vgl. ferner auch die Antworten auf Frage 9.c bezüglich der mindestens zu erwartenden Besucherzahl für die Annahme eines Auftrags, namentlich act. n° 38 (ab 1'000 Personen), act. n° 50 (kein fixes Minimum), act. n° 57 (mit wenigen Ausnahmen ab 900 Personen), act. n° 66 (zwischen 300–70'000 Personen), act. n° 67 (ab 300 Personen), act. n° 98 (an sich kein fixes Minimum, unter 500 Personen dürfte es sich aber selten rechnen), act. n° 108 (ab 300 Personen) und act. n° 118 (kein fixes Minimum).

<sup>289</sup> Exemplarisch sei die ausserhaus GmbH genannt.

<sup>290</sup> Exemplarisch sei Good News Productions AG genannt.

<sup>291</sup> Siehe die Aussagen der Zeugen, Protokoll act. n° 180 S. 2 f.; act. n° 209 S. 2 und 7. Weiter die Antworten der Veranstalter auf Frage 11.a, act. n° 50 (OPUS ONE SA); act. n° 66 (Good News Productions AG); act. n° 67 (Appalooza productions GmbH); act. n° 92 (Cinerent OpenAir AG); act. n° 108 (Rent-a-Show AG); act. n° 118 (4 Music Entertainment AG).

<sup>292</sup> So die Aussage eines Zeugen, Protokoll act. n° 209 S. 7.

<sup>293</sup> Vgl. etwa die Aussage eines Zeugen, Protokoll act. n° 214 S. 3.

<sup>294</sup> Exemplarisch, bezogen auf einen konkreten Fall, das Protokoll der Zeugenaussage in act. n° 214 S. 4.

<sup>295</sup> Gemäss (plausibler) Aussage eines Zeugen, Protokoll act. n° 209 S. 7.

<sup>296</sup> Vgl. [www.hallenstadion.ch/sites/business\\_hasta/kurzinformationen.html](http://www.hallenstadion.ch/sites/business_hasta/kurzinformationen.html) (05.12.2011).

<sup>297</sup> So AGH anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 219 S. 16.

<sup>298</sup> Act. n° 12 S. 20.

<sup>299</sup> Gemäss die Aussage von AGH, Protokoll act. n° 219 S. 16.

<sup>300</sup> Vgl. nur etwa die Aussage eines Zeugen, Protokoll act. n° 180 S. 3.

<sup>301</sup> Siehe die entsprechenden Zeugenaussagen, Protokoll act. n° 214 S. 5 (Faustregel Break-even bei 60–70 % Auslastung), Protokoll act. n° 209 S. 4 (Mindetauslastung von 70 %, zuweilen auch 75 %), Protokoll act. n° 180 S. 4 (Auslastung im Bereich Musical von 50–65 %). Act entertainment ag gibt an, bei den meisten sehr grossen Anlässen läge der Break-even erst bei einer Auslastung von 80 % (siehe act. n° 57 S. 5). Im Gegensatz dazu steht die Aussage eines Ticketvertriebsunternehmens, wonach bereits ab einem Besucherpotential von 5'000 Personen das Hallenstadion die einzige Alternative sei (siehe das Protokoll act. n° 184 S. 13).

<sup>302</sup> Max. Kapazität: 17'131 Besucher, vgl. [www.postfinancearena.ch/index.php?page=112](http://www.postfinancearena.ch/index.php?page=112) (05.12.2011).

<sup>303</sup> Etwa auf dem Flugplatz Dübendorf, welcher 70'000 Besucher aufnehmen kann. Vgl. Act. n°66, Beilage 3.

<sup>304</sup> Max. Kapazität: 9'000 Besucher, vgl. [www.stjakobshalle.ch/Grosse-Halle-141?newsid=7](http://www.stjakobshalle.ch/Grosse-Halle-141?newsid=7) (05.12.2011).

<sup>305</sup> Max. Kapazität: 9'500 Besucher, vgl. [www.geneva-arena.ch/techniques.php](http://www.geneva-arena.ch/techniques.php) (05.12.2011).

121. Bezüglich der Durchführung eines Anlasses in einer offenen Lokalität spielt die Jahreszeit eine entscheidende Rolle. Für Anlässe in den Wintermonaten dürften offene Lokalitäten kaum in Frage kommen. Während der wärmeren Monate bilden Stadien wie das Stade de Suisse in Bern<sup>306</sup>, das Stadion Letzigrund in Zürich<sup>307</sup> oder der St. Jakobpark in Basel<sup>308</sup> hingegen eine Alternative zum Hallenstadion. Ausserdem finden in den Sommermonaten verschiedene Open Airs<sup>309</sup> statt, wo Künstler auftreten, die sonst auch in geschlossenen Lokalitäten spielen. Dass offene Lokalitäten in den Sommermonaten Substitute für das Hallenstadion darstellen, zeigt sich auch daran, dass das Hallenstadion im Winter häufig einen Veranstalter abweisen muss, weil es am für den Anlass vorgesehenen Datum bereits besetzt ist. In den Sommermonaten hingegen ist dies aufgrund der Möglichkeit, in offenen Stadien Anlässe durchzuführen, weniger häufig der Fall.<sup>310</sup> Eine von der Jahreszeit abhängige Marktabgrenzung ist allerdings nicht angezeigt, da die vorliegend relevanten Veranstalter während des gesamten Jahres tätig sind und eine gezielte Spezialisierung seitens der Veranstalter auf die Durchführung von entweder ausschliesslich Indoor- oder ausschliesslich Outdooranlässen nicht ersichtlich ist<sup>311</sup>. Im Übrigen können Veranstalter unter Berücksichtigung der – allerdings zuweilen erheblich einschränkenden – Pläne ihrer Geschäftspartner, den Künstlern, wählen, welche Anlässe zu welchem Zeitpunkt stattfinden sollen. Anlässe, die besonders viele Zuschauer anziehen, wird der Veranstalter vorzugsweise dann stattfinden lassen, wenn neben den gedeckten Lokalitäten auch offene Lokalitäten in Frage kommen, welche ein noch grösseres Fassungsvermögen aufweisen. Dies dürfte vor allem für Anlässen mit einem Besucherpotential über 20'000 Zuschauer der Fall sein.<sup>312</sup> Dass Open-Air-Lokalitäten im Sommer als Alternativen zur Verfügung stehen, im Winter hingegen nicht, wirkt sich nur, aber immerhin, auf die Beurteilung der Marktposition aus. Dort ist zu berücksichtigen, dass Open-Air-Anlässe nur während einer bestimmten Jahreszeit durchgeführt werden können und daher die dafür benötigten offenen Lokalitäten – anders als alternative gedeckte Lokalitäten – auch nur, aber immerhin, während dieser Zeit einen Wettbewerbsdruck ausüben können.

122. Hinsichtlich der Austauschbarkeit von Lokalitäten gilt es weiter zu berücksichtigen, dass ein Veranstalter bei gewissen Veranstaltungen die Möglichkeit hat, diese auf mehrere Vorstellungen aufzuteilen, um diese in einer kleineren Lokalität stattfinden zu lassen. Dies dürfte vor allem bei Musicals der Fall sein, für welche von den darauf spezialisierten Veranstaltern eine grosse Halle als weniger geeignet angesehen wird.<sup>313</sup> Eine solche Veranstaltung wird dann typischerweise während mehrerer Wochen mit mehreren Aufführungen pro Woche gespielt, so dass nach einer gewissen Laufzeit eine höhere Anzahl von Zuschauern erreicht werden kann, als wenn die Veranstaltung nur einmal, aber dafür in einer grösseren Lokalität stattgefunden hätte.<sup>314</sup>

123. Vor diesem Hintergrund kommen als Substitute für das Hallenstadion auch Lokalitäten mit einer kleineren Zuschauerkapazität wie z.B. der Kursaal in Bern<sup>315</sup>, das KKL in Luzern<sup>316</sup> oder das Volkshaus in Zürich<sup>317</sup> in Frage. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen,

dass für die Veranstalter aus rein kommerzieller Sicht, d.h. unter Berücksichtigung von Aufwand, Ertrag und Risiko, kleine Anlässe gewinnbringender sein können als die grossen Anlässe.<sup>318</sup>

124. Im Hallenstadion finden sehr verschiedene Arten von Anlässen statt. Neben Konzerten zählen dazu beispielsweise Generalversammlungen und Eishockeyspiele. Entsprechend umfasst die Marktgegenseite nicht nur Veranstalter von Konzerten und anderen Unterhaltungsanlässen, sondern auch Sportvereine, Grossunternehmen oder Messeveranstalter. Da sowohl das Hallenstadion als auch die St. Jakobshalle in Basel als Mehrzweckhallen ausgestattet sind, kann in diesen Hallen eine breite Palette von Anlässen durchgeführt werden. Auch in den Stadien können sehr verschiedene Arten von Anlässen stattfinden, weshalb diese für die hier betrachteten Veranstalter ebenfalls Substitute bilden.

125. Zusammenfassend kann ein Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen abgegrenzt werden, welcher neben dem Hallenstadion (möglicherweise je nach Art der Anlässe jeweils unterschiedliche)<sup>319</sup> andere Hallen, aber auch offene Stadien und Veranstaltungsplätze einschliesst.

#### B.2.1.1.2 Räumlich relevanter Markt

126. 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).

<sup>306</sup> Max. Kapazität: 40'000 Besucher, vgl. [www.stadedesuisse.ch/cgi-bin/dynamisch/file/PDF/Factsheet\\_EuK\\_openair\\_facility\\_eng.pdf](http://www.stadedesuisse.ch/cgi-bin/dynamisch/file/PDF/Factsheet_EuK_openair_facility_eng.pdf) (05.12.2011).

<sup>307</sup> Max. Kapazität für Openair-Konzerte: 50'000 Besucher, vgl. [www.stadionletzigrund.ch/stadion-letzigrund/](http://www.stadionletzigrund.ch/stadion-letzigrund/) (05.12.2011).

<sup>308</sup> Max. Kapazität für Openair-Konzerte: 45'000 Besucher, vgl. [www.sport-bs.ch/fileadmin/sportamt/NoSports/Sportamtbasel/Publikationen/Basel\\_ist\\_Sport\\_Anlagen.pdf](http://www.sport-bs.ch/fileadmin/sportamt/NoSports/Sportamtbasel/Publikationen/Basel_ist_Sport_Anlagen.pdf) (05.12.2011).

<sup>309</sup> Zu nennen sind beispielsweise das Gurtenfestival, das Open Air St. Gallen, das Open Air Frauenfeld oder das Paléo Festival Nyon.

<sup>310</sup> So die Aussage von AGH, Protokoll act. n° 219 S. 19.

<sup>311</sup> Zur Untermauerung dieser Feststellung sei beispielhaft auf das Tätigkeitsfeld von Appalooza productions GmbH hingewiesen, welches vom Betrieb eines Konzertlokals über die Organisation des Gurtenfestivals Bern und Konzerten an diversen In- und Outdoorlokalitäten bis zur Durchführung von Special Events im Auftrag von Kunden, etwa Public Viewing-Events, reicht (act. n° 67, S. 2).

<sup>312</sup> Gemäss Aussage eines Zeugen, Protokoll act. n° 180 S. 4.

<sup>313</sup> So ein Zeuge, siehe das Protokoll act. n° 180 S. 5 f.

<sup>314</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang das Musical "Ewigi Liebi", welches in der Maag MusicHall in Zürich während drei Spielsaisons insgesamt 450'000 Besucher angezogen hat und danach in Bern in einer eigens dafür errichteten Theaterhalle mit Platz für 950 Personen auf dem WankdorfCity-Areal gespielt wurde. Vgl. [www.ewigiliebi.ch/dynamic/uploads/deepnews\\_doc\\_1299146290\\_1.pdf](http://www.ewigiliebi.ch/dynamic/uploads/deepnews_doc_1299146290_1.pdf) (05.12.2011).

<sup>315</sup> Kapazität 1'400 Personen, vgl. [www.kursaal-bern.ch/files/webcontent/kongresse/Factsheet%20neue%20Arena.pdf](http://www.kursaal-bern.ch/files/webcontent/kongresse/Factsheet%20neue%20Arena.pdf) (05.12.2011).

<sup>316</sup> Kapazität: 1'300 Sitzplätze, vgl. [www.kkl-luzern.ch/navigation/top](http://www.kkl-luzern.ch/navigation/top) (05.12.2011).

<sup>317</sup> Max. Kapazität: 1'597 Personen, vgl. [www.volkshaus.ch/mieten/theatersaal.html](http://www.volkshaus.ch/mieten/theatersaal.html) (05.12.2011).

<sup>318</sup> Siehe die Aussage eines Zeugen, Protokoll act. n° 209 S. 6. In dem Sinne auch die Aussage von AGH anlässlich des Parteiverhörs, siehe Protokoll act. n° 219 S. 21.

<sup>319</sup> Siehe dazu, dass die Notwendigkeit einer dahingehenden Abgrenzung offen bleiben kann, Rz 116.

127. Ein weiteres wichtiges Kriterium für die Veranstalter bei der Wahl einer geeigneten Lokalität für einen bestimmten Anlass bildet die geografische Lage der Lokalität. Dabei ist der Anreiseweg massgebend, welchen die Veranstaltungsbesucher in Kauf zu nehmen bereit sind. Generell kann gesagt werden, dass der Anreiseweg um so weniger ins Gewicht fällt, je begehrt der entsprechende Anlass beim Publikum ist.<sup>320</sup> So dürfte für spezielle Anlässe mit besonders attraktiven Künstlern, die selten und jeweils nur an einem Veranstaltungsort in der Schweiz auftreten, der Anreiseweg eine untergeordnete Rolle spielen. Für diese speziellen Anlässe dürfte das Einzugsgebiet die ganze Schweiz, ja sogar grenznahe Gebiete im Ausland umfassen.<sup>321</sup> Bei der grossen Mehrheit der Anlässe ist das Einzugsgebiet allerdings enger und daher unter Berücksichtigung der nachfolgenden Ausführungen insgesamt eine regionale Abgrenzung sinnvoll.

128. Bezüglich der regionalen Abgrenzung stehen die Sprachregionen, d.h. Deutschschweiz, Westschweiz und Tessin, im Vordergrund. Bei der Wahl des geeigneten Veranstaltungsorts spielt die Sprache des Anlasses und der Bekanntheitsgrad des Künstlers oftmals eine wichtige Rolle. Sprach- und kulturbedingte Unterschiede führen dazu, dass bestimmte Künstler nur in der Deutschschweiz, andere nur in der Westschweiz auftreten.<sup>322</sup> Die Veranstalter gehen deshalb bei ihrer Geschäftstätigkeit grundsätzlich von einer Unterteilung der Schweiz in Sprachregionen, also Deutschschweiz, Westschweiz und Tessin, aus.<sup>323</sup> Teilweise wird innerhalb dieser Sprachregionen eine weitere Unterteilung vorgenommen, im Fall der Deutschschweiz etwa in Mittelland, Ostschweiz, Zentralschweiz und Graubünden oder im Fall der Westschweiz in Genfersee-Region und Wallis.<sup>324</sup> Diese weiteren Unterteilungen sind jedoch von Veranstalter zu Veranstalter unterschiedlich, während die Unterteilung in Sprachregionen von den meisten Veranstaltern einheitlich vorgenommen wird.

129. Aufgrund des in der Schweiz gut ausgebauten Verkehrsnetzes ist gerade das jüngere Publikum recht mobil, so dass ein bestimmtes Konzert, welches als Einzugsgebiet Personen aus der Deutschschweiz anziehen soll, in Basel, Bern oder Zürich durchgeführt werden kann.<sup>325</sup> Zwischen diesen Städten liegt der Anfahrtsweg bei ungefähr einer Stunde, was gemäss Veranstaltern von den Zuschauern in Kauf genommen wird.<sup>326</sup> In Distanzen ausgedrückt wird davon ausgegangen, dass in der Schweiz die Zuschauer für einen beliebten Anlass einen Anreiseweg von bis zu 200 km in Kauf nehmen.<sup>327</sup>

130. Zusammenfassend ist deshalb vorliegend der räumlich relevante Markt bei einer Gesamtbetrachtung nach Sprachregionen, d.h. Deutschschweiz, Westschweiz und Tessin, abzugrenzen.

### B.2.1.1.1.3 Zusammenfassung

131. Zusammengefasst kann vorliegend ein sachlich relevanter Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen abgegrenzt werden, welcher neben dem Hallenstadion andere Hallen, aber auch Stadien und offene Veranstaltungsplätze einschliesst. In räumlicher Hinsicht wird der Markt nach Sprachregionen abgegrenzt.

### B.2.1.1.2 Beurteilung der Marktstellung

132. Nach der Abgrenzung der relevanten Märkte gilt es nun zu prüfen, ob die AGH eine marktbeherrschende 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).

133. Für die Beurteilung, ob ein Unternehmen marktbeherrschend ist, sind die Situation der Konkurrenten (aktueller Wettbewerb), die Marktzutrittsschranken (potenzieller Wettbewerb) sowie die Stellung der Marktgegenseite zu analysieren.<sup>328</sup> Diese Praxis entspricht auch der neuesten Mitteilung der EU-Kommission, gemäss welcher folgende Faktoren zu prüfen sind: (1) der Wettbewerbsdruck aufgrund bereits bestehender Lieferungen von vorhandenen Wettbewerbern und deren Marktstellung (Marktstellung des marktbeherrschenden Unternehmens und seiner Wettbewerber); (2) der Wettbewerbsdruck 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 (Nachfragemacht).<sup>329</sup>

<sup>320</sup> Vgl. hierzu die Antworten der Veranstalter auf die Fragen 11.b. und 11.c., etwa act. n° 66 (Good News Productions AG); act. n° 92 (Cinerent OpenAir AG); act. n° 108 (Rent-a-Show AG); act. n° 118 (4 Music Entertainment AG).

<sup>321</sup> Gemäss AGH anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 219 S. 2. Dahingehend auch Aussagen von Zeugen, vgl. das Protokoll in act. n° 214 S. 6.

<sup>322</sup> Beispielsweise kommt für ein Konzert mit Johnny Hallyday v.a. die Westschweiz in Frage, während Herbert Grönemeyer vorzugsweise in der Deutschschweiz auftreten wird. Vgl. hierzu statt anderer die Ausführungen von Cinerent OpenAir AG (act. n° 92 S. 4).

<sup>323</sup> Antwort der Veranstalter auf Frage 14.b, act. n° 50 (OPUS ONE SA); act. n° 57 (act entertainment ag); act. n° 66 (Good News Productions AG); act. n° 98 (Art on Ice Production AG).

<sup>324</sup> Antwort der Veranstalter auf Frage 14.b, act. n° 67 (Appalooza productions GmbH); act. n° 92 (Cinerent OpenAir AG); act. n° 108 (Rent-a-Show AG); act. n° 118 (4 Music Entertainment AG).

<sup>325</sup> Vgl. die Antwort von act entertainment ag (act. n° 57) sowie von 4 Music Entertainment AG (act. n° 118) auf Frage 14.c.

<sup>326</sup> Act entertainment ag erachtet einen Anreiseweg von 90 Minuten als unproblematisch (act. n° 57 S. 4), Art on Ice Production AG geht gar davon aus, dass ein Anreiseweg von zwei Stunden für die Zuschauer machbar sei (act. n° 98 S. 4).

<sup>327</sup> So die Einschätzung von Rent-a-Show AG gemäss Antwort auf Frage 11.c, siehe act. n° 108 S. 3.

<sup>328</sup> Vgl. RPW 2008/3, 395 Rz 106, *Publikation von Arzneimittelinformationen*; RPW 2006/4, 640 Rz 91, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*; Urteil der REKO/WEF, RPW 2004/3, 882 f. E. 4.4., *Unique (Flughafen Zürich AG)/Sprenger Autobahnhof AG, Alternative Parking AG, WEKO*.

<sup>329</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 Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen", S. 6 ff.; eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:DE:PDF (nachfolgend: Mitteilung zu Art. 82 EGV) (05.12.2011).

### B.2.1.1.2.1 Aktueller Wettbewerb

134. Das Hallenstadion ist mit einer Kapazität von 13'000 Plätzen eine der grössten Hallen der Deutschschweiz. Wird die durchschnittliche Besucherzahl von Anlässen im Hallenstadion (7'000 Personen) als Massstab herangezogen, können Anlässe mit diesem Zuschauer volumen – was die Kapazität betrifft – in der Schweiz nebst dem Hallenstadion insbesondere in folgenden gedeckten Lokalitäten durchgeführt werden: Post Finance Arena und Festhalle in Bern und St. Jakobshalle in Basel. Während der wärmeren Monate bilden offene Stadien wie das Stade de Suisse in Bern, das Stadion Letzigrund in Zürich oder der St. Jakobpark in Basel eine Alternative zum Hallenstadion (vgl. Rz 120). Wie in Rz 123 f. aufgezeigt, kommen unter bestimmten Bedingungen als Substitute für das Hallenstadion auch Lokalitäten mit einer kleineren Zuschauerkapazität wie z.B. der Kursaal in Bern<sup>330</sup>, das KKL in Luzern<sup>331</sup> oder das Volkshaus in Zürich<sup>332</sup> in Frage.

135. Das Hallenstadion bietet als Veranstaltungsort ein Gesamtpaket, welches sich vor allem durch folgende Faktoren auszeichnet: Standort, Qualität der Organisation, Reputation, neuste Technologie und "state of the art" Einrichtungen.<sup>333</sup> Insbesondere kann die Halle nach der 2005 abgeschlossenen Sanierung multifunktional genutzt und schnell umgebaut werden.<sup>334</sup> Ausserdem ist die technische Einrichtung so ausgelegt, dass Veranstalter, welche die eigene Technik mitbringen (z.B. Sound- und Lichtsystem), über gut funktionierende Schnittstellen verfügen. Neben der Renovierung der Halle wurden Investitionen in den Vorbau getätigt, welcher neue Gastronomie- und Konferenzräumlichkeiten enthält.<sup>335</sup>

136. Aufgrund der kürzlich erfolgten Sanierung verfügt das Hallenstadion in Bezug auf die Technik gegenüber anderen Hallen über einen Vorteil, da es dadurch einfacher geworden ist, dort einen Anlass durchzuführen.<sup>336</sup> Dies hängt auch damit zusammen, dass in der Schweiz viele Hallen ursprünglich als Sporthallen gebaut wurden und die technischen Voraussetzungen für andere Arten von Anlässen teilweise nicht vorhanden sind. Dies gilt vor allem für die PostFinance Arena in Bern, während die St. Jakobshalle in Basel durch permanente Aufhängengeräte modernisiert wurde, wodurch die Aufbauarbeiten für die Veranstalter deutlich billiger geworden sind.<sup>337</sup>

137. Ein Nachteil des Hallenstadions aus Sicht der Veranstalter ist dessen beschränkte Verfügbarkeit, da neben Konzerten die Eishockeyspiele der ZSC Lions, viele Generalversammlungen, das CSI oder Art on Ice stattfinden.<sup>338</sup> Dieses Problem betrifft – wenn auch in geringerem Ausmass – auch die St. Jakobshalle in Basel, wo das Tennisturnier Swiss Indoors ausgetragen wird. Die beschränkte Verfügbarkeit kann im Extremfall dazu führen, dass ein Künstler zwar die Schweiz bespielen möchte, der Veranstalter aber keine passende bzw. verfügbare Halle finden kann. Dies führt dazu, dass der betreffende Künstler dann nicht in der Schweiz auftritt.<sup>339</sup> Die begrenzte Verfügbarkeit macht gleichzeitig deutlich, dass zwischen den verschiedenen Lokalitäten Substitutionsbeziehungen vorliegen: Wenn beispielsweise das Hallenstadion bereits besetzt ist, wird der Veranstalter

auf die St. Jakobshalle in Basel ausweichen oder umgekehrt.<sup>340</sup>

138. Bei der Wahl der Lokalität hat der Veranstalter je nach Art des Anlasses verschiedene Optionen bzw. Substitutionsmöglichkeiten. Für Konzerte gibt es neben dem Hallenstadion innerhalb des relevanten Marktes andere Hallen wie z.B. die St. Jakobshalle in Basel oder die Festhalle in Bern. Während der Sommermonate können Konzerte auch in Freiluftstadien wie dem St. Jakobspark in Basel, dem Stade de Suisse in Bern oder dem Stadion Letzigrund in Zürich sowie auf Openairplätze wie z.B. dem Flugplatz in Dübendorf stattfinden. Für Generalversammlungen und Corporate Events stehen verschiedene Messehallen und Kongresszentren zur Verfügung, so z.B. der Kursaal in Bern, das KKL in Luzern oder das Kongresshaus in Zürich. Bezüglich der meisten Anlässe, welche im Hallenstadion stattfinden, dürfte daher das Hallenstadion substituierbar sein. Es ist aber nicht auszuschliessen, dass für einen ganz spezifischen Anlass das Hallenstadion aufgrund bestimmter Kriterien für den jeweiligen Veranstalter die bevorzugte, wenn nicht sogar einzige Alternative darstellt.<sup>341</sup> Bei der Vielzahl von Anlässen, die von den Veranstaltern organisiert werden, dürfte dies jedoch bis zu einem bestimmten Grad für jede Lokalität zutreffen.

139. Die Anzahl Wettbewerber für das Hallenstadion hängt von der Art des Anlasses ab. Bei Pop/Rock-Konzerten und Sportanlässen sind die anderen Hallen, die Stadien und die Openairplätze Konkurrenten. Im Bereich der Geschäftsanlässe und Generalversammlungen steht das Hallenstadion mit Kongresszentren und Messehallen im Wettbewerb. Da die Mitbewerber je nach Segment von Anlässen andere sind, ist es nicht möglich, den Marktanteil des Hallenstadions auf dem Gesamtmarkt, d.h. dem relevanten Markt, zu beziffern.

<sup>330</sup> Kapazität 1'400 Personen, vgl. [www.kursaal-bern.ch/files/webcontent/kongresse/Factsheet%20neue%20Arena.pdf](http://www.kursaal-bern.ch/files/webcontent/kongresse/Factsheet%20neue%20Arena.pdf) (05.12.2011).

<sup>331</sup> Kapazität: 1'300 Sitzplätze, vgl. [www.kkl-luzern.ch/navigation/top\\_nav\\_items/convention/Raume/Konzertsaal/default.htm](http://www.kkl-luzern.ch/navigation/top_nav_items/convention/Raume/Konzertsaal/default.htm) (05.12.2011).

<sup>332</sup> Max. Kapazität: 1'597 Personen, vgl. [www.volkshaus.ch/mieten/theatersaal.html](http://www.volkshaus.ch/mieten/theatersaal.html) (05.12.2011).

<sup>333</sup> Act. n° 102 S. 5.

<sup>334</sup> Darauf hinweisend etwa ticketportal anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 186 S. 13.

<sup>335</sup> So AGH anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 219 S. 4.

<sup>336</sup> So ein Zeuge, Protokoll act. n° 209 S. 7, und auch die AGH selbst, Protokoll act. n° 219 S. 4.

<sup>337</sup> Gemäss (plausibler) Aussage eines Zeugen, Protokoll act. n° 209 S. 7.

<sup>338</sup> Siehe etwa die Aussagen eines Zeugen, Protokoll act. n° 209 S. 7, sowie von ticketportal anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 186 S. 13.

<sup>339</sup> Dies gemäss Aussage eines Zeugen, Protokoll act. n° 209 S. 7.

<sup>340</sup> So ein Zeuge, Protokoll act. n° 180 S. 3.

<sup>341</sup> Siehe etwa das von einem Zeugen genannte Beispiel, Protokoll act. n° 209 S. 8.

### B.2.1.1.2.2 Ergebnis

140. Insgesamt verfügt die AGH mit dem Hallenstadion in der Deutschschweiz sicherlich über eine starke Marktposition. Derzeit ist das Hallenstadion wohl diejenige grosse Halle in der Deutschschweiz, welche den technischen Anforderungen der Veranstalter am besten entspricht. Auch bezüglich des Standorts und der Ausstrahlung ist das Hallenstadion ein attraktiver Veranstaltungsort. Je nach Art des Anlasses kann jedoch eine andere Halle den Bedürfnissen der Veranstalter besser entsprechen, z.B. das KKL in Luzern. Ausserdem stehen je nach Segment jeweils verschiedene andere Lokalitäten in Konkurrenz zum Hallenstadion. Im Bereich Konzerte und Sportanlässe sind diese andere Hallen, Stadien sowie Openairplätze. Bei Generalversammlungen und Unternehmensanlässen sind Kongresszentren und Messehallen die Konkurrenten des Hallenstadions. Aufgrund dieser Marktstruktur liegen derzeit keine Indizien vor, dass sich die AGH mit dem Hallenstadion auf dem relevanten Markt im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG in wesentlichen Umfang unabhängig verhalten kann.

### B.2.1.2 Wirtschaftliche Abhängigkeit

141. Eine vertiefte Prüfung individueller wirtschaftlicher Abhängigkeiten zur Begründung einer sogenannten relativen marktbeherrschenden Stellung<sup>342</sup> erübrigt sich vorliegend. Denn bereits eine summarische Betrachtung zeigt, dass für die meisten Veranstalter die wirtschaftliche Bedeutung der von ihnen im Hallenstadion durchgeführten Anlässe im Verhältnis zu ihrer gesamten Geschäftstätigkeit zu gering ist,<sup>343</sup> damit ihre Geschäftsbeziehungen mit der AGH "(...) von einer derartigen Intensität [wären], dass [sie] sich der Marktmacht des anderen nicht entziehen (...)"<sup>344</sup> könnten. Soweit dies nicht der Fall sein sollte, wie dies insbesondere auf die ZSC Lions zutrifft<sup>345</sup> und allenfalls auch bezüglich Good News möglich erscheint, liegt keine individuelle wirtschaftliche Abhängigkeit vor, weil diese Veranstalter aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung, welche die von ihnen durchgeführten Anlässe für die AGH haben, über genügend Verhandlungsmacht gegenüber der AGH verfügen,<sup>346</sup> was verunmöglicht, dass AGH einseitig ihre Bedingungen durchsetzen könnte.<sup>347</sup>

### B.2.2 Schlussfolgerung

142. Da die AGH demzufolge über keine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt, erübrigt sich eine Prüfung ihres Verhaltens unter dem Blickwinkel von Art. 7 KG, da so oder so keine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG vorliegen kann. Im Folgenden bleibt zu prüfen, ob die Vereinbarung zwischen AGH und Ticketcorner als unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG zu qualifizieren ist.

### B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede (50 %-Vereinbarung)

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

### B.3.1 Wettbewerbsabrede

144. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig.<sup>348</sup>

145. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt demnach vor, wenn erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Abrede gegeben sind.<sup>349</sup>

#### B.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen AGH und Ticketcorner

146. AGH und Ticketcorner schlossen zwischen ihnen die am 1. Januar 2009 in Kraft getretene Kooperationsvereinbarung, welche unter anderem die 50 %-Vereinbarung enthält.<sup>350</sup> Bei dieser Kooperationsvereinbarung handelt es sich um einen rechtlich erzwingbaren Vertrag. Dass die beiden Vertragsparteien damit bewusst und gewollt zusammen wirken, bedarf keiner Weiterungen.

#### B.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

147. Erforderlich ist zudem, dass mit der fraglichen Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird. Die Kooperationsvereinbarung regelt die Zusammenarbeit der Vertragsparteien im Bereich Ticketvertrieb in Bezug auf das Hallenstadion. Sie sieht insbesondere die 50 %-Vereinbarung<sup>351</sup> vor, enthält aber

<sup>342</sup> Siehe erst- und letztmals ausführlich dazu RPW 2005/1, 160 ff. Rz 92 ff., *Coopforte*.

<sup>343</sup> Vgl. etwa den Veranstaltungskalender von act entertainment ag (act. n° 57, Anhang), Appalooza productions GmbH (act. n° 67, Anhang) sowie Rent-A-Show AG (act. n° 168).

<sup>344</sup> RPW 2005/1, 161 Rz 94 und 98 sowie 162 Rz 101, *Coopforte*.

<sup>345</sup> In eine andere Richtung deutend aber die Aussage von AGH anlässlich des Parteiverhörs, wonach die ZSC Lions ihre Heimspiele auch schon in einer anderen Halle ausgetragen haben (siehe Protokoll act. n° 219 S. 18), was sich mit den Ausführungen von ticketportal deckt (Protokoll act. n° 186 S. 13).

<sup>346</sup> So hält die ZLE Betriebs AG (für die ZSC Lions zuständig) in ihren Antworten zum Fragebogen (act. n° 109) ausdrücklich fest: "Als langjähriger Mietpartner der AGH, sind wir in der glücklichen Lage, solche Deals gegenseitig zu besprechen." Vergleichbar auch die Ausführungen von Art on Ice Production AG, welche festhält, mit den heutigen Verantwortlichen von AGH und Ticketcorner eine Lösung gefunden zu haben, die für alle funktioniert (act. n° 98 S. 3).

<sup>347</sup> RPW 2005/1, 161 Rz 98 sowie 162 f. Rz 103 ff., *Coopforte*.

<sup>348</sup> Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; ferner THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81.

<sup>349</sup> Statt anderer RPW 2009/3, 204 Rz 50, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>350</sup> Siehe dazu auch Rz 36 f.

<sup>351</sup> Siehe zu deren Inhalt Rz 2.

auch noch weitere Bestimmungen im Zusammenhang mit dem Ticketvertrieb wie etwa das Recht von Ticketcorner, die Ticketverkaufslokalitäten auf dem Gelände des Hallenstadions exklusiv benutzen zu dürfen. Etliche der in der Kooperationsvereinbarung vorgesehenen Bestimmungen beziehen sich auf Wettbewerbsparameter, zu welchen mitunter auch Vertriebskanäle, Bezugsquellen und das Marketing gehören<sup>352</sup>, und sehen eine diesbezügliche Beschränkung vor.

148. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf die Betrachtung der von ihrer Marktwirkung her eindeutig am Wichtigsten zu bezeichnenden Bestimmung in der Kooperationsvereinbarung, namentlich die bereits mehrmals erwähnte 50 %-Vereinbarung. Auf dieser 50 %-Vereinbarung basiert die 50 %-AGB-Klausel, welche wiederum Stein des Anstosses der formellen Verfügungsadressatinnen ist. Die übrigen wettbewerbsbeschränkenden Normen in der Kooperationsvereinbarung sind von vergleichsweise geringer Bedeutung, und ihre Marktwirkung ist entsprechend unbedeutend, weshalb aus verfahrensökonomischen Gründen auf deren Prüfung verzichtet wird.

### B.3.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

149. Gemäss der Begriffsbestimmung von Art. 4 Abs. 1 KG muss die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckende oder bewirkende Abrede im Sinne der vorangehenden Ausführungen von Unternehmen entweder der gleichen oder aber verschiedener Marktstufen getroffen werden. Beachtenswert ist hierbei, dass in Art. 4 Abs. 1 KG nicht etwa statuiert wird, die Unternehmen müssten auf der gleichen oder verschiedenen Marktstufen desselben Marktes oder aber desjenigen Marktes, auf welchem sich die Abrede wettbewerbsbeschränkend auswirkt oder auswirken soll, tätig sein. Verlangt ist einzig, dass die Unternehmen überhaupt auf Marktstufen – oder besser, auf dem Markt – tätig sind; eine Voraussetzung, die sich allerdings auch bereits aus Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG ergibt. Da sowohl eine Tätigkeit auf der gleichen wie auch eine solche auf verschiedenen Marktstufen von Art. 4 Abs. 1 KG erfasst wird und eine dritte Variante logisch nicht möglich ist, entbehrt diese Differenzierung, soweit den Begriff Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG anbelangend, einer Bedeutung.<sup>353</sup> Bedeutung erlangt sie aber, wenn auch in präzisierter Form, bei der Beurteilung, ob einer der in Art. 5 Abs. 3 KG oder Art. 5 Abs. 4 KG vorgesehenen Vermutungstatbestände greift.<sup>354</sup>

### B.3.2 Keine Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Abrede

150. Beim Vorliegen bestimmter Abreden wird gemäss Art. 5 Abs. 3 KG resp. Art. 5 Abs. 4 KG die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (widerlegbar) vermutet. Ob einer dieser Vermutungstatbestände hier zur Anwendung gelangt, gilt es nachfolgend zu prüfen.

151. Die in Art. 5 Abs. 3 KG statuierte Vermutung verlangt, dass die Vertragsparteien – hier AGH und Ticketcorner – "(...) tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen". Um beurteilen zu können, ob zwei Unternehmen miteinander im Wettbewerb stehen, bedarf es einer Abgrenzung des relevanten

Marktes. Diese wird im Einzelnen an anderer Stelle vorgenommen,<sup>355</sup> worauf verwiesen sei. Vorweggenommen sei hier, dass AGH und Ticketcorner nicht auf denselben Märkten tätig sind<sup>356</sup> und damit auch nicht aktuell miteinander im Wettbewerb stehen. Eine potentielle Konkurrenzsituation liegt ebenfalls nicht vor, da mangels entsprechender Infrastruktur, Einrichtungen, Know-How, Vernetzungen und vielem mehr keines der beiden Unternehmen sofort oder doch wenigstens innert absehbarer Frist<sup>357</sup> in den Markt, auf welchem das jeweils andere Unternehmen tätig ist, eintreten könnte (im Übrigen ist auch eine dahingehende Absicht der Parteien nicht erkennbar). Eine Prüfung des Inhalts der Abrede im Lichte von Art. 5 Abs. 3 KG erübrigt sich folglich, da keine aktuelle oder potentielle Konkurrenzsituation vorliegt und die Vermutungsbasis von Art. 5 Abs. 3 KG schon nur aus diesem Grund nicht erstellt werden kann.

<sup>352</sup> Zu diesen und weiteren Wettbewerbsparametern siehe etwa NYDEGGER/NADIG (Fn 348), Art. 4 Abs. 1 KG N 63.

<sup>353</sup> Siehe etwa NYDEGGER/NADIG (Fn 348), Art. 4 Abs. 1 KG N 6; in diesem Sinn ferner etwa PIERRE ALAIN KILLIAS, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 4 Abs. 1 KG N 44.

<sup>354</sup> Statt anderer ALAIN RAEMY/MONIQUE LUDER, Horizontale oder vertikale Abrede?, Schnittstellen und Abgrenzungskriterien, Jusletter vom 17. Oktober 2005, Rz 4 f. Siehe dazu sogleich sowie Rz 155.

<sup>355</sup> Siehe Rz 155 ff.

<sup>356</sup> Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle festgehalten, dass AGH trotz seiner bisherigen Aktivitäten im Bereich Ticketvertrieb, auf die sie gestützt auf die Kooperationsvereinbarung mit Ticketcorner künftig verzichtet (siehe dazu Rz 36), nicht in einem eigentlichen Konkurrenzverhältnis zu Ticketcorner stand bzw. steht. Die Tätigkeit von AGH in diesem Bereich beschränkte sich darauf, als (Vor)Verkaufsstelle für verschiedene Ticketvertriebsunternehmen (z.B. Ticketcorner, Starticket) sowie als Abendkasse an Veranstaltungstagen tätig zu sein, wobei sich ihre Aktivität im Ticketvertrieb primär auf Anlässe im Hallenstadion bezog (vgl. die Aussagen der AGH am Parteiverhör, Protokoll act. n° 219 S. 9 f. und 20, sowie das Schreiben vom 14.07.201 [act. n° 126], ferner act. n° 102 S. 9). Eine vergleichbare Tätigkeit üben auch andere (Vor)Verkaufsstellen wie etwa die SBB, Manor oder die Post resp. Veranstalter, die Tickets (zumindest auch) im Eigenvertrieb vertreiben, wie etwa Good News, Rent-a-Show AG oder weitere aus. Mit dieser Tätigkeit allein wird ein Unternehmen noch nicht zu einem Ticketvertriebsunternehmen. Übereinstimmend damit führt denn auch Ticketcorner anlässlich des Parteiverhörs aus: "Die AGH hat bisher kein Ticketing gemacht und hätte[n] sich auch für ein eigenes Ticketing entscheiden können" (siehe Protokoll act. n° 218 S. 7). Und selbst wenn man – anders als hiervoor vertreten – davon ausgehen möchte, AGH sei als potentieller Konkurrent auf dem Markt für Ticketvertrieb anzusehen und es läge deshalb insofern ein horizontales Verhältnis zwischen AGH und Ticketcorner vor, würde dies am Ergebnis nichts ändern: Dieses horizontale Verhältnis wäre auf das im Rahmen der Untersuchung (siehe Rz 148) nicht näher beleuchtete Konkurrenzverbot zu Lasten von AGH beschränkt, welches im Übrigen nicht Gegenstand der Beanstandungen der übrigen Ticketvertriebsunternehmen war. Die Problematik der 50 %-Vereinbarung, die vorliegend genauer untersucht wird, läge auch weiterhin nicht auf horizontaler Ebene, sondern in der Verknüpfung zweier komplementärer Produkte/Dienstleistungen – eine angenommene potentielle Konkurrenzaktivität von AGH auf dem Markt für Ticketvertrieb vermöchte dies und damit die Beurteilung insgesamt nicht zu beeinflussen.

<sup>357</sup> PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 368, erachten beispielsweise in diesem Zusammenhang eine Frist von zwei bis drei Jahren als absehbar.

152. Damit die in Art. 5 Abs. 4 KG statuierte Vermutungsfolge zum Zuge kommt, bedarf es entweder einer Abrede über Mindest- oder Festpreise zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen oder einer Abrede in einem Vertriebsvertrag über die (absolute) Zuweisung von Gebieten, die Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausschliesst. Weder die eine noch die andere Variante liegt hier vor: Die 50 %-Vereinbarung ist keine Abrede, die Mindest- oder Festpreise festlegt. Ebenso wenig beschlägt sie die geografische Aufteilung von Absatzgebieten, weshalb im Übrigen auch offen bleiben kann, ob überhaupt ein Vertriebsvertrag (resp. eine Vertriebsklausel) im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vorliegen würde.

153. Zusammenfassend ist festzustellen, dass vorliegend die in Art. 5 Abs. 3 KG und Art. 5 Abs. 4 KG vorgesehenen Vermutungstatbestände nicht zum Zuge kommen, eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs folglich nicht vermutet wird. Nachfolgend gilt es daher zu prüfen, ob gestützt auf Art. 5 Abs. 1 KG von einer unzulässigen Wettbewerbsabrede auszugehen ist, da sie den wirksamen Wettbewerb ohne Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz erheblich beeinträchtigt oder diesen gar (trotz Nichtgreifens eines Vermutungstatbestands) beseitigt.

### B.3.3 Keine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs durch die Abrede

154. Die Wettbewerbswirkung resp. -beeinträchtigung, die eine Abrede zeitigt, kann nicht abstrakt, sondern einzig unter Bezugnahme auf einen konkreten Markt, namentlich denjenigen, auf welchen sie sich auswirkt, gemessen werden. In einem ersten Schritt ist daher nachfolgend dieser relevante Markt zu bestimmen, um alsdann in einem zweiten Schritt würdigen zu können, wie und in welchem Ausmass sich die Abrede auf diesen Markt auswirkt resp. den wirksamen Wettbewerb auf diesem beeinträchtigt.

#### B.3.3.1 Die relevanten Märkte

##### B.3.3.1.1 Vorliegen zweier relevanten Märkte

155. Üblicherweise werden Abreden in sogenannt horizontale und vertikale Abreden eingeteilt.<sup>358</sup> Bei Ersteren handelt es sich um Abreden zwischen aktuellen oder potentiellen Konkurrenten, bei Zweiteren um solche zwischen Unternehmen unterschiedlicher Marktstufen, die in einer Beziehung von Anbieter und Nachfrager zueinander stehen<sup>359</sup>. Die vorliegend zu beurteilende Abrede entzieht sich dieser "klassischen" Einordnung. AGH und Ticketcorner, die Abrededepartner, sind nicht (aktuell oder potentiell) als Konkurrenten auf denselben Märkten tätig,<sup>360</sup> weshalb keine horizontale Abrede vorliegt. Sie stehen aber auch nicht – jedenfalls nicht im herkömmlichen Sinne – in einem vertikalen Verhältnis, d.h. in Bezug auf ein/e bestimmte/s<sup>361</sup> Produkt/Dienstleistung auf unterschiedlichen Marktstufen<sup>362</sup>, zueinander. AGH und Ticketcorner bieten vielmehr Dritten, den Veranstaltern, zwei komplementäre Produkte bzw. Dienstleistungen an, welche durch die zwischen AGH und Ticketcorner abgeschlossene 50 %-Vereinbarung miteinander verknüpft und den Dritten als "Gesamtpaket" angeboten werden. Es besteht somit ein Dreiecksverhältnis, wobei einer der drei, nämlich die Gruppe der Veranstalter, nicht Ver-

tragspartner der 50 %-Vereinbarung ist, deren Regelungsgegenstand aber gerade die Beziehung dieses Dritten mit den beiden anderen Parteien beschlägt. Oder anders gewendet: Die 50 %-Vereinbarung schränkt jedenfalls nicht primär die Vertragsparteien selber hinsichtlich ihres Marktverhaltens ein, sondern bezieht sich vielmehr auf die Einschränkung eines Dritten, namentlich der Veranstalter. Der grundsätzlichen Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 1 KG tut dies keinen Abbruch<sup>363</sup>. Folge davon ist allerdings, dass sich die Abrede gleichzeitig auf mehreren Märkten auswirkt, weshalb nachfolgend auch mehrere Märkte zu bestimmen sind und die Wirkungen der Abrede auf jedem dieser Märkte gesondert zu beurteilen ist.

156. Mit der 50 %-Vereinbarung zwischen AGH und Ticketcorner werden wie gesagt zwei komplementäre Produkte bzw. Dienstleistungen, nämlich die Vermietung einer Lokalität zur Durchführung eines Anlasses auf der einen Seite und der Vertrieb von Tickets auf der anderen Seite, miteinander verknüpft und den Veranstaltern als Paket angeboten. Die Vereinbarung verknüpft Produkte bzw. Dienstleistungen, welche zu verschiedenen sachlich relevanten Märkten gehören. Bei der wettbewerbsrechtlichen Analyse von Unternehmenszusammenschlüssen wird von "konglomeraten Zusammenschlüssen" gesprochen, wenn die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen weder in vor- noch nachgelagerten noch denselben Märkten tätig sind, wenn also zwischen den Zusammenschlussbeteiligten keine horizontalen Überlappungen oder Vertikalverhältnisse in den sachlich relevanten Märkten bestehen.<sup>364</sup> Konglomerate Zusammenschlüsse können namentlich dann eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung aufweisen, wenn durch den Zusammenschluss komplementäre Güter für den Verkauf an den Endkunden verknüpft werden.<sup>365</sup> Anti-kompetitive Effekte, welche sich bei Zusammenschlüssen zwischen Konkurrenten innerhalb desselben relevanten Marktes (horizontale Zusammenschlüsse) oder

<sup>358</sup> Statt anderer RÖGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., 2005, Rz 48 und 52 ff.; NYDEGGER/NADIG (Fn 348), Art. 4 Abs. 1 KG N 134 ff. m.w.H.

<sup>359</sup> Als typische Beispiele solch vertikaler Abreden können etwa RPW 2009/2, 143 ff., *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 65 ff., *Gaba*; und RPW 2010/4, 649 ff., *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*, angeführt werden.

<sup>360</sup> Siehe ausführlicher dazu Fn 356.

<sup>361</sup> Deutlich ZÄCH (Fn 358), Rz 61 und 377; RAEMY/LUDER (Fn 354), Rz 2.

<sup>362</sup> Etwa im Verhältnis Hersteller-Importeur oder Grossist-Detaillist, oftmals plastisch mit dem Begriff Vertriebskette umschrieben.

<sup>363</sup> Siehe zur umfassenden Definition der Wettbewerbsabrede i.S.d. KG bereits Rz 149.

<sup>364</sup> Siehe Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, 549 f. Ziff. 224.3 und Seite 2 des Diskussionspapiers "Konglomerate Zusammenschlüsse in der Fusionskontrolle, Bestandsaufnahme und Ausblick" des Bundeskartellamts von 2006, abrufbar unter [www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/060830\\_AK\\_Kartellrecht.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/060830_AK_Kartellrecht.pdf) (05.12.2011).

<sup>365</sup> DAMIEN J. NEVEN, Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control, in: Handbook of Antitrust Economics, Buccrossi (Hrsg.), 2008, 184 f.

bei vertikaler Integration (vertikale Zusammenschlüsse) ergeben, werden somit von konglomeraten Effekten abgegrenzt. In Anlehnung an dieses bei der Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen verwendete Konzept und unter Benutzung derselben Terminologie liesse sich die hier mit der 50 %-Vereinbarung vorliegende Konstellation als "konglomerate Abrede" charakterisieren.

### **B.3.3.1.2 Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen**

157. Die Abgrenzung dieses relevanten Marktes wurde bereits vorangehend unter Rz 114 ff. vorgenommen. Es wird deshalb an dieser Stelle auf die dortigen Ausführungen verwiesen, welche hier mutatis mutandis ebenfalls zutreffen. Der Vollständigkeit halber sei allerdings angemerkt, dass aufgrund der durch die Abrede bewirkten Verbindung zweier komplementärer Märkte hier die Marktgegenseite an sich etwas enger zu definieren wäre als dort. Es sind dies vorliegend nicht alle Veranstalter von Anlässen, welche von AGH die Bereitstellung einer Lokalität für die Durchführung eines bestimmten Anlasses nachfragen,<sup>366</sup> sondern einzig diejenigen, die Anlässe veranstalten, zu welchen Zuschauer mittels eines eigentlichen Tickets Einlass erlangen<sup>367</sup>. Sie müssen also gleichzeitig Marktgegenseite sowohl auf diesem wie auch auf dem von der Abrede ebenfalls betroffenen Markt für Ticketvertrieb sein. Es handelt sich bei der hier relevanten Marktgegenseite also um eine Schnittmenge.<sup>368</sup> Dies widerspiegelt sich im Übrigen in der Tatsache, dass AGH zwei unterschiedliche "Allgemeine Geschäftsbedingungen" hat, je nachdem, ob der Mieter des Hallenstadions dort einen Publikumsanlass oder aber ein Corporate Event abhalten will, wobei die 50 %-AGB-Klausel nur in den erstgenannten AGB enthalten ist, nicht aber in den zweitgenannten.<sup>369</sup> Da auch eine etwas engere Bestimmung der Marktgegenseite, die hier an sich angebracht wäre, nicht zu einer Erheblichkeit der durch die Abrede bewirkten Wettbewerbsbeeinträchtigung führen würde, wie die nachfolgenden Ausführungen noch zeigen werden, wird an dieser Stelle auf die Vornahme einer erneuten Marktabgrenzung verzichtet und stattdessen, wie gesagt, der Einfachheit halber auf die hiervor bereits vorgenommene Marktabgrenzung verwiesen.

### **B.3.3.1.3 Markt für Ticketvertrieb**

#### **B.3.3.1.3.1 Sachlich relevanter Markt**

158. 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, der hier analog anzuwenden ist).

159. Der Markt für Ticketvertrieb war bereits Gegenstand früherer Verfahren: Beim Zusammenschlussvorhaben "Fastbox Ticketservice AG" konnte die Marktabgrenzung letztlich offen gelassen werden.<sup>370</sup> In der Art. 7 KG betreffenden Untersuchung "TicketCorner" wurde der Markt zwar von der WEKO abgegrenzt,<sup>371</sup> jedoch wurde diese Abgrenzung von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (nachfolgend: REKO/WEF) beanstandet, die Verfügung der WEKO aufgehoben und dieser überlassen, wie sie weiter vorgehen wolle.<sup>372</sup> In der

daraufhin folgenden Verfügung, mit welcher die Untersuchung eingestellt wurde, konnte die WEKO die Marktabgrenzung wiederum offen lassen.<sup>373</sup> Auf diese bisherige Rechtsprechung wird hiernach, soweit erforderlich, Bezug genommen.

160. Wie dies die REKO/WEF bereits ausgeführt hat, ist in grundsätzlicher Hinsicht zu berücksichtigen, dass Unternehmen, welche Leistungen anbieten, zu denen sich die Endkunden mittels eines Tickets Zutritt verschaffen (von der REKO/WEF als "primäre Leistung" bezeichnet), Tickets entweder selber verkaufen oder diese Aufgabe Dritten übertragen können, wobei auch eine Kombination hiervon möglich ist.<sup>374</sup> Im ersten Fall, also bei Vornahme eines Eigenvertriebs, kauft oder mietet das entsprechende Unternehmen von einem Anbieter die für den Vertrieb von Tickets notwendige Software.

161. Als Haupttätigkeiten bietet Ticketcorner in der Schweiz einerseits Ticketvertriebsleistungen über verschiedene Vertriebskanäle inkl. Kommunikationsdienstleistungen und andererseits Software, die den Abnehmern den Eigenvertrieb von Tickets ermöglicht, an. Die Marktgegenseite bilden daher sowohl Unternehmen, welche Ticketvertriebsdienstleistungen durch einen Dritten, sogenannten Fremdvertrieb, nachfragen, als auch Unternehmen, welche Software zur eigenständigen Vornahme des Vertriebs von Tickets für von ihnen veranstaltete Anlässe bzw. zu ihrem Angebot, sogenannten Eigenvertrieb, nachfragen.<sup>375</sup>

162. Wie zuvor ausgeführt, hat die durch die Abrede herbeigeführte Vereinigung zweier komplementärer Märkte auch Folgen für die Bestimmung der Marktgegenseite und engt diese in einem gewissen Ausmass ein.<sup>376</sup> Massgebliche Marktgegenseite sind vorliegend

<sup>366</sup> Siehe Rz 115.

<sup>367</sup> Siehe dazu auch bereits Rz 41.

<sup>368</sup> Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle erwähnt, dass die Bestimmung des relevanten Marktes aus Sicht dieser Schnittstellenmarktgegenseite alsdann nach dem üblichen Schema verläuft und es sich dabei nicht etwa erneut um ein Schnittstellenthema handelt. D.h., dass die Abgrenzung z.B. des örtlich relevanten Marktes bei einem/r der beiden betroffenen Produkte/Dienstleistungen nicht zugleich auch massgebend oder beschränkend für die Abgrenzung beim anderen Produkt/Dienstleistung ist.

<sup>369</sup> Siehe [www.hallenstadion.ch/sites/business\\_hasta/agb.html](http://www.hallenstadion.ch/sites/business_hasta/agb.html) (05.12.2011), einerseits die "AGB 03/2008", andererseits die "AGB 'B' 01/2010".

<sup>370</sup> Siehe RPW 1997/4, 574 Rz 14, *Fastbox Ticketservice AG*.

<sup>371</sup> RPW 2004/3, 783 Rz 25 ff., *TicketCorner*.

<sup>372</sup> Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/4, 702 E. 5.5, *Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/WEKO, Good News Productions AG, Resaplus S.A., Swiss Music Promoters Association SMPA*.

<sup>373</sup> RPW 2007/1, 80 Rz 13 ff., *TicketCorner AG*.

<sup>374</sup> Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/4, 683 E. 5.2.1, *Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/WEKO, Good News Productions AG, Resaplus S.A., Swiss Music Promoters Association SMPA*.

<sup>375</sup> Ebenso bereits Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/4, 684 E. 5.2.1, *Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/WEKO, Good News Productions AG, Resaplus S.A., Swiss Music Promoters Association SMPA*.

<sup>376</sup> Hiervor Rz 157.

nicht jegliche Unternehmen, die Ticketvertriebsdienstleistungen durch einen Dritten oder Software zur eigenständigen Vornahme des Vertriebs von Tickets nachfragen, sondern einzig solche, die zugleich auf dem Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen Marktgegenseite sind. Diese relevante Marktgegenseite wird nachfolgend mit Blick auf den übrigen Inhalt der Verfügung mit "Veranstalter" umschrieben. Ob und inwiefern die Existenz weiterer Nachfrager von Ticketvertriebsdienstleistungen durch einen Dritten oder Software zur eigenständigen Vornahme des Vertriebs von Tickets, die hier aufgrund dessen nicht zur Marktgegenseite zu zählen sind, diesen Markt (indirekt) beeinflusst, muss in Anbetracht des Ergebnisses nicht weiter geprüft werden und kann offen bleiben.

163. In einem ersten Schritt ist nachfolgend zu prüfen, inwiefern aus Sicht der Marktgegenseite Substitute zum Angebot von Ticketcorner, soweit den Fremdvertrieb betreffend, bestehen.<sup>377</sup> Gesondert in einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob von ihnen der Eigenvertrieb als Substitut zum Fremdvertrieb erachtet wird<sup>378</sup>, was letzten Endes dazu führen würde, dass die beiden Haupttätigkeiten von Ticketcorner zu demselben sachlichen Markt zu zählen sind.<sup>379</sup>

164. Die prozentuale Verteilung des Ticketvertriebs auf die verschiedenen Vertriebskanäle bei den Ticketvertriebsunternehmen reflektiert die Bedürfnisse bzw. die Wahl der Zuschauer, welche letztlich wiederum für die Veranstalter bei der Wahl der anzubietenden Vertriebskanäle massgeblich ist. Über alle Anlässe gesehen machen die verschiedenen Vertriebskanäle gemäss Ticketcorner folgende Anteile aus: Das Internet hat derzeit einen Anteil von [40–60] %, wobei dieser Vertriebskanal stark wachsend sei. [0–15] % der Tickets werden über Call Center und [40–65] % über einen Point of Sale verkauft, wobei der letztgenannte Vertriebskanal stark rückläufig sei. Dabei gibt es grosse Anlässe wie z.B. die European Tour von AC/DC oder die Vorstellungen des Cirque du Soleil, bei welchen alle Tickets über das Internet vertrieben werden.<sup>380</sup> Bei Starticket bildet der Verkauf über das Internet mit einem Anteil von [55–75] % den am stärksten genutzten und weiterhin wachsenden Vertriebskanal. [0–10] % der Tickets werden bei Starticket über ein Call Center und [30–55] % der Tickets über Vorverkaufsstellen verkauft.<sup>381</sup> Bei Ticketino ist die Verteilung noch markanter, entfallen doch [80–90] % auf den Vertrieb via Internet, [10–20] % auf Point of Sales sowie [0–10] % auf Verkäufe über das Call Center.<sup>382</sup> Ein ausschliesslicher Vertrieb sämtlicher Tickets eines Anlasses über bloss einen Vertriebskanal, namentlich das Internet, ist bei vereinzelt Anlässe der Fall.<sup>383</sup> In der Regel sind die Veranstalter aber im Interesse der unterschiedlichen Bedürfnisse der Zuschauer an einem umfassenden Angebot, sprich an einem Mix dieser Vertriebskanäle, interessiert und fragen dieses nach – die einzelnen Vertriebskanäle sind aus ihrer Sicht komplementär und erst ihr Bündel macht das nachgefragte Angebot aus. Das Angebot bloss eines allein stehenden Vertriebskanals stellt damit aus Sicht der Veranstalter zumeist kein Substitut für das Vertriebskanalbündel "Internet, Point of Sales, Call Center" dar. Auch wenn die Nutzung der einzelnen Vertriebskanäle durch die Zuschauer von Ticketvertriebsunternehmen zu Ticketver-

triebsunternehmen, wie gesehen, unterschiedlich ausfallen mag, ein Vertriebskanalbündel bieten denn auch alle der betrachteten Ticketvertriebsunternehmen an.

165. Die Veranstalter wählen ein bestimmtes Ticketvertriebsunternehmen unabhängig von der Art des betreffenden Anlasses aus. Die Hauptkriterien sind dabei vielmehr die technische Zuverlässigkeit und die Ausgestaltung der angebotenen Vertriebskanäle.<sup>384</sup> Die Dienstleistung eines Ticketvertriebsunternehmens, also der Eigen- und Fremdvertrieb von Tickets, unterscheidet sich nicht nach Art des Anlasses. So bieten die Ticketvertriebsunternehmen ihre Dienstleistungen denn auch für sehr verschiedene Arten von Anlässen aus den Bereichen Sport und Kultur, Konzerte etc. an. Eine Unterteilung des relevanten Marktes nach Art, Grösse und Bedeutung des Anlasses, für den Tickets vertrieben werden, ist nicht erforderlich.<sup>385</sup>

166. Bei Anlässen mit einer hohen Anzahl vertriebener Tickets spielt die Stabilität des Ticketvertriebssystems eine wichtige Rolle. Das System darf auch bei einer hohen Nachfrage nach Tickets innerhalb einer kurzen Zeit nicht zusammenbrechen.<sup>386</sup> Heute dürften allerdings die meisten Ticketvertriebssysteme auch für eine grosse Nachfrage nach Tickets ausgerüstet sein.<sup>387</sup>

167. Um zu prüfen, ob der Eigenvertrieb zum sachlich relevanten Markt gehört, ist zu prüfen, inwiefern Eigen- und Fremdvertrieb aus Sicht der Veranstalter austauschbar sind. Gemäss Aussagen von Ticketcorner würden Veranstalter am liebsten alle Tickets über den Eigenvertrieb absetzen. Der Veranstalter setze Fremdvertrieb und verschiedene Ticketvertriebsunternehmen hauptsächlich wegen der Kommunikationsleistungen ein, welche die Ticketvertriebsunternehmen über Partner anbieten können, beispielsweise dass ein Inserat in einer Zeitung gedruckt oder ein Plakat in den Poststellen aufgehängt werden kann.<sup>388</sup> Als grösster Konkurrent der Ticketvertriebsunternehmen werden von Ticketcorner die Veranstalter angesehen, da es eine starke Tendenz in Richtung Eigenvertrieb durch die Veranstalter gebe.<sup>389</sup>

<sup>377</sup> Hiernach Rz 164 ff. Siehe dazu Entscheid der REKOWEF, RPW 2005/4, 685 E. 5.2.2, *Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/WEKO, Good News Productions AG, Resaplus S.A., Swiss Music Promoters Association SMPA*.

<sup>378</sup> Nachfolgend Rz 167 f.

<sup>379</sup> Offen gelassen, allerdings zu einem Einbezug in denselben sachlichen Markt tendierend, von der REKOWEF in ihrem Entscheid, RPW 2005/4, 687 E. 5.2.4, *Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/WEKO, Good News Productions AG, Resaplus S.A., Swiss Music Promoters Association SMPA*.

<sup>380</sup> So Ticketcorner anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 218 S. 13 f.

<sup>381</sup> So Starticket anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 184 S.

<sup>382</sup> So Ticketino anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 114 S.

<sup>383</sup> Siehe Rz 80.

<sup>384</sup> Siehe die Protokoll der Zeugeneinvernahmen, act. n° 209 S. 9 und Act. n° 180 S. 7 sowie S. 9.

<sup>385</sup> Vgl. RPW 2004/3, 783 f. Rz 26 f., *TicketCorner*.

<sup>386</sup> So ein Zeuge, Protokoll act. n° 209 S. 9.

<sup>387</sup> Gemäss Ansicht eines Zeugen, Protokoll act. n° 209 S. 10; ferner auch die Selbsteinschätzung von ticketportal (act. n° 244 S. 8).

<sup>388</sup> So Ticketcorner anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 218 S. 7.

<sup>389</sup> So Ticketcorner anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 218 S. 2, S. 13 und S. 21.

Diese Entwicklung zwingt die Ticketvertriebsunternehmen, neue Geschäftsmodelle zu entwickeln, wie z.B. die Lancierung eines Memberclubs und eines eigenen Magazins.<sup>390</sup> Gemäss dem Ticketvertriebsunternehmen Ticketportal lohnt sich der reine Fremdvertrieb für Veranstalter in vielen Fällen nicht. So mache es für Veranstalter ab einer gewissen Grösse des Anlasses aus wirtschaftlichen und vermarktungstechnischen Gründen Sinn, den Vertrieb von Tickets (zumind. auch) selber zu betreiben.<sup>391</sup> AGH geht allerdings davon aus, dass selbst Veranstalter von Topevents, bei welchen ein ausschliesslicher Eigenvertrieb aufgrund des Anlasses an sich möglich wäre, aus Marketinggründen ein Interesse daran hätten, Tickets auch im Fremdvertrieb zu vertreiben.<sup>392</sup> Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Veranstalter beide Vertriebsarten – Fremd- und Eigenvertrieb – grundsätzlich komplementär einsetzen, wobei die jeweilige Aufteilung vom Einzelfall abhängig ist.

168. Aufgrund der bereits heute starken Verbreitung des Eigenvertriebs und der Tendenz, dass dieser Vertriebskanal in Zukunft an Bedeutung gewinnen wird, ist der Eigenvertrieb in den sachlich relevanten Markt einzubeziehen, wie dies im Übrigen auch bereits die REKOWEF angedeutet hat.<sup>393</sup>

169. Folglich ist der Vertrieb von Tickets für Anlässe namentlich im Bereich Sport und Kultur, Messen und grosse Ausstellungen, unabhängig von Grösse und Bedeutung des Anlasses, zum sachlich relevanten Markt zu zählen.<sup>394</sup>

#### B.3.3.1.3.2 Räumlich relevanter Markt

170. 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).

171. Die Marktgegenseite bilden sowohl Veranstalter, welche Ticketvertriebsdienstleistungen nachfragen als auch Veranstalter, welche Eigenvertriebslösungen nachfragen.

172. Die Wettbewerbskommission hat in ihrer Verfügung vom 1. Dezember 2003 betreffend die Untersuchung "TicketCorner" als räumlich relevanten Markt die Schweiz abgegrenzt, weil die Veranstalter als Marktgegenseite Anlässe in der Schweiz organisierten und das Zielpublikum sich in der Schweiz befände. Für Anlässe im Ausland werde nur ein marginaler Teil der Tickets vertrieben.<sup>395</sup>

173. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hält fest, dass für die Marktabgrenzung unabhängig davon sei, ob sich das Zielpublikum von inländischen Anlässen in der Schweiz oder auch im Ausland befindet. Der relevante Markt sei aus Sicht der Marktgegenseite abzugrenzen, vorliegend der Veranstalter von in der Schweiz stattfindenden Anlässen. Dass allenfalls auch ausländische Ticketvertriebsunternehmen den schweizerischen Markt bearbeiten können, bedeute nicht, dass ein europäischer Markt für Ticketvertriebsdienstleistungen abgegrenzt werden müsse. Für den räumlichen Markt sei ebenfalls nicht entscheidend, ob die in- und ausländischen Ticketvertriebsunternehmen überall dieselben Systemplattformen einsetzen, inwiefern Zutrittsschran-

ken existieren und ob diese durch neue Technologien herabgesetzt werden. Die Beschwerdeinstanz kommt zum Schluss, dass die Wettbewerbskommission den räumlich relevanten Markt richtig abgegrenzt hat.<sup>396</sup>

174. Vorliegend wird daher an dieser Marktabgrenzung festgehalten und ein schweizerischer Ticketvertriebsmarkt abgegrenzt.

#### B.3.3.2 Keine Erheblichkeit der Beeinträchtigung

175. Ob eine Beeinträchtigung erheblich im Sinne des KG ist oder nicht, beurteilt sich anhand einer Gesamtbeurteilung des Einzelfalls, wobei sowohl qualitative wie auch quantitative Aspekte zu berücksichtigen sind.<sup>397</sup> Selbst wenn die Bekanntmachung der Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek) – wie vorliegend<sup>398</sup> – mangels Vorliegen einer vertikalen Wettbewerbsabrede im Sinne ihrer Ziffer 1 nicht direkt anwendbar ist, kann sie bei dieser Beurteilung als Orientierungshilfe dienen.<sup>399</sup> Bezüglich des qualitativen Elements gilt es die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt<sup>400</sup> – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter<sup>401</sup> zu beurteilen. Bezüglich des quantitativen Elements ist zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird, m.a.W. welches "Gewicht" die Abrede sowie die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (Anzahl, Marktanteile, Umsätze etc.).<sup>402</sup>

176. Erweist sich die durch eine Abrede bewirkte Beeinträchtigung als erheblich, ist alsdann zu prüfen, ob die Abrede gleichwohl zu rechtfertigen ist. Dies ist möglich, wenn durch sie die wirtschaftliche Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gesteigert wird. Die Berücksichtigung

<sup>390</sup> So Ticketcorner anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 218 S. 22.

<sup>391</sup> So ticketportal anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 186 S. 3.

<sup>392</sup> Siehe die Aussage anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 219 S. 14.

<sup>393</sup> Entscheid der REKOWEF, RPW 2005/4, 687 E. 5.2.4, *Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/WEKO, Good News Productions AG, Resaplus S.A., Swiss Music Promoters Association SMPA*.

<sup>394</sup> Vgl. Entscheid der REKOWEF, RPW 2005/4, 689 E. 5.2.6, *Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/WEKO, Good News Productions AG, Resaplus S.A., Swiss Music Promoters Association SMPA*.

<sup>395</sup> Vgl. RPW 2004/3, 786 f. Rz 34 ff., *TicketCorner*.

<sup>396</sup> Vgl. Entscheid der REKOWEF, RPW 2005/4, 690 f. E. 5.2.8, *Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/WEKO, Good News Productions AG, Resaplus S.A., Swiss Music Promoters Association SMPA*.

<sup>397</sup> RPW 2009/2, 150 Rz 64, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 103 Rz 302, *Gaba*.

<sup>398</sup> Siehe dazu Rz 155.

<sup>399</sup> So etwa KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 357), Art. 5 KG N 189; ZÄCH (Fn 358), Rz 389.

<sup>400</sup> KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 357), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: *Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch* (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.

<sup>401</sup> In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, *Klimarappen*, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils.

<sup>402</sup> KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 357), Art. 5 KG N 230.

anderer, nicht-ökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt – allfällige öffentliche Interessen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG).

### **B.3.3.2.1 Auf dem Markt für die Vermietung von Lokalisationen für die Durchführung von Anlässen**

177. Einleitend ist daran zu erinnern, dass es sich bei den Marktteilnehmern des hier betrachteten Markts um die Vermieter von Lokalisationen zur dortigen Durchführung von Anlässen, mitunter auch AGH, einerseits und die Veranstalter andererseits handelt. An der Abrede beteiligt sind aber AGH und Ticketcorner, die ihre jeweiligen Angebote, welche komplementär sind, miteinander koppeln. Die Akteure, sprich die Marktteilnehmer einerseits, die Abredeteilnehmer andererseits, sind damit nicht vollumfänglich dieselben. In (wenn auch nicht gänzlich treffender) Anlehnung an die bei "klassischen" vertikalen Verhältnissen erfolgende Einordnung ist vorliegend das Angebot der AGH auf dem relevanten Markt, die Vermietung des Hallenstadions für die Durchführung von Anlässen, der massgebliche "Brand". Die Abrede koppelt nun einen komplementären Markt (den Markt für Ticketvertrieb) mit diesem „Brand“, wodurch dieser komplementäre Markt zu einem Parameter auf dem hier relevanten Markt wird. Folgedessen stellt sich die Frage, wie sich dies in qualitativer Hinsicht auf die entsprechenden Marktteilnehmer und damit auf diesen Markt sowie in quantitativer Hinsicht auf den Intra- und Interbrand-Wettbewerb bezüglich der Vermietung des Hallenstadions für die Durchführung von Anlässen, unter Berücksichtigung des Gegenstands der Abrede, auswirkt.

#### **B.3.3.2.1.1 Qualitatives Element**

178. Die 50 %-Vereinbarung und deren vertragskonforme Um- und Durchsetzung durch die AGH gegenüber den Veranstaltern (und damit den Mietern des Hallenstadions zur dortigen Durchführung von Anlässen) mittels der 50 %-AGB-Klausel schränkt die Veranstalter (vertrags)rechtlich in der Wahl des/der für den Vertrieb fremdvertriebener Tickets für im Hallenstadion stattfindende Anlässe zuständigen Ticketvertriebsunternehmen/s ein, indem sie den Vertrieb von mindestens 50 % dieser Tickets Ticketcorner anzuvertrauen haben. Wie an anderer Stelle bereits ausgeführt,<sup>403</sup> ziehen die Veranstalter aus verschiedenen Gründen grundsätzlich einen Ticketvertrieb über bloss ein Ticketvertriebsunternehmen einem solchen über mehrere vor. Die fraglichen Normen führen deshalb faktisch in den allermeisten Fällen dazu, dass die Veranstalter Ticketcorner den Vertrieb gleich sämtlicher fremdvertriebener Tickets ihrer im Hallenstadion stattfindenden Anlässe überlassen. Analoges gilt für die Wahl des von den Veranstaltern für den (allfälligen) Vertrieb von eigenvertriebenen Tickets für im Hallenstadion stattfindende Anlässe verwendeten Softwaresystems.

179. Das qualitative Gewicht dieser Einschränkung unter Zuhilfenahme der der VertBek zu Grunde liegenden Wertungen beurteilen zu wollen, fällt nicht einfach, da, wie gesagt, kein vertikales Verhältnis, jedenfalls kein "klassisches", zwischen den Betroffenen besteht:

- 1) Aus der einen Richtung betrachtet, wirkt sich die 50 %-Vereinbarung wie eine partielle, gekoppelte Alleinbezugsverpflichtung für die Veranstalter (die Mieter des Hallenstadions) aus, die immer, aber auch nur dann, zum Tragen kommt, wenn sie das Hallenstadion zur Durchführung eines Anlasses mieten. Diesfalls sind die Veranstalter verpflichtet, die Dienstleistung "Ticketvertrieb fremdvertriebener Tickets" mindestens im Umfang von 50 %, faktisch aber regelmässig von 100 %, von Ticketcorner zu beziehen. Die VertBek sieht nun in Ziffer 12 Abs. 2 Bst. f i.V.m. Ziffer 6 vor, dass Wettbewerbsverbote des Abnehmers, die für mehr als fünf Jahre abgeschlossen werden, qualitativ schwerwiegend sind, wobei sich mitunter auch Alleinbezugsverpflichtungen wie Wettbewerbsverbote auswirken können<sup>404</sup>. Vor dem Hintergrund dieser Bestimmung der VertBek ist die 50 %-Vereinbarung grundsätzlich e contrario aufgrund ihrer 5 Jahre nicht übersteigenden Vertragsdauer als nicht schwerwiegend zu bewerten. Allerdings erscheint fraglich, ob diese Wertung auch dann zutreffend ist, wenn der vom Wettbewerbsverbot betroffene Abnehmer nicht eine einzelne, bestimmte (Vertrags)Partei ist, sondern es sich hierbei um eine Vielzahl möglicher Unternehmen handelt.
- 2) Ändert man den Blickwinkel und konzentriert sich auf das Angebot der Mieter des Hallenstadions, den Anlass, so können die Veranstalter als Lieferanten betrachtet werden und Ticketcorner als Abnehmer, der die zum Zugang zu den Anlässen berechtigenden Wertpapiere (die Tickets) und damit, zumindest mittelbar, das "Produkt" der Veranstalter vertreibt. Mit der Miete des Hallenstadions wird bei dieser Sichtweise eine Alleinbelieferungspflicht des Mieters/Lieferanten gekoppelt. Alleinbelieferungspflichten des Lieferanten sind in Ziffer 12 VertBek nicht genannt, weshalb diese von ihrem Inhalt her nicht als schwerwiegend einzustufen sind.<sup>405</sup> Fraglich ist aber auch hier, ob diese Wertung auch dann zutreffend ist, wenn die Alleinbelieferungspflicht nicht eine spezifische Person betrifft, sondern eine Vielzahl möglicher Personen.

<sup>403</sup> Siehe Rz 48 ff.

<sup>404</sup> Siehe dazu ROLF H. WEBER, (Fn 400), Ziff. 6 VertBek N 3; KLAUS NEFF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Ziff. 6 Vert-BM N 2.

<sup>405</sup> Ebenso Urteil des HGer ZH HG070327/U/dz vom 17.05.2010, RPW 2010/4, 796 E. 3.3.3.3. Ferner NEFF (vorangehende Fn), Ziff. 12 Vert-BM N 22, auch Ziff. 6 Vert-BM N 3.

3) Denkbar ist aber auch, die Angebote aller drei Beteiligten, wenn auch zugegebenermassen ohne den Gegebenheiten vollends gerecht zu werden,<sup>406</sup> in einer "klassischen" Vertriebskette aufzureihen, namentlich in der Reihenfolge Vermietung Lokalität → Miete Lokalität/Durchführung Anlass → Ticketvertrieb für Anlass. Bei dieser Sichtweise beschränkt die 50 %-Vereinbarung den Kundenkreis für den Weiterverkauf. Dies, weil die Veranstalter für mindestens 50 % ihres Angebots, faktisch regelmässig aber für 100 %, ihre Kunden nicht mehr frei wählen können, sondern an Ticketcorner gebunden sind, was umgekehrt einem Verkaufsverbot an alle übrigen potentiellen Kunden, den Ticketvertriebsunternehmen, gleich kommt. Eine Beschränkung des Kundenkreises für den Wiederverkauf wird nun in Ziffer 12 Abs. 2 Bst. b VertBek als qualitativ schwerwiegend bewertet.

Die Heranziehung der VertBek und der darin qualifizierten Abredetypen ermöglicht vorliegend somit keinen eindeutigen Schluss hinsichtlich des qualitativen Gewichts der durch die Abrede bewirkten Beeinträchtigung – eine Vertiefung ist notwendig.

180. Eine beeinträchtigende Wirkung auf die Marktposition anderer Vermieter von Lokalitäten für die dortige Durchführung von Anlässen hat die 50 %-Vereinbarung nicht. Insbesondere werden sie nicht vom Markt resp. einem Teil davon abgeschnitten oder wird ihnen der Zugang dazu erschwert. In Bezug auf sie ist die Abrede als gänzlich unerheblich zu bewerten.

181. Untrennbar mit der 50 %-Vereinbarung und deren Umsetzung in den AGB von AGH verbunden ist, dass die Veranstalter in diesem Umfang keine anderen Vertriebskanäle wählen können als diejenigen, welche Ticketcorner im Angebot hat. Allerdings vermögen die von Ticketcorner angebotenen Vertriebskanäle den Bedürfnissen der Veranstalter regelmässig zu genügen, wie die Aussagen der befragten Zeugen ergaben.<sup>407</sup> Andernfalls würden im Übrigen die Veranstalter in den allermeisten Fällen Ticketcorner wohl nicht auch noch mit dem Vertrieb der übrigen (nicht von der 50 %-Vereinbarung erfassten) fremdvertriebenen Tickets betrauen, sondern unter Aufsichtnahme des mit einer Ticketkontingentierung verbundenen finanziellen und administrativen<sup>408</sup> Zusatzaufwands bei ihren im Hallenstadion stattfindenden Anlässen den Ticketvertrieb der fremdvertriebenen Tickets auf Ticketcorner und ihr Stammticketvertriebsunternehmen, dessen Vertriebskanäle sie nicht missen möchten, aufteilen. Die Ausweichmöglichkeit, für den Vertrieb von maximal 50 % der fremdvertriebenen Tickets nötigenfalls auf die Vertriebskanäle ihres Stammticketvertriebsunternehmens zurückzugreifen, haben die Veranstalter jedenfalls, auch wenn sie – wie gesagt – mit einem nicht unwesentlichen finanziellen und administrativen Zusatzaufwand verbunden ist.<sup>409</sup> Soweit es um die den Veranstaltern für den Vertrieb von fremdvertriebenen Tickets zur Verfügung stehenden Vertriebskanäle geht, kann daher festgehalten werden, dass die durch die 50 %-Vereinbarung insofern effektiv bewirkte Einschränkung für die Veranstalter letztlich eher gering ist.

182. Wesentlich bei der Beurteilung des qualitativen Gewichts der durch die 50 %-Vereinbarung bewirkten

Beeinträchtigung ist ferner, dass diese Abrede – wie an anderer Stelle einlässlicher ausgeführt<sup>410</sup> – auf bestimmte Kategorien von Tickets keine Anwendung findet. Dazu gehören insbesondere auch die von den Veranstaltern im Eigenvertrieb abgesetzten Tickets. Hinsichtlich der von der 50 %-Vereinbarung nicht erfassten Tickets wirkt sich die 50 %-Vereinbarung faktisch in den allermeisten Fällen nur, aber immerhin, dahingehend aus, dass die Veranstalter hierfür das Softwaresystem von Ticketcorner wählen werden.<sup>411</sup> Den Veranstaltern ist es trotz der 50 %-Vereinbarung also unbenommen, ihre allfällige eigene Tätigkeit im Ticketvertrieb weiterzuführen. Da es bezüglich dieser (für die Veranstalter nicht unwichtigen<sup>412</sup>) Ticketkategorien an einer rechtlichen Einschränkung fehlt und die faktische Einschränkung sich auf die Wahl des Softwaresystems eines bestimmten Anbieters beschränkt, ist die Wirkung der 50 %-Vereinbarung in dieser Hinsicht für die Veranstalter als qualitativ sehr gering einzustufen, was zugleich das Gewicht der insgesamt durch die 50 %-Vereinbarung in qualitativer Hinsicht bewirkten Beeinträchtigung schmälert.

183. Schliesslich ist der Stellenwert zu berücksichtigen, den der Ticketvertrieb für die Veranstalter verglichen mit anderen Faktoren hat: Bei der Wahl einer geeigneten Lokalität, in welcher ein Anlass durchgeführt werden soll, sind für die Veranstalter Parameter wie etwa Grösse, technische Ausstattung, Lage, Mietpreis und Ambiente entscheidend<sup>413</sup> – eine allfällige Vorgabe des Lokalitätenvermieters hinsichtlich des Ticketvertriebs berücksichtigen sie erst, wenn diese übrigen Kriterien bei zwei (oder mehr) Lokalitäten äquivalent sind.<sup>414</sup> Letztlich widerspiegelt auch die vertragliche Regelung, die AGH

<sup>406</sup> Siehe etwa die Darstellung bei Rz 41.

<sup>407</sup> Vgl. dazu auch Rz 57 und insbesondere die Nachweise in Fn 173.

<sup>408</sup> Erwähnenswert in diesem Zusammenhang die Ausführungen eines Zeugen, gemäss welchem der administrative Aufwand vor allem dann ins Gewicht fiel, wenn er bei jedem Anlass getätigt werden müsste, jedoch verschwindend klein sei, wenn er bloss einmalig vorkomme (siehe das Protokoll act. n° 180 S. 9).

<sup>409</sup> Dass der mit der Ausnutzung dieser Ausweichmöglichkeit verbundene administrative und finanzielle Zusatzaufwand nicht unwesentlich ist, heisst nicht, dass eine qualitativ schwerwichtige Auswirkung der Abrede vorliegen würde. Zum einen bedeutet diese Ausweichmöglichkeit als solche eine Relativierung der faktisch regelmässig bestehenden 100 %-Wirkung der 50 %-Normen. Der Zusatzaufwand ist demnach nur, aber immerhin, eine Relativierung der Relativierung. Zum anderen ändert dieser Zusatzaufwand im Falle einer Kontingentierung der Tickets nichts an der untergeordneten Bedeutung, die der Parameter "Vorgabe hinsichtlich des Ticketvertriebs" bei der Wahl einer Lokalität hat (vgl. Rz 183).

<sup>410</sup> Rz 44 ff.

<sup>411</sup> Siehe Rz 60 ff.

<sup>412</sup> Gemäss (schlüssiger) Aussage von AGH anlässlich des Parteiverhörs, Protokoll act. n° 219 S. 7 und S. 11. Siehe dazu auch Rz 165. Damit korreliert im Übrigen, dass aus Sicht der Ticketvertriebsunternehmen der Eigenvertrieb durch die Veranstalter mittels einer von den Ticketvertriebsunternehmen gemieteten oder gekauften Software weniger rentabel ist als ein Fremdvertrieb über sie (vgl. die Aussagen von Ticketcorner am Parteiverhör, Protokoll act. n° 218 S. 4; siehe ferner die mit Zahlenangaben illustrierten Aussagen von AGH am Parteiverhör, Protokoll act. n° 219 S. 8).

<sup>413</sup> In dem Sinn lassen sich die Antworten der befragten Veranstalter auf Frage 11.a des Fragebogens zusammenfassen (für Quellennachweise siehe Fn 32). Es bleibt allerdings darauf hinzuweisen, dass (nur, aber immerhin) einer der befragten Veranstalter zusätzlich angab, für ihn sei des Weiteren auch die "Entscheidungsfreiheit in allen relevanten Punkten wie (...) Ticketing (...)" wesentlich (siehe act. n° 67).

<sup>414</sup> So im Ergebnis die Aussagen an den Zeugeneinvernahmen, siehe die Protokolle act. n° 180 S. 9; act. n° 209 S. 11 und S. 12 f. sowie act. n° 214 S. 11 f.

und Ticketcorner getroffen haben, diese Prioritätenordnung der Veranstalter: Es wird der Ticketvertrieb an die Vermietung der Lokalität gekoppelt und AGH hat dies gegenüber den Mietern um- und durchzusetzen. Eine Regelung in umgekehrter Richtung, namentlich die Vermietung einer bestimmten Lokalität an den Ticketvertrieb durch ein spezifisches Ticketvertriebsunternehmen zu koppeln, wodurch Ticketcorner bei einem Ticketvertrieb über ihn den Veranstaltern gleichzeitig eine bestimmte Lokalität zur Durchführung des Anlasses vorschreiben würde, erscheint wenig realistisch. Sodann wiesen gleich mehrere Veranstalter<sup>415</sup> in den Fragebogen darauf hin, der Ticketvertrieb (und auch die 50 %-AGB-Klausel) sei für sie bezüglich des Hallenstadions verglichen mit der vertraglichen Beziehung zwischen AGH und Good News<sup>416</sup> in wettbewerbsbeschränkender Hinsicht bloss von untergeordneter Bedeutung. Bezeichnend ist denn auch, dass die beim Sekretariat eingegangenen Anzeigen nicht von Veranstaltern, sondern von Ticketvertriebsunternehmen stammen,<sup>417</sup> und dass sich auch zu keinem späteren Zeitpunkt Veranstalter um eine Beteiligung am Verfahren, insbesondere um Einräumung einer Parteistellung, bemüht haben.<sup>418</sup> Aus den vorgenannten Tatsachen ist zu schliessen, dass der Ticketvertrieb resp. eine allfällige diesbezügliche Vorgabe für die Veranstalter bei der Wahl einer geeigneten Lokalität ein Parameter von bloss untergeordnetem Stellenwert ist – entsprechend ist eine dahingehende Einschränkung, wie sie die 50 %-Vereinbarung bewirkt, in qualitativer Hinsicht von geringer Bedeutung. Damit wird im Übrigen entgegen der Auffassung insbesondere von Starticket<sup>419</sup> keineswegs gesagt, der Markt für Ticketvertrieb als solcher sei unbedeutend – vielmehr wird dieser Markt ja separat und eingehend untersucht<sup>420</sup> – sondern nur, aber immerhin, dass sich eine Vorgabe hinsichtlich des Ticketvertriebs, die mittels einer Vertragsbedingung bei der Vermietung einer Lokalität gemacht wird, auf dem Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen qualitativ nur geringfügig auszuwirken vermag.

184. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die 50 %-Vereinbarung resp. die durch sie bewirkte Wettbewerbsbeschränkung für die Veranstalter durchaus ärgerlich sein mag und sie es ohne Weiteres vorziehen würden, keine dahingehenden Vorgaben zu haben. Dies aber dürfte letztlich bei jeder Wettbewerbsbeschränkung der Fall sein und macht diese noch nicht zu einer aus qualitativer Sicht schwergewichtigen im Sinne des KG. Insgesamt sind die Wettbewerbswirkungen der 50 %-Vereinbarung auf dem Markt für die Vermietung von Lokalitäten zur Durchführung von Anlässen als – aus kartellrechtlicher Sicht – qualitativ nicht schwerwiegend zu bewerten.

### B.3.3.2.1.2 Quantitatives Element

185. In quantitativer Hinsicht lässt sich zunächst einmal feststellen, dass die 50 %-Vereinbarung den Ticketvertrieb von fremdvertriebenen Tickets sämtlicher im Hallenstadion stattfindender Anlässe betrifft. Insofern ist die Abrede umfassend. Inhaltlich erfasst die Abrede aber (jedenfalls rechtlich) nur 50 % der fremdvertriebenen Tickets. In diesem Umfang besteht kein Wettbewerb hinsichtlich des Ticketvertriebs fremdvertriebener Tickets bei der Miete des Hallenstadions und zwar – in Anleh-

nung an die für vertikale Abreden übliche Terminologie – kein Innen-Intrabrand-Wettbewerb.

186. Bezüglich des Vertriebs des verbleibenden Anteils von 50 % der fremdvertriebenen Tickets für im Hallenstadion stattfindende Anlässe stehen demgegenüber, zumindest auf den ersten Blick, sämtliche Ticketvertriebsunternehmen miteinander im Wettbewerb. Ticketcorner hat bezüglich dieses Ticketkontingents jedoch aufgrund der 50 %-Vereinbarung zwei wesentliche Wettbewerbsvorteile: Zum einen ist Ticketcorner das einzige Ticketvertriebsunternehmen, welches den Vertrieb sämtlicher fremdvertriebener Tickets eines im Hallenstadion stattfindenden Anlasses anbieten und damit die Notwendigkeit einer Ticketkontingentierung entbehrlich machen kann. Dies ist, wie an anderer Stelle ausgeführt, den Veranstaltern ein grosses Anliegen.<sup>421</sup> Zum anderen hat Ticketcorner die Möglichkeit, sein Angebot bezüglich des Vertriebs des von der 50 %-Vereinbarung nicht erfassten Ticketkontingents aus dem Vertrieb des ihm durch die 50 %-Vereinbarung zugesicherten Ticketkontingents quer zu finanzieren. Oder anders gewendet: Ticketcorner kann von anderen Ticketvertriebsunternehmen im Wettbewerb um den Vertrieb des von der 50 %-Vereinbarung nicht erfassten Ticketkontingents abgegebene Angebote "unterbieten", ohne selber bessere Konditionen anbieten zu müssen, einzig indem er die Konditionen verschlechtert (oder nicht zu verbessern bereit ist), die er für den Vertrieb des ihm durch die 50 %-Vereinbarung zugesicherten Ticketkontingents anbietet, wenn ihm einzig dieses zum Vertrieb überlassen wird. Wie an anderer Stelle ausgeführt,<sup>422</sup> kann hier offen bleiben, ob Ticketcorner diese Möglichkeit nutzt; er hat sie jedenfalls und allein schon dies verschafft Ticketcorner einen Vorteil. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass betreffend den Vertrieb von fremdvertriebenen Tickets für im Hallenstadion stattfindende Anlässe, welche von der 50 %-Vereinbarung nicht erfasst werden, ein gewisser, allerdings ausgesprochen schwacher Wettbewerb – oder wiederum in Anlehnung an die für vertikale Abreden übliche Terminologie – Aussen-Intrabrand-Wettbewerb besteht. Intrabrand-Wettbewerb ist gesamthaft also kaum vorhanden und äusserst schwach.

<sup>415</sup> Act entertainment ag (act. n° 57), 4 Music Entertainment AG (act. n° 118), in dem Sinne auch Live Music Production LMP S.A. (act. n° 38).

<sup>416</sup> Siehe dazu Rz 38.

<sup>417</sup> Bezeichnend mag auch etwa sein, dass ticketportal anlässlich des Parteiverhörs – danach gefragt, wem die 50 %-AGB-Klausel schade - spontan zunächst "[A]lle[n] Anbieter[n] auf dem Markt (...)" sagt und mehrere Ticketvertriebsunternehmen aufzählt und erst auf Nachfrage hin ("Also Sie sprechen hauptsächlich von Ticketingunternehmen?") ausserdem die Veranstalter nennt (siehe Protokoll act. n° 186 S. 5).

<sup>418</sup> Allein mit der "Angst" der Veranstalter vor angeblich befürchteten wirtschaftlichen Nachteilen (so Starticket anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 184 S. 8) lässt sich dies jedenfalls nicht erklären, andernfalls sich die Veranstalter wohl auch nicht dafür gehalten hätten, in ihren Antworten auf den Fragebogen mitzuteilen, dass sie solche Vorgaben nicht begrüssen würden.

<sup>419</sup> Act. n° 259 Seite 16 f.

<sup>420</sup> Siehe Rz 191 ff.

<sup>421</sup> Siehe Rz 48 ff.

<sup>422</sup> Siehe Rz 57.

187. Bezüglich des Intra-brand-Wettbewerbs gilt es allerdings auch zu berücksichtigen, dass ein bedeutender Anteil der Veranstalter (gemäss Angaben von AGH 80 %<sup>423</sup>), welche das Hallenstadion für die Durchführung von Anlässen mieten und dabei auf einen Vertrieb von Tickets für ihren Anlass angewiesen sind, schon vorgängig des Inkrafttretens der 50 %-Vereinbarung und unabhängig dieser den Ticketvertrieb über Ticketcorner vornehmen liess. Soweit diese Veranstalter betreffend, mag die 50 %-Vereinbarung zwar eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, im eigentlichen Sinne zu bewirken vermag die Abrede diese jedoch mangels Kausalität nicht. Die Wirkung der 50 %-Vereinbarung beschränkt sich insofern darauf, den bestehenden Zustand abzusichern und potentiellen Intra-brand-Wettbewerb vorsorglich zu verhindern. Zu bedenken bleibt dabei allerdings, dass die (gemäss Angaben von AGH) 80 % der Veranstalter, die ohnehin Ticketcorner wählten, nicht zugleich einen Anteil von 80 % aller für im Hallenstadion stattfindende Anlässe vertriebener Tickets repräsentierten, ihr Anteil hieran war vielmehr geringer. Ferner ist zu berücksichtigen, dass das Zusammenspiel der Verträge zwischen AGH und Good News<sup>424</sup> sowie Ticketcorner und Good News<sup>425</sup> ebenfalls zu diesem hohen Anteil von Veranstaltern, die ohnehin Ticketcorner wählten, beitragen dürfte. Insgesamt relativiert das Vorangehende aber gleichwohl die Bedeutung des weitgehend fehlenden Intra-brand-Wettbewerbs bei der Beurteilung des quantitativen Elements in vorliegendem Fall in einem gewissen Ausmass.

188. Aufgrund des Intra-brand-Wettbewerbs resp. – präziser – dessen geringfügiger Ausprägung lässt sich nicht ausschliessen, dass die durch die 50 %-Vereinbarung bewirkte Beeinträchtigung quantitativ schwerwiegend ist. Zu prüfen bleibt deshalb, wie es sich mit dem Inter-brand-Wettbewerb verhält: Vorab ist festzuhalten, dass die Abrede den gesamten Tätigkeitsbereich von AGH auf dem relevanten Markt beschlägt.<sup>426</sup> Hinsichtlich der Marktstellung, die AGH auf dem relevanten Markt inne hat, kann im Einzelnen auf die an anderer Stelle<sup>427</sup> gemachten Ausführungen verwiesen werden. Wiederholt sei hier bloss das Ergebnis, namentlich dass AGH auf dem relevanten Markt über eine starke Position verfügt. Inter-brand-Wettbewerb ist AGH gleichwohl ausgesetzt. Dieser erreicht allerdings nicht ein solches Ausmass, welches die durch die 50 %-Vereinbarung bewirkte Beeinträchtigung als aus quantitativer Hinsicht geringfügig erscheinen liesse. Da ein Markteintritt in den hier interessierenden Markt zum einen mit hohen Investitionskosten verbunden ist, zum anderen zahlreiche Bewilligungen und entsprechende, erfahrungsgemäss zeitaufwändige Bewilligungsverfahren voraussetzt, ist in den nächsten 2–3 Jahren<sup>428</sup> nicht mit einem bedeutsamen Markteintritt zu rechnen. Potentieller Inter-brand-Wettbewerb, der die Wirkung der 50 %-Vereinbarung in quantitativer Hinsicht zu relativieren vermöchte, besteht demnach ebenfalls nicht. Folgedessen ist die durch die 50 %-Vereinbarung bewirkte Beeinträchtigung als in quantitativer Hinsicht schwerwiegend zu qualifizieren.

### B.3.3.2.1.3 Gesamtwürdigung

189. Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass die hier zu beurteilende Beeinträchtigung, die die 50 %-Vereinbarung auf dem Markt für die Vermietung von

Lokalitäten zur Durchführung von Anlässen bewirkt, zwar in quantitativer Hinsicht schwerwiegend ist, nicht aber in qualitativer Hinsicht. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sind diese beiden Elemente nun konkret für den vorliegenden Fall zu gewichten und es ist festzustellen, welches hier den Ausschlag gibt,<sup>429</sup> d.h., ob die Wirkungen der 50 %-Vereinbarung gesamthaft – vorliegend insbesondere aufgrund des quantitativen Elements – als erhebliche Beeinträchtigung i.S.d. KG zu qualifizieren sind oder – hier insbesondere aufgrund des qualitativen Elements – eben als in diesem Sinne unerhebliche.

190. Die Vorgabe, für den Vertrieb fremdvertriebener Tickets zwingend ein bestimmtes Ticketvertriebsunternehmen, hier Ticketcorner, beiziehen zu müssen, ist für die Veranstalter zwar lästig und wird von ihnen als unnötig empfunden. Letztlich aber ist dieser Punkt für die Veranstalter bei der Wahl einer Lokalität im Vergleich zu anderen Parametern von ausgesprochen geringer Bedeutung. Der Einfluss dieser Vorgabe darauf, welche Lokalität ein Veranstalter für die Durchführung eines Anlasses mietet, ist vernachlässigbar. Das quantitative Gewicht, welches die 50 %-Vereinbarung hat, vermag dies nicht zu ändern und insbesondere nicht zu kompensieren. Folgedessen sind die Auswirkungen der 50 %-Vereinbarung, die sie auf dem vorliegend relevanten Markt hat, gesamthaft bescheiden, weshalb sie bei einer Gesamtbetrachtung als den Wettbewerb auf diesem Markt nicht erheblich beeinträchtigend zu qualifizieren ist.

### B.3.3.2.2 Auf dem Markt für Ticketvertrieb

191. Einleitend ist auch hier daran zu erinnern, dass die betroffenen Akteure, sprich die Marktteilnehmer einerseits, die Abredeteilnehmer andererseits, nicht vollumfänglich dieselben sind: Beim hier betrachteten Markt sind die Marktteilnehmer zum einen die Ticketvertriebsunternehmen, mitunter auch Ticketcorner, zum anderen die Veranstalter. An der Abrede beteiligt sind AGH und Ticketcorner, die wie gesagt ihre jeweiligen Angebote, welche komplementär sind, miteinander koppeln.

<sup>423</sup> Protokoll des Parteiverhörs von AGH act. n° 219 S. 11; ferner auch Beilage 2 zu act. n° 15.

<sup>424</sup> Siehe Rz 38.

<sup>425</sup> Siehe Rz 39.

<sup>426</sup> Siehe Rz 185. Zur mit dieser Bemerkung angesprochenen Problematik siehe Rz 197.

<sup>427</sup> Siehe Rz 132 ff.

<sup>428</sup> Vgl. zu dieser Zeitspanne statt anderer KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 357), Art. 5 KG N 240.

<sup>429</sup> Abzulehnen ist in diesem Zusammenhang die Forderung von GION GIGER, Vertikale Abreden – Entwicklungen im schweizerischen und europäischen Kartellrecht, sic! 2010, 869 und 874, wonach das Gewicht generell auf das quantitative Element zu legen sei. Eine solch pauschale "Bevorzugung" des quantitativen Elements gegenüber dem qualitativen stünde letztlich einer freien Gesamtwürdigung des Zusammenspiels dieser beiden Elemente im konkreten Einzelfall im Wege.

### B.3.3.2.1 Qualitatives Element

192. Die 50 %-Vereinbarung und deren vertragskonforme Um- und Durchsetzung durch die AGH gegenüber den Veranstaltern (und damit den Mietern des Hallenstadions zur dortigen Durchführung von Anlässen) mittels der 50 %-AGB-Klausel führt auf dem Markt für Ticketvertrieb dazu, dass der Ticketvertrieb fremdvertriebener Tickets für im Hallenstadion stattfindende Anlässe zu mindestens 50 %, faktisch aber in den allermeisten Fällen zu 100 %, über Ticketcorner abgewickelt wird, und dass Veranstalter für den (allfälligen) Vertrieb von eigenvertriebenen Tickets für im Hallenstadion stattfindende Anlässe das hierfür erforderliche Softwaresystem in den allermeisten Fällen von Ticketcorner beziehen.

193. Dass eine Übertragung der der VertBek zu Grunde liegenden Wertungen hinsichtlich des qualitativen Gewichts, die der von der 50 %-Vereinbarung bewirkten Einschränkung zukommt, kein eindeutiges Bild zeichnet, wurde bereits an anderer Stelle ausgeführt<sup>430</sup> und es kann diesbezüglich auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden. Wiederholt sei hier, dass die 50 %-Vereinbarung – je nach Betrachtungsweise – entweder die Wirkungen einer Alleinbezugsverpflichtung, einer Alleinbelieferungspflicht oder aber einer Beschränkung des Kundenkreises für den Wiederverkauf hat. Gemein ist all diesen Betrachtungsweisen, dass damit eine Exklusivität auf Seiten des Ticketvertriebsunternehmens verbunden ist.

194. In qualitativer Hinsicht ist vorliegend – soweit den Markt für Ticketvertrieb betreffend – von Bedeutung, dass die mit der 50 %-Vereinbarung verbundene Exklusivität nicht (wie gewöhnlich) bloss einen einzelnen Teilnehmer der Marktgegenseite bindet, sondern gleich eine Vielzahl von Veranstaltern, nämlich alle, die für die Durchführung eines Anlasses das Hallenstadion mieten. Dieser durch die Abrede bewirkte Einbezug gleich mehrerer Teilnehmer der Marktgegenseite lässt die mit der Abrede verbundene Exklusivität als in qualitativer Hinsicht eher schwerwiegend erscheinen. Das inhaltliche Gegenstück zur Erfassung gleich mehrerer Teilnehmer der Marktgegenseite durch die Abrede, nämlich die Einschränkung der durch die Abrede erzielten Exklusivität auf den Vertrieb von Tickets für Anlässe, welche im Hallenstadion stattfinden, vermag dies nicht aufzuwiegen.

195. In qualitativer Hinsicht die wesentliche Rolle spielt aber die mit der Abrede verfolgte Kopplung des Ticketvertriebs mit der Vermietung einer Lokalität für die Durchführung eines Anlasses. Wie zuvor gesehen, ist eine allfällige Vorgabe hinsichtlich des Ticketvertriebs für die Veranstalter bei der Wahl einer geeigneten Lokalität für die dortige Durchführung eines Anlasses bloss von untergeordnetem Stellenwert, vermag die Wahl nicht (oder höchstens in ausgesprochenen Ausnahmefällen) zu beeinflussen und wird von den Veranstaltern letztlich ohne grosses Aufheben hingenommen.<sup>431</sup> Mit dieser Koppelung mehrerer komplementärer Märkte durch die Abrede wird erreicht, dass Veranstalter eine Vorgabe bezüglich des Ticketvertriebs akzeptieren, die sie sonst nicht eingegangen wären, weil die Wahl einer geeigneten Lokalität für die Durchführung eines Anlasses für sie von prioritärer Bedeutung ist.<sup>432</sup> Oder anders gesagt werden durch die Abrede von den Veranstaltern als re-

levant erachtete Wettbewerbsparameter aus einem anderen Markt (der Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen) in den vorliegend betrachteten Markt (den Ticketvertrieb) eingebracht, was in qualitativer Hinsicht als eine schwerwiegende Einschränkung zu betrachten ist.

### B.3.3.2.2 Quantitatives Element

196. Soweit den Vertrieb von Tickets für im Hallenstadion stattfindende Anlässe betreffend, kann auf die vorangehenden Ausführungen zum Intra-brand-Wettbewerb im Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen verwiesen werden;<sup>433</sup> welche mutatis mutandis auch hier zutreffend sind. Das Ergebnis sei an dieser Stelle zusammengefasst wiederholt, nämlich dass der diesbezügliche Wettbewerb, soweit überhaupt vorhanden, ausgesprochen schwach ist. Relativierend zu beachten ist allerdings, dass die Abrede im Verhältnis zu bestimmten Veranstaltern bloss den ohnehin schon bestehenden Zustand – Wahl von Ticketcorner als Ticketvertriebsunternehmen für den Vertrieb von Tickets für im Hallenstadion stattfindende Anlässe – absichert, diesen aber nicht herbeiführt.

197. Im Kontext des vorliegend betrachteten Markts ist unter dem (den klassischen vertikalen Verhältnissen entlehnten, nicht ganz treffenden) Titel des Inter-brand-Wettbewerbs der Wettbewerb um den Vertrieb von Tickets für im Hallenstadion stattfindende Anlässe (siehe dazu die vorangehende Rz) in Relation zum Wettbewerb um den Vertrieb von Tickets generell zu verstehen. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass Ticketcorner auf dem Markt für Ticketvertrieb in Anbetracht seines Marktanteils über eine starke Stellung verfügt. Gemäss eigenen, anlässlich des Parteiverhörs gemachten Angaben beläuft sich dieser Marktanteil auf [14–23] %<sup>434</sup>, wobei diese Selbsteinschätzung zu tief ausgefallen sein dürfte. Bezeichnend ist jedenfalls, dass die CTS-Gruppe in ihrer Pressemitteilung vom 19. Februar 2010 zur Übernahme der Aktien an Ticketcorner<sup>435</sup> den Marktanteil von Ticketcorner mit rund 60 % und damit bedeutend höher angibt. Der Marktanteil mag nun Auskunft über die Marktstellung von Ticketcorner auf dem Markt für Ticketvertrieb geben; er besagt aber nichts darüber, in welchem (quantitativen) Ausmass sich die Abrede wettbewerbsbeeinträchtigend auswirkt. Oder anders gewendet: Für die Beurteilung der durch die Abrede in quantitativer Hinsicht bewirkten Wettbewerbsbeeinträchtigung ist entscheidend, in welchem (quantitativen) Ausmass neben der Abrede noch Wettbewerb besteht, und nicht der generelle Marktanteil, der ein an der Abrede beteiligtes Unternehmen losgelöst dieser Abrede inne hat.<sup>436</sup>

<sup>430</sup> Siehe Rz 179.

<sup>431</sup> Siehe Rz 181 ff.

<sup>432</sup> Siehe auch Rz 183.

<sup>433</sup> Rz 185 ff.

<sup>434</sup> Protokoll des Parteiverhörs von Ticketcorner act. n° 218 S. 3.

<sup>435</sup> Abrufbar unter [www.ticketcorner.ch/obj/media/DE-eventim/relations/press/2010/2010-02-19-Press-Ticketcorner.pdf](http://www.ticketcorner.ch/obj/media/DE-eventim/relations/press/2010/2010-02-19-Press-Ticketcorner.pdf) (05.12.2011).

<sup>436</sup> Im Ergebnis ebenso RPW 1997/4, 499 Rz 57, *Recymet AG*; PRW 2000/3, 362 Rz 98, *Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar*; offen gelassen in RPW 2010/1, 104 Rz 310 Lemma 2, *Gaba*. Aus der Lehre wie hier etwa GIGER (Fn 429), 870.

198. Ticketcorner gab nun anlässlich des Parteiverhört an, der Vertrieb von Tickets für im Hallenstadion stattfindende Anlässe mache bezüglich aller von Ticketcorner vertriebener Tickets anteilmässig knapp [8–14] %<sup>437</sup> aus. Der prozentuale Anteil der Tickets für im Hallenstadion stattfindende Anlässe wurde von Ticketcorner am Parteiverhör auf gut [0–5] %<sup>438</sup> der gesamten in der Schweiz im Fremdvertrieb vertriebenen Tickets geschätzt. Wie vorangehend gesehen, dürften die von Ticketcorner gegenüber dem Sekretariat anlässlich des Parteiverhört gemachten Zahlenangaben wohl allerdings nicht losgelöst von prozesstaktischen Überlegungen gemacht worden sein. Nachfolgend sollen diese Angaben daher plausibilisiert oder eben widerlegt werden.

199. Gemäss Angaben von AGH hat das Hallenstadion jährlich gesamthaft knapp ca. 1 Mio. Besucher (was ebenso vielen Tickets entsprechen dürfte), wobei es 2009 erstmals mehr als 1 Mio. waren, 2010 etwas weniger als 900'000.<sup>439</sup> Gestützt auf die von Ticketcorner angegebenen Prozentzahlen<sup>440</sup> würde sich daraus ein Gesamtvolumen des Marktes von [mindestens 20] Mio. Tickets ergeben. Demgegenüber schätzt AGH, welche allerdings selber nicht auf dem Markt für Ticketvertrieb tätig ist, das Gesamtvolumen dieses Markts auf ca. 12 Mio. Tickets pro Jahr<sup>441</sup> und damit deutlich tiefer. Die CTS-Gruppe, welche den Marktanteil des von ihr erworbenen (und, so ist anzunehmen, von ihr entsprechend vorgängig im Rahmen einer Due-Diligence-Prüfung genauer betrachteten) Ticketcorner mit rund 60 % beziffert, nennt weiter die Anzahl der von Ticketcorner vertriebenen Tickets, nämlich 9.3 Mio., was einem Gesamtvolumen von ca. 15.5 Mio. Tickets entspricht. Auch wenn eine exakte Bezifferung des Gesamtvolumens, wie die vorangehend aufgeführten, divergierenden Einschätzungen zeigen, demzufolge schwer fällt, fest steht jedenfalls, dass der von der Abrede betroffene Anteil (mehr oder weniger weit) unter 10 % liegt. Der Marktanteil, auf welchen sich die Abrede auswirkt, wird sogar noch geringer, wenn weiter berücksichtigt wird, dass

- 1) von den ca. 1 Mio. Tickets für im Hallenstadion stattfindende Anlässe zwischen 150'000–300'000 Tickets – je nach Erfolg – auf Heimspiele der ZSC Lions entfallen,<sup>442</sup> wobei diese Tickets aufgrund eines diesbezüglichen, noch bis 2013 laufenden Vertrags derzeit nicht von der 50 %-Vereinbarung erfasst werden.<sup>443</sup>
- 2) die Abrede gegenüber etlichen Veranstaltern, die das Hallenstadion für die dortige Durchführung eines Anlasses mieten, bloss den ohnehin bestehenden Zustand absichert, nämlich die Wahl von Ticketcorner als das für den Ticketvertrieb zuständige Ticketvertriebsunternehmen, nicht aber diesen Zustand herbeiführt.<sup>444</sup>
- 3) sich, wenn auch nur, so doch immerhin, in ganz wenigen Ausnahmefällen ein Veranstalter gleichwohl für einen Vertrieb der fremdvertriebenen Tickets über mehrere Ticketvertriebsunternehmen entscheiden dürfte.

200. Der von der Abrede betroffene Teil des Marktes beläuft sich demnach auf (deutlich) unter 10 %. Nur in diesem Ausmass schränkt die Abrede die Wahlfreiheit

der Veranstalter ein bzw. schliesst sie die Konkurrenten von Ticketcorner, die übrigen Ticketvertriebsunternehmen, vom Markt aus. In quantitativer Hinsicht ist die Wirkung der Abrede auf dem hier betrachteten Markt demzufolge als nicht schwerwiegend zu bezeichnen.

201. Ergänzend sei allerdings bereits zu diesem Zeitpunkt darauf hingewiesen, dass sich die Auswirkungen mehrerer gleichartiger, nebeneinander bestehender Abreden in quantitativer Hinsicht kumulieren können. Dies kann zur Folge haben, dass sich Abreden, deren quantitatives Gewicht für sich alleine jeweils noch nicht schwerwiegend wäre (wie dies vorliegend der Fall ist), in ihrer Gesamtheit, eben aufgrund des nebeneinander Bestehens mehrerer gleichartiger Abreden, gleichwohl quantitativ schwerwiegend auswirken. Vertieft abgeklärt zu werden braucht dies vorliegend noch nicht, da zurzeit in der Schweiz mit der 50 %-Vereinbarung vergleichbare Abreden zwischen Ticketvertriebsunternehmen und Vermietern von Lokalitäten zur Durchführung von Anlässen einzig hinsichtlich des Verlagshauses Die Südostschweiz (Ticketcorner)<sup>445</sup> sowie – zumindest bis vor Kurzem – des Stade de Genève (Resaplus, nunmehr in Liquidation)<sup>446</sup>, ferner, wenn auch in qualitativer Hinsicht weniger eingreifend<sup>447</sup>, des KKL, des "Zelts" und der AFG Arena St. Gallen (ticketportal)<sup>448</sup> bestehen.

### B.3.3.2.3 Gesamtwürdigung

202. Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass die hier zu beurteilende Beeinträchtigung, die die 50 %-Vereinbarung auf dem Markt für Ticketvertrieb bewirkt, zwar in qualitativer Hinsicht schwerwiegend ist, nicht aber in quantitativer Hinsicht. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sind diese beiden Elemente nun konkret für den vorliegenden Fall zu gewichten und es ist festzustellen, welches hier den Ausschlag gibt, d.h., ob die Wirkungen der 50 %-Vereinbarung gesamthaft – vorliegend insbesondere aufgrund des qualitativen Elements – als erhebliche Beeinträchtigung i.S.d. KG zu qualifizieren sind oder – hier insbesondere aufgrund des quantitativen Elements – eben als in diesem Sinne unerhebliche.

<sup>437</sup> Siehe das Protokoll des Parteiverhört von Ticketcorner act. n° 218 S. 16.

<sup>438</sup> Protokoll des Parteiverhört von Ticketcorner act. n° 218 S. 16 resp. S. 17 (bereinigte Version).

<sup>439</sup> Siehe Seite 7 des Geschäftsberichts 2009 von AGH, abrufbar unter [www.hallenstadion.ch/sites/downloads/geschaeftsbericht\\_2009.pdf](http://www.hallenstadion.ch/sites/downloads/geschaeftsbericht_2009.pdf) resp. Seite 7 des Geschäftsberichts 2010 von AGH, abrufbar unter [www.hallenstadion.ch/sites/downloads/geschaeftsbericht\\_2010.pdf](http://www.hallenstadion.ch/sites/downloads/geschaeftsbericht_2010.pdf); ferner etwa [www.hallenstadion.ch/sites/news.html?news:view=details&id=10](http://www.hallenstadion.ch/sites/news.html?news:view=details&id=10) (alle 05.12.2011).

<sup>440</sup> [0–5] % Protokoll des Parteiverhört von Ticketcorner act. n° 218 S. 16 resp. S. 17 (bereinigte Version).

<sup>441</sup> Siehe act. n° 148 Rz 98.

<sup>442</sup> Siehe zu den Zahlenangaben 2007–2009 betreffend ZSC Lions act. n°65 ad Frage 5.c.

<sup>443</sup> Act. n° 109 ad Frage 5.a; ferner act. n° 12 Rz 97 (bereinigte Version act. n° 148) sowie act. n° 102 S. 16 f.

<sup>444</sup> Siehe Rz 196.

<sup>445</sup> Siehe act. n° 101 S. 5.

<sup>446</sup> Siehe act. n° 101 S. 6, ferner die Antwort auf Frage 3 in act. n° 50.

<sup>447</sup> Siehe diesbezüglich etwa die Beilage zu act. n° 186.

<sup>448</sup> Siehe act. n° 101 S. 6, ferner das Protokoll der Parteiaussage, act. n° 186 S. 6.

203. Die WEKO erachtete in einem ebenfalls Exklusivverträge betreffenden – und damit in qualitativer Hinsicht vergleichbaren – Fall eine Abrede, welche 11 % des relevanten Marktes umfasste, als den Wettbewerb bloss unerheblich beeinträchtigend.<sup>449</sup> Von dieser vorgezeichneten Gesamtwertung ist in vorliegender Untersuchung nicht abzuweichen – der von der Abrede betroffene Anteil des Marktes ist aus quantitativer Sicht zu gering, um dass die Abrede den Markt erheblich beeinträchtigen könnte, stehen doch über 90 % des Marktes für die Konkurrenten von Ticketcorner trotz dieser Abrede weiterhin offen.

### B.3.3.2.3 Fazit

204. Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich die 50 %-Vereinbarung auf den beiden betroffenen Märkten zwar beeinträchtigend auswirkt, diese Auswirkungen aber nicht das erforderliche Ausmass erreichen, um als den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigend bezeichnet werden zu können.

## B.4 Schlussfolgerung

205. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Untersuchung gezeigt hat, dass weder AGH über eine marktbeherrschende Stellung verfügt – und folglich auch nicht gegen Art. 7 KG verstossen kann – noch die Abreden zwischen AGH und Ticketcorner als unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG zu qualifizieren sind. Entsprechend ist die Untersuchung ohne Folgen einzustellen.

## C Kosten

206. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG<sup>450</sup> ist gebührenpflichtig, wer das fragliche Verwaltungsverfahren verursacht hat. Dieses Verursacherprinzip wird jedoch durch das sogenannte Unterliegerprinzip relativiert.<sup>451</sup>

207. 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 wird.<sup>452</sup>

208. Nicht gebührenpflichtig werden demgegenüber Unternehmen, die zwar eine Untersuchung verursacht haben, sofern sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird.<sup>453</sup> Ebenfalls keine Gebühren zu bezahlen haben Dritte, auf deren Anzeige hin ein Verfahren nach Art. 26–30 KG durchgeführt wird.<sup>454</sup>

209. Das vorliegende Verfahren wird – wie zuvor ausgeführt – eingestellt, da keine unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen festgestellt wurden. Entsprechend sind AGH und Ticketcorner, gegen welche sich die Untersuchung richtete, nicht als unterliegend zu qualifizieren und ihnen sind keine Kosten aufzuerlegen. Ebenso wenig gebührenpflichtig werden die formellen Verfügungsadressatinnen<sup>455</sup>, d.h. die übrigen Verfahrensparteien ti-

cketportal, Ticketino und Starticket, wie auch die Anzeigerinnen (CTS Schweiz und ticketportal).

## D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Beweisanträge von Ticketportal AG werden abgewiesen.
2. Die Untersuchung 32-0221: Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich gegen die Aktiengesellschaft Hallenstadion Zürich und die Ticketcorner AG wird eingestellt.
3. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
4. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
  - Aktiengesellschaft Hallenstadion Zürich, [...]
  - Ticketcorner AG, [...]
  - Ticketino AG, [...]
  - Ticketportal AG, [...]
  - Starticket AG, [...]

[Rechtsmittelbelehrung]

<sup>449</sup> RPW 1997/4, 499 f. Rz 56 ff., *Recymet AG*.

<sup>450</sup> Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

<sup>451</sup> BGE 128 II 247, 257 ff. E. 6 (=RPW 2002/3, 546 ff. E. 6), *BKW FMB Energie AG*.

<sup>452</sup> BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (=RPW 2002/3, 546 f. Rz. 6.1), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.

<sup>453</sup> Art. 3 Abs. 2 Bst. c GebV-KG.

<sup>454</sup> Art. 3 Abs. 2 Bst. a GebV-KG.

<sup>455</sup> Ausdrücklich eine Kostenauflegung an formelle Verfügungsadressaten ablehnend Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 337 E. 4.5, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

B 2	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse</b> Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	<b>1. Tamedia/Bilan/Tribune des Arts</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*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 1. November 2011*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 9. Januar 2012*

#### **A Sachverhalt**

1. Am 12. Dezember 2011 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Meldung der Tamedia AG (Tamedia) über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen. Demnach beabsichtigt Tamedia von der Edipresse-Gruppe die alleinige Kontrolle über das Wirtschaftsmagazin Bilan (Bilan) sowie die Lifestyle-Zeitschrift Tribune des Arts (TdA) zu übernehmen.

#### **A.1 Das Vorhaben und die involvierten Unternehmen**

2. **Tamedia** ist die Muttergesellschaft eines Schweizer Medienunternehmens, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig ist. Die Tamedia-Gruppe ist die Herausgeberin verschiedener Zeitungen und Zeitschriften sowie die Betreiberin mehrerer elektronischer Medien in der Schweiz. Tamedia ist zudem im Bereich Zeitungsdruk tätig.

3. Seit dem 1. Januar 2011 hält Tamedia die Aktienmehrheit an der Presse Publications SR SA (PPSR). Durch den Erwerb dieser Aktienmehrheit hat Tamedia die alleinige Kontrolle über diverse Medien erlangt, die früher zur Edipresse-Gruppe gehört haben. Damit ist Tamedia zu einem der grössten Medienunternehmen in der französischsprachigen Schweiz geworden:<sup>1</sup> Über die Tochtergesellschaften Edipresse Publication SA (EP) und Société anonyme de la Tribune de Genève (TdG) verlegt Tamedia unter anderem die Zeitungen 24 heures, Le Matin, Le Matin Dimanche und Tribune des Genève sowie die Zeitschrift Fémina. Daneben betreibt Tamedia mehrere News-Websites in französischer Sprache, darunter die Domains [www.lematin.ch](http://www.lematin.ch), [www.24heures.ch](http://www.24heures.ch) oder [www.tdg.ch](http://www.tdg.ch).

4. Zu den Medien, die auch nach dem PPSR-Verkauf bei der Edipresse-Gruppe verblieben sind, zählen insbesondere die Titel Bilan und TdA. Mit dem gemeldeten Zusammenschlussvorhaben beabsichtigt Tamedia, diese

zwei Titel ebenfalls zu übernehmen und dadurch ihre Produktpalette in der Westschweiz abzurunden.

5. Laut Meldung ist Bilan eine vierzehntäglich erscheinende Zeitschrift im Bereich der Finanz- und Wirtschaftspresse in französischer Sprache. TdA ist eine monatlich erscheinende Zeitschrift in französischer Sprache, die sich den Themen Kunst, Uhren und Lifestyle im Generellen widmet. Neben dem Einzelverkauf wird TdA auch monatlich der Tageszeitung Tribune de Genève sowie zweimal jährlich der Tageszeitung 24 heures beigelegt. Einmal im Jahr erscheint eine Sonderausgabe unter dem Titel "l'Annuaire horlogerie & joaillerie".

6. Veräusserin der Titel Bilan und TdA ist die Edipresse Développement SA (ED). Innerhalb der Tamedia-Gruppe treten zwei unterschiedliche Gesellschaften als Käuferinnen auf: Die Tochtergesellschaft EP wird den Geschäftsbereich Bilan erwerben; die Tochtergesellschaft TdG wird den Geschäftsbereich TdA erwerben.

7. Der **Geschäftsbereich Bilan** umfasst alle Aktiven, Verträge und Arbeitnehmer, die mit der Herausgabe, dem Vertrieb und der Vermarktung der Print- und Online-Ausgabe der Zeitschrift Bilan einschliesslich der Zeitschrift Luxe par Bilan – einer Spezialausgabe von Bilan zu aktuellen Lifestyle-Trends – im Zusammenhang stehen. Dazu gehören zum Beispiel die Daten zu Abonnenten und Inserenten von Bilan, Marken- und Urheberrechte sowie die Domain [www.bilan.ch](http://www.bilan.ch).

8. Der **Geschäftsbereich TdA** umfasst alle Aktiven, Verträge und Arbeitnehmer, die mit der Herausgabe, dem Vertrieb und der Vermarktung der Print- und Online-Ausgabe der Lifestyle-Zeitschrift TdA im Zusammenhang stehen. Dazu gehören unter anderem die Daten zu Abonnenten und Inserenten von TdA, Marken- und Urheberrechte sowie die Domain [www.tribunedesarts.ch](http://www.tribunedesarts.ch).

9. Von Tamedia nicht übernommen wird die Domain [www.worldtempus.com](http://www.worldtempus.com). Unter dieser Domain, die über einen Link auf [www.tribunedesarts.ch](http://www.tribunedesarts.ch) erreicht werden kann, ist es heute möglich, die Ausgaben von TdA herunterzuladen. Laut Meldung werden die beiden Domains [www.worldtempus.com](http://www.worldtempus.com) und [www.tribunedesarts.ch](http://www.tribunedesarts.ch) in Zukunft entkoppelt.

#### **A.2 Das Verfahren**

10. Am 14. November 2011 ging beim Sekretariat ein Meldungsentwurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein. Mit Schreiben vom 25. November 2011 nahm das Sekretariat zum Meldungsentwurf Stellung.

<sup>1</sup> Vgl. zum Ganzen RPW 2009/3, 245 ff., *Tamedia/PPSR*.

11. Mit Schreiben vom 9. Dezember 2011 reichte Tamedia die Meldung gemäss Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 Bst. b der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) ein. In der Meldung wird beantragt, dass das Zusammenschlussvorhaben als unbedenklich zu beurteilen und auf ein Prüfungsverfahren gemäss Art. 33 KG zu verzichten sei.

12. Mit Schreiben vom 12. Dezember 2011 bestätigte das Sekretariat den Eingang und mit Schreiben vom 21. Dezember 2011 die Vollständigkeit der Meldung.

13. Gemäss Art. 20 Abs. 1 VKU beginnt die Frist von einem Monat für die Einleitung des Prüfungsverfahrens am Tag nach Eingang der vollständigen Meldung, im vorliegenden Fall daher am 13. Dezember 2011, und endet am 13. Januar 2012.

## **B Erwägungen**

### **B.1 Geltungsbereich**

14. 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**

15. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Die gemäss Meldung in das Zusammenschlussvorhaben involvierten Gesellschaften sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

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

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

17. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung von Kontrollverhältnissen an einem oder mehreren Unternehmen oder Teilen von solchen (Zielunternehmen) zum Gegenstand. Liegen mehrere Zielunternehmen vor, so ist zu prüfen, ob die verschiedenen Kontrolländerungen zusammen als ein einziger Vorgang zu qualifizieren sind.

##### **B.1.2.1 Unternehmensteil**

18. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG kann auch ein Kontrollerwerb über einen Unternehmensteil, der nicht als rechtlich selbständige Einheit organisiert ist, einen Unternehmenszusammenschluss darstellen. Laut Praxis und Lehre ist hierfür indes zu verlangen, dass diesem Unternehmensteil eine gewisse eigenständige marktstrategische Bedeutung zukommt und ihm folglich auch ein eigenständiger Umsatz zugerechnet werden kann.<sup>2</sup>

19. Innerhalb der Edipresse-Gruppe stellen Bilan und TdA zwei separate Geschäftsbereiche mit eigener Marktpräsenz dar. Diesen kann ein klarer Marktumsatz zugerechnet werden. Die Geschäftsbereiche Bilan und TdA sind deshalb als Unternehmensteile im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu betrachten.

##### **B.1.2.2 Erlangung der Kontrolle**

20. Das gemeldete Vorhaben führt zu einer unmittelbaren Änderung der Kontrollverhältnisse betreffend die Unternehmensteile Bilan und TdA. Folglich liegt ein Vorhaben bezüglich zweier Zielunternehmen vor.

21. Die gleichzeitige Erlangung der alleinigen Kontrolle eines Unternehmens über mehrere Zielunternehmen kann einen einzigen Vorgang und damit einen einzigen Unternehmenszusammenschluss darstellen. Dies setzt indes voraus, dass sich die Erwerbshandlungen betreffend die verschiedenen Zielunternehmen gegenseitig bedingen bzw. voneinander abhängig sind.<sup>3</sup> Zudem ist erforderlich, dass die Zielunternehmen vor der Übertragung von dem- bzw. denselben Unternehmen kontrolliert werden und durch den Vorgang wiederum unter identische Kontrolle gelangen: Mit anderen Worten muss bei allen Übertragungen Identität hinsichtlich der die Kontrolle abgebenden Unternehmen sowie Identität hinsichtlich der die Kontrolle erlangenden Unternehmen vorliegen. Sind diese Voraussetzungen nicht kumulativ erfüllt, so liegt nicht ein einziger Unternehmenszusammenschluss vor.

22. Veräusserin der Unternehmensteile Bilan und TdA ist jeweils die Edipresse Développement SA. Käuferin von Bilan ist EP, während TdA von TdG erworben wird. Vorliegend stellt sich aber die Frage, ob EP und TdG auch als die kontrollierlangenden Unternehmen zu betrachten sind, womit keine Identität und somit auch nicht ein einziger Unternehmenszusammenschluss vorliegen würde.

23. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein Zielunternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf dessen Tätigkeit auszuüben (Art. 1 VKU).

24. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG kann die Kontrolle über ein Zielunternehmen sowohl unmittelbar als auch mittelbar erlangt werden. Beim unmittelbaren Kontrollerwerb erlangt dasjenige Unternehmen die Kontrolle, welches aus den jeweiligen Rechtsverhältnissen (Statuten, Aktionärsbindungsvertrag, etc.) direkt am Zielunternehmen berechtigt ist. Dies ist grundsätzlich bei jedem Übernahmevergange der Fall. Wenn jedoch ein Unternehmen an einem Zielunternehmen berechtigt wird, welches seinerseits von einem dritten Unternehmen kontrolliert wird, so findet kein unmittelbarer sondern ausschliesslich ein mittelbarer Kontrollerwerb statt.

<sup>2</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang insbesondere RPW 2008/3, 417 Rz 18 ff., *Swisscom AG/Verizon Switzerland*, mit weiteren Hinweisen, sowie MANI REINERT, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amtstz/Reinert* [Hrsg.], 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 10 ff.

<sup>3</sup> Vgl. dazu BSK KG-REINERT (Fn 2), Art. 4 Abs. 3 KG N 433 ff.

25. Im vorliegenden Zusammenhang ist festzustellen, dass EP zwar direkt am Unternehmensteil Bilan und TdG direkt am Unternehmensteil TdA berechtigt werden, da EP und TdG ihrerseits aber wiederum durch Tamedia kontrolliert werden, findet kein unmittelbarer, sondern ausschliesslich ein mittelbarer Controllerwerb von Tamedia über Bilan und TdA statt. Es ist zudem davon auszugehen, dass sich die beiden Erwerbshandlungen betreffend Bilan und TdA gegenseitig bedingen, womit ein einziger Vorgang bzw. ein einziger Unternehmenszusammenschluss vorliegt.

### B.1.3 Beteiligte Unternehmen

26. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU).

27. Entsprechend dem zuvor Ausgeführten sind Tamedia als kontrollierendes Unternehmen einerseits sowie Bilan und TdA zusammen als das kontrollierte Unternehmen andererseits beteiligt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 VKU.

## B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

## B.3 Nebenabreden

29. Zu prüfen ist, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden<sup>4</sup> enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen.<sup>5</sup> Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid.<sup>6</sup> Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.

30. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die Wettbewerbskommission ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich nach der *Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind*<sup>7</sup> (EU-Bekanntmachung) gerichtet.<sup>8</sup> Darüber hinaus erfolgte bisher noch kein explizites Abstellen auf die EU-Bekanntmachung.

31. Wettbewerbsabreden können nur dann als "mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden" angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.<sup>9</sup>

32. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungewisseren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.<sup>10</sup>

33. In der Meldung wird betreffend Nebenabreden Folgendes ausgeführt: "Für die getroffenen Nebenabreden wird auf die beiliegenden Verträge verwiesen (Beilage 3; Beilage 4). Relevant dürften insbesondere folgende Bestimmungen sein:

- Beilage 3, Ziff. 13.1: Konkurrenzverbot von ED [...]
- Beilage 3, Ziff. 14: Geschäftsführung im üblichen Rahmen und ohne wesentliche Änderungen am Geschäft zwischen Signing und Closing;
- Beilage 4, Ziff. 11: Geschäftsführung im üblichen Rahmen und ohne wesentliche Änderungen am Geschäft zwischen Signing und Closing.

Der Inhalt dieser Bestimmungen ergibt sich aus deren Wortlaut, weshalb darauf verwiesen wird."

34. Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass es sich beim Meldeverfahren nach Art. 9 und 32 f. KG um ein durch die Parteien eingeleitetes Verfahren im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) in Verbindung mit Art. 39 KG handelt. Danach sind die Parteien verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken.

<sup>4</sup> Gemeint ist eine wettbewerbsbeschränkende Abrede. Liegt keine Wettbewerbsbeschränkung vor, so erübrigt sich jede weitere Prüfung (vgl. JÜRIG BÖRER/JUHANI KOSTKA, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, Art. 32 KG N 89).

<sup>5</sup> Vgl. MICHAEL LEUPOLD, Sind Konkurrenzverbote Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes?, SZW 3/99, 150; ANDRAS PALASTHY, Droit des cartels, clause de non-concurrence et restrictions accessoires: une jurisprudence critiquable, in Bull. CEDIDAC n° 31, Juni 1999, p. 1.

<sup>6</sup> Vgl. PHILIPP ZURKINDEN, Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in der Schweiz und das neue schweizerische Kartellgesetz, 1999, 157 f.

<sup>7</sup> ABl. C 56/24 vom 5.3.2005.

<sup>8</sup> Vgl. RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>9</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.

<sup>10</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.

Zwar gilt aufgrund von Art. 12 VwVG in Verbindung mit Art. 39 KG auch für das Meldeverfahren die Untersuchungsmaxime<sup>11</sup>, wonach der Sachverhalt von der Behörde von Amtes wegen festzustellen ist.<sup>12</sup> Die Untersuchungsmaxime erfährt aber durch Art. 13 Abs. 1 Bst. a VwVG eine Abschwächung. In diesen Fällen liegt es in der Autonomie des Privaten, ein Verwaltungsverfahren anzuheben und dessen Gegenstand zu bestimmen. Es gilt damit in jenen Fällen die Dispositionsmaxime.<sup>13</sup> Die Dispositionsmaxime beschlägt als Gegenstück zur Offizialmaxime die Frage der Verfügung über den Verfahrensgegenstand. Das heisst, sie beantwortet die Frage, wer über die Einleitung und Beendigung sowie den Umfang eines Verfahrens bestimmen kann. Unter Herrschaft der Dispositionsmaxime bestimmen die Parteien, ob ein Verfahren eröffnet wird. Sie haben es grundsätzlich auch in der Hand, das Verfahren durch Rückzug wieder zu beenden. Auch bestimmen die Parteien, wofür die Behörde entschieden soll. Dabei gilt, dass die Behörde nicht mehr oder etwas anderes bewilligen kann, als der Private verlangt hat.<sup>14</sup>

35. Für die Prüfung der Nebenabreden bedeutet die Dispositionsmaxime, dass die Parteien der Wettbewerbsbehörde in der Meldung anzugeben haben, welche Bestimmungen sie als Nebenabreden geprüft haben wollen. Es ist nicht Sache der Behörde, nach Vertragsbestimmungen zu forschen, für welche die Parteien die Qualifizierung als Nebenabrede geltend machen könnten.

### B.3.1 Konkurrenzverbot

36. Soweit ersichtlich enthält Ziff. 13.1 des "Contrat de Vente entre ED et EP concernant le magazine Bilan" vom 31. Oktober 2011 (Bilan-Kaufvertrag) ein Konkurrenzverbot zulasten von ED. [...]

37. Konkurrenzverbote und andere ähnliche Klauseln, die der Ausfüllung und Konkretisierung eines Wettbewerbsverbotes dienen, kommen im Rahmen von Zusammenschlussvorhaben häufig vor und sollen den Wert des verkauften Unternehmens, der sich regelmässig aus materiellen wie immateriellen Werten (z. B. das Know-how des Veräusserers oder Goodwill) zusammensetzt, sichern. Würde auf ein Konkurrenzverbot verzichtet, bestünde im Gegenzug die Gefahr, dass Unternehmensverkäufe unattraktiv oder ganz unterbleiben würden, weil der Verkäufer seine frühere Kundschaft unmittelbar nach dem Verkauf wieder zurückgewinnen und dem veräusserten Unternehmen die Existenzgrundlage entziehen könnte.<sup>15</sup>

38. Nach Praxis der Wettbewerbskommission beträgt das zeitlich zulässige Mass für Konkurrenzverbote drei Jahre, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch das Know-how, beziehungsweise zwei Jahre, wenn nur der Geschäftswert übertragen wird.<sup>16</sup>

39. Aus der Meldung geht nicht hervor, weshalb das vereinbarte Konkurrenzverbot zugunsten von EP bzw. Tamedia für den gemeldeten Zusammenschluss notwendig sein sollte. Allein die Tatsache, dass die fragliche Vereinbarung das in der Praxis als zulässig erachtete zeitliche Mass nicht überschreitet, bedeutet noch nicht, dass sie für den Zusammenschluss zwingend

notwendig und damit durch das Zusammenschlussprivileg gedeckt ist. Es ist nicht Sache der Wettbewerbskommission, eine Begründung für die Zulässigkeit einer gemeldeten Abrede zu liefern.

40. Aus diesem Grund gelingt vorliegend der Nachweis nicht, dass keine milderen Alternativen zu einem Konkurrenzverbot bestehen. Das gemeldete Konkurrenzverbot kann somit formell nicht als Nebenabrede qualifiziert werden.

### B.3.2 Weitere Vereinbarungen

41. Soweit ersichtlich enthält Ziff. 14 des Bilan-Kaufvertrags sowie Ziff. 11 des "Contrat de Vente entre ED et TdG concernant le magazine TdA" vom 31. Oktober 2011 (TdA-Kaufvertrag) je eine Bestimmung, in welcher sich ED verpflichtet bis zum endgültigen Vollzug des Vorhabens die Geschäfte von Bilan und TdA im üblichen Rahmen und ohne wesentliche Änderungen zu führen.

42. Nach der Praxis der EU-Kommission ist eine Vereinbarung, wonach bis zur Vollendung eines Zusammenschlusses keine wesentlichen Änderungen am Geschäft des Zielunternehmens vorgenommen werden dürfen, als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig zu erachten.<sup>17</sup>

43. Grundsätzlich erscheint es als sachgerecht, auch an dieser Stelle auf die Praxis der EU-Kommission abzustellen. Allerdings ist festzuhalten, dass es den Parteien im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nach Kartellgesetz ohnehin nicht frei steht, den Verfahrensgegenstand – sprich das Vorhaben, mithin das Zielunternehmen – während der Dauer des Verfahrens zu verändern.

44. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die gemeldeten Vereinbarungen betreffend die vorläufige Geschäftsführung von Bilan und TdA durch ED als Nebenabreden zu qualifizieren sind.

### B.4 Meldepflicht

45. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken

<sup>11</sup> Als Gegensatz zur Verhandlungsmaxime.

<sup>12</sup> Vgl. CHRISTOPH AUER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], 2008, Art. 12 VwVG N 6.

<sup>13</sup> Vgl. AUER (Fn 12), in: Kommentar VwVG, Art. 12 VwVG N 8; ebenso RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, 1996, S 172 f., N 897.

<sup>14</sup> Vgl. AUER (Fn 12), in: Kommentar VwVG, Art. 12 VwVG N 8.

<sup>15</sup> Vgl. RPW 2010/3, 504 Rz 64, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>16</sup> Vgl. RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>17</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 14.

oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der betei-

ligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2010 (in Mio. CHF)

	Tamedia	Bilan und TdA	insgesamt
Schweiz	[...]	[...]	[...]
Weltweit	806,3	[...]	[...]

46. Wie aus Tabelle 1 hervorgeht, sind die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG vorliegend nicht erreicht. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht jedoch ungeachtet des Erreichens dieser Umsatzschwellen eine 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 oder einen solchen Markt betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

47. Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 hat die Wettbewerbskommission in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die Edipresse-Gruppe auf dem Markt für überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und dem Markt für regionale Tageszeitungen der Regionen Genf und Lausanne marktbeherrschend ist.<sup>18</sup> Seit dem Erwerb der Aktienmehrheit an PPSR und der damit verbundenen Übernahme des schweizerischen Geschäfts der Edipresse-Gruppe durch Tamedia entfaltet die rechtskräftige Feststellung der Marktbeherrschung auf den oben genannten Märkten auch Wirkung auf die ganze Tamedia-Gruppe.

48. Gemäss Meldung ist davon auszugehen, dass der Zusammenschluss Märkte betrifft, die dem Markt für überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und dem Markt für regionale Tageszeitungen der Region Genf und Lausanne benachbart sind. Damit sind die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 4 KG erfüllt und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben erweist sich als meldepflichtig.

### B.5 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

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

50. Eine marktbeherrschende Stellung einzelner oder mehrerer Unternehmen besteht, wenn diese 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)

51. Für die Beurteilung der Frage, ob durch den Kontrollwerb von Tamedia über die Unternehmensteile Bilan und TdA eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, ist die Marktstellung der beteiligten

Unternehmen vor und nach dem Zusammenschluss zu vergleichen. Hierzu sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen, wobei sich diese Marktabgrenzung auf die Tätigkeitsbereiche von Bilan und TdA beschränken kann.

#### B.5.1 Marktabgrenzung

52. Im Mittelpunkt des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens stehen die Print- und Online-Aktivitäten der Zeitschriften Bilan und TdA. Das gemeldete Zusammenschlussvorhaben berührt daher im Wesentlichen die Bereiche Finanz- und Wirtschaftspresse, Lifestyle-Presse und Nachrichten-Websites in der französischsprachigen Schweiz.

53. Gemäss konstanter Praxis der Wettbewerbskommission gilt es im Bereich der Printmedien insbesondere zwischen Lesermärkten und Werbemärkten zu unterscheiden. Lesermärkte lassen sich anhand der Charakteristika der einzelnen Printerzeugnisse bestimmen.<sup>19</sup> Dabei sind nebst den eigentlichen Zeitungen (insb. Tageszeitungen, Pendlerzeitungen und Sonntagszeitungen) auch die sogenannten Special-Interest-Titel zu betrachten. Letztere bilden je eigene Lesermärkte, da sie sich an ein spezielles Publikum mit dem vom Titel abgedeckten Interesse richten.<sup>20</sup> Bei der Marktabgrenzung für Special-Interest-Titel kann von den Titelgruppen der WEMF-Klassifikation<sup>21</sup> ausgegangen werden.<sup>22</sup>

54. Die nach Praxis der Wettbewerbskommission abzugrenzenden Werbemärkte lassen sich grundsätzlich ebenfalls anhand der Charakteristika der einzelnen Printerzeugnisse bestimmen. Dies führt nebst verschiedenen Werbemärkten in eigentlichen Zeitungen<sup>23</sup> auch zur Abgrenzung von Werbemärkten in Special-Interest-Titeln.<sup>24</sup> Aufgrund des spezifischen Interesses der Leserschaft kann mit Werbung in Special-Interest-Titeln ein enger eingegrenztes Publikum erreicht werden, womit sich Streuverluste für Werbetreibende reduzieren lassen. Aus diesem Grund ist es sinnvoll, für die verschiedenen Gruppen von Special-Interest-Titeln eigene Werbemärkte abzugrenzen. Auch hier kann auf die Titelgruppen der WEMF-Klassifikation abgestellt werden.

<sup>18</sup> RPW 1998/1, 61 Rz 96, *Le Temps*.

<sup>19</sup> Vgl. RPW 2009/3, 254 Rz 76, *Tamedia/PPSR*.

<sup>20</sup> Vgl. RPW 2009/3, 255 Rz 79, *Tamedia/PPSR*.

<sup>21</sup> Vgl. www.wemf.ch (29.12.2011).

<sup>22</sup> Vgl. RPW 2009/3, 255 Fn 38, *Tamedia/PPSR*.

<sup>23</sup> Üblicherweise wird zwischen nationaler und lokal/regionaler Print-Firmenwerbung unterschieden.

<sup>24</sup> Vgl. RPW 2009/3, 265 Rz 158 ff., *Tamedia/PPSR*.

55. Nebst einem Markt für Print-Firmenwerbung hat die Wettbewerbskommission in ihrer bisherigen Praxis im Werbebereich auch einen Markt für Online-Firmenwerbung abgegrenzt.<sup>25</sup> Ob der Markt für Online-Firmenwerbung weiter zu unterteilen ist, wurde bisher offen gelassen.<sup>26</sup>

56. Darüber hinaus sind von der Wettbewerbskommission im Online-Bereich auch mehrere Nutzermärkte abgegrenzt worden, darunter insbesondere der Nutzermarkt für News-Sites. News-Sites weisen ähnliche Charakteristiken auf wie Zeitungen oder Zeitschriften<sup>27</sup>, mit dem Unterschied, dass die Nachrichten nicht in gedruckter Form, sondern online erhältlich sind.

57. Weiter hat die Wettbewerbskommission auch Märkte für die Nutzer und Leser von Rubrik- und Ankündigungsanzeigen abgegrenzt, welche sowohl den Print- als auch den Online-Bereich umfassen.<sup>28</sup>

#### **B.5.1.1 Sachlich relevante Märkte**

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

- *ausgehend von den Aktivitäten von Bilan*

59. Bilan ist ein vierzehntägig erscheinendes Wirtschaftsmagazin in französischer Sprache. Demnach fällt Bilan in die WEMF-Kategorie Nummer 2311, Finanz- und Wirtschaftspresse. In Bilan kann Firmenwerbung, jedoch können keine Rubrik- oder Ankündigungsanzeigen geschaltet werden. Zudem besteht mit der Domain <www.bilan.ch> eine News-Site auf welcher Online-Firmenwerbung gebucht werden kann, jedoch ebenfalls ohne Rubrik- oder Ankündigungsanzeigen. Daneben erscheint dreimal im Jahr mit der Zeitschrift Luxe par Bilan eine Spezialausgabe von Bilan zu aktuellen Lifestyle-Trends in welcher ebenfalls Firmenwerbung (ohne Rubrik- oder Ankündigungsanzeigen) geschaltet werden kann. Luxe par Bilan fällt in die WEMF-Kategorie Nummer 3156, Lifestyle.

60. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission sind ausgehend von den Aktivitäten von Bilan somit die folgenden Märkte sachlich relevant:

- Lesermarkt für Zeitschriften der Finanz- und Wirtschaftspresse
- Werbemarkt für Print-Firmenwerbung in der Finanz- und Wirtschaftspresse
- Lesermarkt für Lifestyle-Zeitschriften
- Werbemarkt für Print-Firmenwerbung in Lifestyle-Zeitschriften
- Nutzermarkt für News-Sites
- Markt für Online-Firmenwerbung

61. Es stellt sich grundsätzlich die Frage, ob der Nutzermarkt für News-Sites analog zu den Lesermärkten im Print-Bereich weiter unterteilt werden sollte, was vorliegend insbesondere zur Abgrenzung eines Nutzermarktes für News-Sites im Bereich Finanz und Wirtschaft führen würde. Diese Frage kann indes offen bleiben, da

vorliegend so oder anders in diesem Bereich kein betroffener Markt besteht.

- *ausgehend von den Aktivitäten von TdA*

62. TdA ist eine monatlich erscheinende Zeitschrift in französischer Sprache, die sich den Themen Kunst, Uhren und Lifestyle im Generellen widmet. Gleich wie Luxe par Bilan fällt TdA in die WEMF-Kategorie Nummer 3156, Lifestyle. In der Printausgabe kann zwar Firmenwerbung, jedoch können keine Rubrik- oder Ankündigungsanzeigen gebucht werden. Mit der Domain www.tribunedesarts.ch ist TdA auch online präsent. Dabei handelt es sich allerdings nicht um eine News-Site: Online wird im Wesentlichen die inhaltliche Ausrichtung der Printausgabe beschrieben, ergänzt mit Kontaktangaben. Die Website ist zudem werbefrei.

63. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission sind ausgehend von den Aktivitäten von TdA somit die folgenden Märkte sachlich relevant:

- Lesermarkt für Lifestyle-Zeitschriften
- Werbemarkt für Print-Firmenwerbung in Lifestyle-Zeitschriften

#### **B.5.1.2 Räumlich relevante Märkte**

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

65. Sowohl Bilan als auch TdA erscheinen in französischer Sprache und richten sich in erster Linie an Leser in der französischsprachigen Schweiz. Nach der Praxis der Wettbewerbskommission sind die Lesermärkte für Special-Interest-Titel sowie die dazugehörigen Werbemärkte sprachregional abzugrenzen.<sup>29</sup> Dies ergibt für den Lesermarkt für Zeitschriften der Finanz- und Wirtschaftspresse, den Werbemarkt für Print-Firmenwerbung in der Finanz- und Wirtschaftspresse, den Lesermarkt für Lifestyle-Zeitschriften sowie den Werbemarkt für Print-Firmenwerbung in Lifestyle-Zeitschriften einen räumlich relevanten Markt, welcher dem Gebiet der französischsprachigen Schweiz entspricht.

66. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission beurteilt sich die räumliche Relevanz beim Nutzermarkt für News-Sites aufgrund sprachlicher, kultureller und inhaltlicher Faktoren.<sup>30</sup> Vorliegend ist demnach aufgrund der Ausrichtung von www.bilan.ch von einer sprachregionalen Marktabgrenzung auszugehen.

<sup>25</sup> Vgl. RPW 2007/4, 612 Rz 80 f., *Tamedia AG/Espace Media Groupe*.

<sup>26</sup> Vgl. RPW 2009/4, 397 Rz 181, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*.

<sup>27</sup> Vgl. RPW 2009/3, 259 Rz 98, *Tamedia/PPSR*.

<sup>28</sup> Vgl. RPW 2009/3, 259 Rz 103 ff., *Tamedia/PPSR*.

<sup>29</sup> Vgl. RPW 2009/3, 256 Rz 85 und 266 Rz 165 ff., *Tamedia/PPSR*.

<sup>30</sup> Vgl. RPW 2009/3, 259 Rz 101 f., *Tamedia/PPSR*.

67. Betreffend den räumlich relevanten Markt für Online-Firmenwerbung ist festzuhalten, dass das Verbreitungsgebiet der geringen Beschränkung wegen und aufgrund der Ortsunabhängigkeit im Online-Bereich grundsätzlich nicht als Basis für die räumliche Marktabgrenzung dienen kann. Eher bestimmen Faktoren wie kulturelle und sprachliche Gegebenheiten oder regionale, nationale oder internationale Bezüge eines Produktes oder einer Dienstleistung den räumlich relevanten Markt.<sup>31</sup> Vorliegend kann indes in Analogie zur räumlichen Marktabgrenzung beim Nutzermarkt für News-Sites von einem sprachregionalen Markt für Online-Firmenwerbung ausgegangen werden.

### B.5.1.3 Relevante Märkte

68. Im Ergebnis liegen die folgenden relevanten Märkte vor:

- Lesermarkt für Zeitschriften der Finanz- und Wirtschaftspresse in der französischsprachigen Schweiz
- Werbemarkt für Print-Firmenwerbung in der Finanz- und Wirtschaftspresse in der französischsprachigen Schweiz

- Lesermarkt für Lifestyle-Zeitschriften in der französischsprachigen Schweiz
- Werbemarkt für Print-Firmenwerbung in Lifestyle-Zeitschriften in der französischsprachigen Schweiz
- Nutzermarkt für News-Sites in der französischsprachigen Schweiz
- Markt für Online-Firmenwerbung in der französischsprachigen Schweiz

### B.5.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

69. 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 "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.

Tabelle 2: Marktanteile der beteiligten Unternehmen gemäss Meldung

Markt	Marktanteile im Jahr 2010		
	Bilan und TdA	Tamedia	kumulativ
Lesermarkt für Zeitschriften der Finanz- und Wirtschaftspresse in der französischsprachigen Schweiz	[20-30 %]	-	[20-30 %]
Werbemarkt für Print-Firmenwerbung in der Finanz- und Wirtschaftspresse in der französischsprachigen Schweiz	[30-40 %]	-	[30-40 %]
Lesermarkt für Lifestyle-Zeitschriften in der französischsprachigen Schweiz	[20-30 %]	-	[20-30 %]
Werbemarkt für Print-Firmenwerbung in Lifestyle-Zeitschriften in der französischsprachigen Schweiz	[20-30 %]	-	[20-30 %]
Nutzermarkt für News-Sites in der französischsprachigen Schweiz	[0-10 %]	[10-20 %]	[10-20 %]
Markt für Online-Firmenwerbung in der französischsprachigen Schweiz	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]

70. Wie aus Tabelle 2 hervorgeht, stellt vorliegend einzig der Werbemarkt für Print-Firmenwerbung in der Finanz- und Wirtschaftspresse in der französischsprachigen Schweiz einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU dar.

<sup>31</sup> Vgl. RPW 2009/3, 265 Rz 152, Tamedia/PPSR.

Tabelle 3: Marktanteile im betroffenen Werbemarkt für Print-Firmenwerbung in der Finanz- und Wirtschaftspresse in der französischsprachigen Schweiz

		Gesamtmarkt	beteiligte Unternehmen		Grösste aktuelle Konkurrenten		
			Tamedia	Bilan	Agefi	Axel Springer	Publibrands
2010	Tsd CHF	17 700	0	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	0 %	[30-40 %]	[30-40 %]	[20-30 %]	[10-20 %]
2009	Tsd CHF	16 471	0	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	0 %	[30-40 %]	[20-30 %]	[20-30 %]	[10-20 %]
2008	Tsd CHF	21 905	0	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	0 %	[30-40 %]	[30-40 %]	[10-20 %]	[10-20 %]

### B.5.3 Keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

71. Für die Beurteilung der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung sind die Auswirkungen des Zusammenschlusses zu untersuchen. Dabei ist grundsätzlich zwischen horizontalen und nicht-horizontalen Auswirkungen zu unterscheiden.

72. Die horizontalen Auswirkungen eines Zusammenschlusses entstehen durch Marktanteilsadditionen. Dies bedingt, dass die beteiligten Unternehmen vor dem Zusammenschluss auf dem identischen relevanten Markt tätig waren.<sup>32</sup> Nichthorizontale Auswirkungen liegen bei Zusammenschlüssen vor, bei welchen die beteiligten Unternehmen auf vor- oder nachgelagerten beziehungsweise anders benachbarten Märkten tätig sind.<sup>33</sup>

#### Horizontale Auswirkungen

73. Zu Marktanteilsadditionen kann es im betroffenen Markt nicht kommen, da auf diesem von den beteiligten Unternehmen einzig Bilan tätig ist. Der Zusammenschluss hat damit keine horizontale Auswirkung auf den relevanten Werbemarkt für Print-Firmenwerbung in der Finanz- und Wirtschaftspresse in der französischsprachigen Schweiz.

#### Nichthorizontale Auswirkungen

74. Wie vorangehend unter Rz 47 f. ausgeführt, ist Tamedia auf dem Markt für überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und dem Markt für regionale Tageszeitungen der Regionen Genf und Lausanne marktbeherrschend. Diese Märkte sind dem betroffenen Werbemarkt für Print-Firmenwerbung in der Finanz- und Wirtschaftspresse in der französischsprachigen Schweiz benachbart.

75. Wie aus Tabelle 3 hervorgeht besteht mit Agefi im betroffenen Markt ein Wettbewerber mit einem gleich grossen Marktanteil von 30 Prozent. Gemeinsam kommen die drei grössten Konkurrenten von Bilan auf einen Marktanteil von rund 65 Prozent. Aus diesem Grund ist es nicht zu erwarten, dass sich die Stellung von Bilan im betroffenen Markt alleine aufgrund der Marktstellung von Tamedia (insbesondere die erwähnte Marktbeherr-

schung) in den, dem betroffenen Markt vor- oder nachgelagerten bzw. benachbarten Märkten verändert. Es ist davon auszugehen, dass die Konkurrenz von Bilan nach wie vor eine disziplinierende Rolle auf dem Werbemarkt für Print-Firmenwerbung in der Finanz- und Wirtschaftspresse in der französischsprachigen Schweiz spielen wird.

#### Fazit

76. Der zu beurteilende Zusammenschluss begründet oder verstärkt keine marktbeherrschende Stellung in den betroffenen Märkten.

### B.6 Ergebnis der vorläufigen Prüfung

77. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung auf dem Lesermarkt für Zeitschriften der Finanz- und Wirtschaftspresse in der französischsprachigen Schweiz, dem Werbemarkt für Print-Firmenwerbung in der Finanz- und Wirtschaftspresse in der französischsprachigen Schweiz, dem Lesermarkt für Lifestyle-Zeitschriften in der französischsprachigen Schweiz, dem Werbemarkt für Print-Firmenwerbung in Lifestyle-Zeitschriften in der französischsprachigen Schweiz, dem Nutzermarkt für News-Sites in der französischsprachigen Schweiz sowie dem Markt für Online-Firmenwerbung in der französischsprachigen Schweiz begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für die Einleitung eines Prüfungsverfahrens nach Art. 33 KG sind daher nicht gegeben.

<sup>32</sup> Vgl. MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, Art. 10 KG N 99.

<sup>33</sup> Vgl. BSK KG- MEINHARDT/WASER/BISCHOF (Fn 32), Art. 10 KG N104.

B 2.3

**2. Bank Sarasin & Cie AG/B. Safra Luxembourg 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*

*Communication selon l'art. 16 al. 1 OCCE du 30 janvier 2012*

*Prise de position de la Commission de la concurrence du 26 janvier 2012*

**A Faits**

1. Le 4 janvier 2012, le Secrétariat a reçu une notification annonçant que l'entreprise B. Safra Luxembourg SA (ci-après : "B. Safra Lux") a décidé d'acquérir le contrôle exclusif de l'entreprise Bank Sarasin & Cie AG (ci-après : "Sarasin").

2. B. Safra Lux est une société holding de droit luxembourgeois dont l'objet principal est la prise de participations dans des sociétés luxembourgeoises ou étrangères.

3. Le Groupe Safra est implanté en Suisse par l'intermédiaire de la société J. Safra Holding AG sise à Zürich. Cette société a pour but de rationaliser et de renforcer la position du groupe en Europe. Elle détient notamment la société Banque J. Safra (Suisse) SA, laquelle est sise à Genève. Cette entreprise suisse est active sur le marché de la gestion de fortune pour une clientèle privée.

4. Sarasin est une banque privée de droit suisse qui est également active dans le domaine de la gestion de fortune. Elle dispose de 24 représentations en Suisse ainsi que dans plusieurs autres régions du monde. Les activités de Sarasin se concentrent sur trois segments principaux à savoir le "Private Banking", "l'Asset management, products & sales" et les "Trading & family offices". Outre ces activités, Sarasin détient la banque Bank Zweiplus AG, sise à Zürich, dont les activités consistent à proposer des solutions financières à ses clients, lesquels comprennent essentiellement des gérants de fortune, des prestataires de services indépendants ainsi que des établissements offrant des assurances-vie.

5. Sarasin est détenue par IBP Holding B.V. dont la seule vocation est de détenir des parts dans diverses sociétés pour le compte du groupe Rabobank. Celui-ci est un groupe bancaire constitué de nombreuses entités régionales qui sont toutes chapeautées par une organisation nationale du nom de Rabobank Nederland.

6. L'opération de concentration vise à l'aliénation de Sarasin par la vente d'un peu moins de la moitié de son capital-actions soit, plus précisément, 46.07 %. Il s'agit d'une concentration par prise de contrôle exclusif au sens de l'art. 4 al. 3 let. b LCart.<sup>1</sup>

7. L'objectif de la concentration est de permettre à chacune de ces sociétés de bénéficier du réseau établi par l'autre tout en continuant à offrir à leur clientèle respective des prestations et services de qualité. En outre, ces sociétés et leurs groupes étant actifs sur des secteurs géographiques différents, la concentration devrait leur permettre d'opérer sur des marchés complémentaires.<sup>2</sup>

**B Droit****B.1 Applicabilité des prescriptions de la LCart**

8. La présente loi s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart).

**B.1.1 Entreprise**

9. Selon le Message concernant la LCart<sup>3</sup>, celle-ci s'applique à toute entreprise, c'est-à-dire à tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (FF 1995 I 533).

10. Les entreprises qui participent à la concentration tombent ainsi dans le champ d'application de la LCart.

**B.1.2 Prescriptions réservées**

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

**B.1.3 Compétence de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA**

12. Avisée de l'opération de concentration selon la procédure de l'art. 10 al. 3 LCart, la FINMA ne s'est pas saisie du cas.

**B.2 Examen préalable****B.2.1 Marchés pertinents****B.2.1.1 Marché de produits**

13. Selon l'art. 11 al. 3 let. a de l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (ci-après OCCE), les marchés de produits comprennent tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés.

<sup>1</sup> Loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart; RS 251). ainsi que art. 1 de l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises du 17 juin 1996 (OCCE ; RS 251.4).

<sup>2</sup> Sarasin est principalement présente en Europe, au Moyen-Orient et en Asie, alors que le groupe Safra opère principalement sur le marché brésilien et sur certains marchés européens.

<sup>3</sup> Message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence du 23 novembre 1994, FF 1995 I 472.

14. Le marché des services bancaires peut être séparé en plusieurs marchés et sous-marchés distincts, notamment :

15. **La Banque de détail (Retail Banking)**: s'adresse principalement aux individus et aux entrepreneurs individuels. Cette catégorie peut être divisée en de nombreux marchés pertinents selon, d'une part, le type de produit, et d'autre part, le type de demande. Le Private Banking est l'un de ces marchés. Le Private Banking a pour particularité de toucher plusieurs types de fortune. Certains produits et services peuvent être regroupés en une gamme de produits afin de satisfaire une clientèle privée nécessitant plusieurs services bancaires. Dès lors, le marché pertinent peut, dans ces cas, être considéré comme différent.

16. **La banque commerciale (Corporate Banking)**: qui touche les moyennes et grandes entreprises. Les services sont relativement identiques à ceux prestés sur les marchés de la banque de détail. Toutefois, les produits recherchés par les clients ont une vocation opérationnelle et/ou d'investissement.

17. **Les services financiers (Financial services)**: eux-mêmes divisibles en plusieurs sous-marchés tels que:

18. *Les paiements par carte (Payment-card related services)*: consistent à la fois en l'émission de cartes de crédit ou de débit ainsi que tous les services nécessaires au trafic des paiements.

19. *Le Leasing*: regroupe toutes les activités de leasing, c'est-à-dire, portant sur des choses mobilières (véhicules) ou immobilières (leasing immobilier).

20. *L'Asset management*: comprend les activités de gestion de fortune institutionnelle et se concentre sur le marché de la gestion d'actifs détenus par les entreprises et les clients institutionnels.

21. *Les services financiers (Financial Market Services)*: à savoir les services portant sur les échanges boursiers nationaux et internationaux ainsi que sur le commerce de devises.

22. *La banque d'investissement (Investment Banking)*: permet aux opérateurs de recevoir un service portant sur des investissements (notamment, offre public d'achat, conseils en matière de fusions et acquisitions) et d'émettre des titres.

23. Les entreprises ont proposé de ne pas séparer les marchés pour le Private Banking et l'Asset management en arguant que les approches choisies pour ces deux domaines en matière d'offre de produits et de services sont essentiellement semblables. Toutefois, la pratique de la COMCO différencie lesdits marchés comme deux catégories, notamment parce que les besoins des clients institutionnels, des entreprises et des personnes privées ne sont pas identiques. En outre, les banques organisent souvent leurs structures et leurs personnels de manière spécifique pour répondre à ces différents besoins. Le Private Banking constitue la première catégorie et s'adresse à des clients privés et particuliers alors que l'Asset management s'adresse aux investisseurs institutionnels, aux entreprises ainsi qu'aux organismes étatiques.<sup>4</sup>

24. Ces distinctions correspondent également à la pratique des autorités de la concurrence européennes qui divisent les services bancaires de la même manière.<sup>5</sup>

25. Les activités de Private Banking, c'est-à-dire, les activités de gestion de fortune pour les privés sont regroupées dans la banque de détail. Les activités de l'Asset management, concernent la gestion de fortune institutionnelle. Cette gestion d'actifs peut être divisée en trois catégories à savoir la gestion de portefeuille, la gestion des fonds communs et l'activité de capital-investissement. La délimitation des marchés pertinents à l'intérieur de ces catégories peut encore être affinée.

26. En l'espèce, les entreprises concentrent leurs activités sur le marché du Private Banking. D'une part, en Suisse, le Groupe Safra par l'intermédiaire de la Banque J. Safra (Suisse) SA, quoi que actif sur d'autres marchés, notamment celui de l'Asset management, concentre essentiellement ses activités dans le domaine du Private Banking. D'autre part, Sarasin est principalement active dans le domaine du Private Banking qui représente indéniablement le cœur de ses activités, comptant pour plus du 70 % de ses revenus bruts. Contrairement au Groupe Safra, Sarasin est également active dans la gestion de fortune applicable aux clients institutionnels ainsi que dans les opérations de négoce et d'investissement.

27. La concentration touche ainsi essentiellement le marché du Private Banking et, dans une moindre mesure, le marché de l'Asset management.

#### B.2.1.2 Marché géographique

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

29. Les entreprises considèrent que le marché géographique est international en arguant que la clientèle décide fréquemment de bénéficier de l'expertise des banques suisses pour le placement et la gestion de patrimoine au vu, notamment, de leurs réputation de rigueur, d'efficacité et de professionnalisme. Une différence doit être effectuée selon que l'on se place du côté de l'offre ou de la demande.

30. En l'occurrence, l'offre est concrétisée par la distribution de produits et de services financiers qui ont pour but de répondre aux besoins des clients. Dès lors, l'offre doit être considérée comme nationale ou internationale, la distribution desdits produits et services pouvant intervenir tant sur un plan national que dans le monde entier.

31. La demande consiste en la prestation de services de gestion et de conseils, par les banques pour des opérateurs privés ou institutionnels. Elle doit être qualifiée de régionale ou nationale, les clients privilégiant dans la plupart des cas les banques qui leur sont le plus accessibles. En outre, l'Autorité française de la concurrence a

<sup>4</sup> DPC 2009/1, 68 N 41, *BNP Paribas / Fortis*.

<sup>5</sup> Notamment, Commission européenne, COMP/M.4844, JO 2007 L 2985, point 12, *Fortis/ABN AMRO Assets*.

déjà noté, s'agissant tant des services bancaires aux particuliers qu'aux PME, que la proximité des agences était un facteur important compte tenu du poids de l'aspect relationnel.<sup>6</sup>

32. Ainsi, la question peut demeurer ouverte, tant pour le marché du Private Banking, que pour celui de l'Asset management. Toutefois, dans le cadre de cet examen préalable, le marché géographique sera qualifié de national pour les deux cas.

### B.2.2 Position future des entreprises participantes sur les marchés affectés

33. Les entreprises ont souhaité opérer une délimitation stricte du marché en se limitant à la part de marché en Suisse en termes de produits bruts. Elles ont également

#### Tableau 2<sup>7</sup>

Estimation de la taille totale du marché en Suisse en termes de produit brut							
Marché de produits	Produit brut			Parts de marché (en %)			
	Entreprises	Groupe Safra	Sarasin	Combiné	Groupe Safra	Sarasin	Combiné
Asset management au sens large / Total	[...]	[...]	[...]	[...]	Inférieur à 5 %	Inférieur à 5 %	Inférieur à 5 %
Asset management au sens étroit	[...]	[...]	[...]	[...]	...	Inférieur à 5 %	Inférieur à 5 %
Private banking	[...]	[...]	[...]	[...]	Inférieur à 5 %	Inférieur à 5 %	Inférieur à 5 %
Corporate and commercial banking	[...]	[...]	[...]	[...]	Inférieur à 5 %	Inférieur à 5 %	0-10 %
Trade and interest operations	[...]	[...]	[...]	[...]			

différencié les marchés du Private Banking et de l'Asset management tout comme elles ont décidé de présenter leurs activités sur les autres marchés de services financiers, à savoir sur le marché du "Corporate commercial finance" et sur le marché du "Trade and interest operations" afin de démontrer que leur concentration n'affecterait pas l'un ou l'autre des marchés.

34. Selon l'art. 11 al. 1 let. d OCCE, il faut, pour admettre une affectation de la concurrence, que les entreprises détiennent, individuellement ou collectivement, une part de marché supérieure à 20 % ou sur lesquels la part de marché en Suisse de l'une des entreprises participantes et de 30 % au plus.

35. En l'espèce il apparaît que les parts de marché des entreprises concernées sont les suivantes:

36. Dès lors, il n'y a pas lieu de conclure à ce que les parts de marché des entreprises parties à la concentration atteignent les minima susmentionnés.

#### I. Concurrence actuelle

37. La concurrence actuelle est très développée et la concentration n'affectera que peu cet état de faits. De plus, les deux marchés concentrent une grande quantité d'opérateurs parmi lesquels des banques mais également beaucoup d'indépendants.

#### II. Concurrence potentielle

38. Pour les mêmes motifs, il n'y a pas lieu de conclure à une appréciation négative de la concurrence potentielle.

#### C Conclusion

39. L'examen préalable n'a fait apparaître aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder

à un examen approfondi de l'opération de concentration au sens de l'art. 10 LCart.

<sup>6</sup> Autorité française de la concurrence, Décision N 09-DCC-16 du 22 juin 2009 relative à la fusion entre les groupes Caisses d'épargne et Banque Populaires, point 137.

<sup>7</sup> Le tableau suivant indique les parts de marché des entreprises sur les marchés pertinents ainsi que leurs positions futures sur ces marchés.

B 2.3

### 3. PTT Global Chemical Company Ltd/Perstorp Holding AB/Perstorp Holding France SAS

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

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

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

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 9. Februar 2012*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 8. Februar 2012*

1. Am 18. Januar 2012 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Demnach beabsichtigt die PTT Global Chemical Public Company Limited (PTT GC) den indirekten Erwerb von 51 % der Anteile durch die PTT GC International (Netherlands) B.V. (PTT GC BV), mit Sitz in Frankreich. Als Resultat des Zusammenschlusses wird PTT GC indirekt durch ihre Tochtergesellschaft 51 % der Aktien der Zielgesellschaft halten. 49 % der Aktien verbleiben bei der Muttergesellschaft der Zielgesellschaft, nämlich der Perstorp Holding AB, mit Sitz in Schweden.

2. PTT GC BV gehört via PTT Chemical International Pte. Ltd. (CH Inter) zu 100 % der PTT GC, welche ihrerseits wiederum zu 48.92 % von PTT Public Company Limited (PTT PC) gehalten wird. 4.59 % der Aktien an der PTT GC werden von Thai NVDR Company Ltd. gehalten, die aber aufgrund gesetzlicher Beschränkungen ihre Stimmrechte nicht ausüben kann. Die restlichen Anteile werden von 71'000 Aktionären gehalten. Die tatsächliche Mehrheitsstellung an der PTT GC hat die PTT PC. Die PTT PC wiederum wird zu 51 % von dem thailändischen Finanzministerium gehalten und ist ein unabhängiges Unternehmen mit autonomer Entscheidungsbefugnis. PTT GC ist Teil des Petrochemikalien-geschäfts von PTT PC. Das Petrogeschäft umfasst folgende Tätigkeiten:

- Produktion von Chemikalien;
- Raffination von Aromata;
- Veredelung von Petroleum;
- Erbringung diverser Dienstleistungen im Bereich von Umweltschutz, Instandhaltung und Technik, wie auch Transport via Pipeline.

3. Die Zielgesellschaft Perstorp Holding France SAS ist zu 100 % eine Tochtergesellschaft der Perstorp Holding AB. Perstorp Holding AB wird von verschiedenen Fonds

gehalten, welche sich alle im Besitz der PAI Partner befinden, womit die PAI Partners die Perstorp Holding AB indirekt zu 100 % beherrscht. Als oberste Konzerngesellschaft gilt somit die PAI Partners. Die Perstorp Holding France SAS produziert 2.4-Toluol Diisocyanatisomer (2.4 TDI) und 2.6-Toluol Diisocyanatisomer (2.6 TDI), sowie raffiniertes TDI, HDI und IPDI, Chloralkali. Das produzierte TDI (2.4 TDI, 2.6 TDI und raffiniertes TDI) wird hauptsächlich für die Produktion von Polyurethanschaumstoffen und -beschichtungen gebraucht und für die Herstellung von Matratzen, Autositzen und Möbeln verwendet. Ferner produziert die Zielgesellschaft HDI und IPDI, welches zum grössten Teil für die Herstellung von Derivaten benutzt wird. Ein geringer Anteil von HDI und IPDI als auch von TDI wird für Polyurethanbeschichtungen verwendet. HDI und IPDI wird an Hersteller von Beschichtungs- und Klebstoffen verkauft. Die Zielgesellschaft produziert auch Chloralkali, welches hauptsächlich für die eigene Produktion von HDI und IPDI verwendet wird.

4. Perstorp Holding AG beabsichtigt ihre Produktion zu verbessern und zugleich in den massgeblichen Märkten zu wachsen. PTT GC ihrerseits wird dadurch die Möglichkeit eingeräumt, ins Isocyanat-Geschäft einzusteigen und zugleich Zugang zu einer internationalen Präsenz und Kundenbasis zu erhalten.

5. Das Zusammenschlussvorhaben war laut Angabe der meldenden Unternehmen bei der Europäischen Kommission nicht meldepflichtig. Meldepflicht bestand in Österreich, Deutschland, Spanien und Zypern.

6. Eine räumliche Marktabgrenzung konnte im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben offen gelassen werden. Die Marktanteile der Zielgesellschaft in den sachlich relevanten Märkten werden im EWR-weiten TDI-Markt ein schliesslich der Schweiz auf ca [10 % - 20 %], im HDI und IPDI-Markt bei ca [20 % - 30 %] geschätzt. Im Markt für Chloralkali wird der Marktanteil auf weniger als [0 % - 1 %] geschätzt.

7. PTT GC ist in keinem Markt der Zielgesellschaft tätig. Es kommt daher in diesen Märkten zu keinen Marktanteilsadditionen.

12. Es kann daher von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden und eine nähere Prüfung des aktuellen und potentiellen Wettbewerbs erübrigt sich. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

**4. Sony Corporation/Sony Ericsson Mobile Communications AB**

*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*

1. Am 29. Dezember 2011 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über das rubrizierte Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt Sony Corporation (Sony) die Übernahme der alleinigen Kontrolle über Sony Ericsson, welche bisher von Sony und Ericsson gemeinsam kontrolliert wurde.

2. Sony ist die Muttergesellschaft der Sony Gruppengesellschaften. Sie ist direkt oder über ihre Tochtergesellschaften weltweit in verschiedenen Geschäftsbereichen tätig, insbesondere in den Bereichen elektronische Produkte (u.a. Audio, Video, TV, Fotokameras, Camcorder, PC, Tablets, Halbleiter und Komponenten), Spiele (Spielkonsolen und Software) und Unterhaltung (insb. Kinofilm, TV-Programme, Tonträgerindustrie, Musikverlag).

3. Sony Ericsson ist ein von Sony und Ericsson im Jahr 2001 gegründetes Vollfunktions-Joint Venture, welches in der Entwicklung, Herstellung und dem Verkauf von Mobiltelefonen tätig ist.

4. Mit der Gründung von Sony Ericsson war beabsichtigt, die Mobiltelefonbereiche von Sony und Ericsson zusammenzufassen und neue Multifunktionsmobiltelefone zu entwickeln. Angesichts der stark rückläufigen Verkäufe von herkömmlichen Mobiltelefonen hat Sony Ericsson in den letzten Jahren angefangen, ihr Angebot auf Smartphones umzustellen, womit die Synergien zwischen Sony Ericsson und Ericsson abgenommen haben. Mit der vorliegenden Transaktion sollen die Smartphones von Sony Ericsson enger in den Geschäftsbereich von Sony mit netzwerkverbundenen Elektronikgeräten integriert werden.

5. Das Zusammenschlussvorhaben wurde auch bei der Europäischen Kommission gemeldet und mit Entscheid vom 26. Januar 2012 bewilligt.

6. Sony Ericsson hat im Markt für Mobiltelefone einen geschätzten Marktanteil von < 15 %. Sony stellt selber

keine Mobiltelefone her. Es kommt daher in diesem Bereich zu keinen Marktanteilsadditionen.

7. Im Bereich der Komponenten (insb. Bildsensoren, Kameramodule, Flüssigkristallbildschirme und Batterien für Mobiltelefone) ist nur Sony, nicht aber Sony Ericsson tätig. Sony Ericsson ist jedoch Abnehmerin von Komponenten von Sony.

8. Sony liefert Komponenten nur in geringen Mengen nach Europa und insbesondere werden keine Komponenten an Sony Ericsson in Europa geliefert. In Anbetracht der vernachlässigbaren Marktanteile von Sony im Bereich der Komponenten in Europa erübrigt sich eine genaue Marktabgrenzung.

9. Im Bereich der Musik- und audiovisuellen Inhalte ist praxisgemäss zu unterscheiden zwischen physischem Vertrieb und der Verbreitung über Internet-Downloads oder Streaming. Im Zusammenhang mit Mobiltelefonen sind vorliegend nur die letztgenannten Vertriebsformen relevant. Sony ist in der Schweiz zum jetzigen Zeitpunkt im Bereich Online-Vertriebsplattformen für Musik- oder Videoangebote nicht tätig. Demnach verfügt Sony über keine Marktanteile in diesen Märkten.

10. Im Bereich des Online-Vertriebs von Spielinhalten für Mobiltelefone erfolgt der Vertrieb hauptsächlich über Onlineshops. Sony vertreibt seine Spiele, welche auf Mobiltelefonen gespielt werden, über Dritt-Onlineshops; PlayStation® Suite-kompatible Spiele werden in der Schweiz derzeit nur über den Android Market, nicht jedoch über den PlayStation® Store, angeboten. Sony verfügt zudem beim Online-Vertrieb von Spielen nur über geringe Marktanteile.

11. Im Bereich der Unterhaltungselektronik (z. B. Digitalkameras, Spielkonsolen, Audio- und Heimkinosysteme) bestehen keine vertikalen Verbindungen zu Mobiltelefonen.

12. Es kann daher von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden und eine nähere Prüfung des aktuellen und potentiellen Wettbewerbs erübrigt sich. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

**5. Apax Partners LLP/Orange Communications S.A.**

*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 16. Februar 2012*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 14. Februar 2012*

**A Sachverhalt****A.1 Das Vorhaben und die involvierten Unternehmen**

1. Am 18. Januar 2012 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Demnach beabsichtigt Apax Partners LLP (nachfolgend: Apax) über die Tochtergesellschaft Olympus Bidco S.A. (nachfolgend: Olympus Bidco) Orange Communications S.A. (nachfolgend: Orange) von der Atlas Services Belgium S.A. (nachfolgend: Atlas) – einer Tochtergesellschaft der France Télécom S.A. (nachfolgend: France Télécom) zu übernehmen.<sup>1</sup>

**A.1.1 Apax Partners LLP, Apax Europe VII, Olympus Bidco S.A.**

2. Apax ist eine britische LLP (limited liability partnership) mit Sitz in London. Gemäss eigenen Angaben

ist sie Muttergesellschaft von mehreren Gesellschaften, die Investmentmanagement- und Investmentberatungsdienstleistungen gegenüber Private Equity Fonds erbringen, welche mehrheitlich in Europa in verschiedenen Industriesektoren (Technologie und Telekom, Handel und Konsument, Medien, Gesundheitspflege sowie Finanz- und Unternehmensdienstleistungen) investieren. Apax wirke direkt oder indirekt (mittels Gruppengesellschaften) als [...] Investment-Manager für Apax Europe VII und weitere Private Equity Fonds.<sup>2</sup>

3. Apax Europe VII – ein Private Equity Fonds – besteht gemäss den Ausführungen einer im Verlaufe des Verfahrens bei den Vertretern von Apax eingeholten Information vom 20. Januar 2012 aus [...].

4. Zwischen Apax Europe VII bzw. Apax und Olympus Bidco – der Käuferin von Orange – besteht gemäss der Meldung folgende Beteiligungsstruktur: [...].

**A.1.2 France Telecom S.A., Atlas Services Belgium S.A. und Orange Communications S.A.**

5. Orange ist ein Telekommunikationsdienstleistungsunternehmen, welches zur Zeit von Atlas – einer zu 100 % von France Télécom kontrollierten Tochtergesellschaft – gehalten wird. Orange ist im Wesentlichen im Bereich der Mobiltelefonie für Privat- und Geschäftskunden wie auch in den Bereichen Festnetztelefonie, Internet und TV tätig.<sup>3</sup>

6. Gemäss Meldung hält Orange folgende Beteiligungen<sup>4</sup>:

Tabelle 1: Beteiligungen von Orange

Telefongesellschaft / Beteiligung	Beteiligungshöhe
Orange Network S.A.	[...]
Orange Liechtenstein AG	[...]
Teldas GmbH	[...]

7. Die Haupttätigkeit von Atlas besteht gemäss Meldung im Halten und Finanzieren von Beteiligungen an bestimmten Tochtergesellschaften von France Télécom.<sup>5</sup>

8. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben hat auch einen Eigentümerwechsel der Konzessionen zur Folge, welcher vom Bundesamt für Kommunikation (Bakom) und von der eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) bestätigt werden muss. Ein Entscheid des BAKOM steht zum Zeitpunkt der Verfügung noch aus. Aus Beilage 5.2(a) des Zusammenschlussvertrages ist ersichtlich, dass die Parteien das Zusammenschlussvorhaben auch den österreichischen Wettbewerbsbehörden gemeldet haben. Ein diesbezüglicher Entscheid steht bis zum Zeitpunkt des Entscheids aller-

dings noch aus. Gemäss Meldung werde das Vorhaben überdies in Italien und Brasilien gemeldet.<sup>6</sup> Über einen allfälligen Entscheid dieser Behörden ist jedoch bis anhin nichts bekannt.

<sup>1</sup> Meldung vom 18. Januar 2012 (nachfolgend: Meldung), Rz. 23 f.

<sup>2</sup> Meldung, Rz. 3 f.

<sup>3</sup> Meldung, Rz. 10.

<sup>4</sup> Meldung, Rz. 11.

<sup>5</sup> Meldung, Rz. 17.

<sup>6</sup> Meldung, Rz. 33.

## A.2 Art und Ziele des Zusammenschlusses

9. Bei dem gemeldeten Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um einen Aktienkauf. Apax erwirbt durch ihre Tochtergesellschaft Olympus Bidco von der Atlas 100 % der Aktien von Orange, um damit die alleinige Kontrolle über diese zu erhalten.<sup>7</sup> France Télécom konzentrierte sich in Europa auf die Schaffung eines Beteiligungsportfolios, welches Vollanbieter umfasse, die entweder eine führende oder starke Position im von ihr bedienten Markt hätten. In der Schweiz sei dies bei Orange jedoch nicht der Fall. Daher könnten Dritte das Potential von Orange in der Schweiz besser ausschöpfen. Für Apax stelle die Transaktion eine finanzielle Investition dar.<sup>8</sup>

10. Die Basis für den Verkaufspreis bildet der Unternehmenswert in Höhe von [...], welcher zur Berechnung des tatsächlichen Kaufpreises an den Rechnungsabschluss und den Schuldenstand zum Datum des Vollzugs des Unternehmenskaufs angepasst wird. Für dessen detaillierte Berechnungsweise wird auf die entsprechenden Vertragsbestimmungen verwiesen.<sup>9</sup> [...]

11. [...]

## A.3 Das Verfahren

12. Am 9. Januar 2012 ging beim Sekretariat ein Meldungsentwurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein. Apax stellte dabei u.a. den Antrag auf Einreichung einer erleichterten Meldung.<sup>10</sup> Mit Schreiben vom 16. Januar 2012 nahm das Sekretariat zum Meldungsentwurf Stellung.

13. Mit Eingabe vom 18. Januar 2012 reichte Apax die Meldung gemäss Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 Bst. b der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) ein. In der Meldung wird im Wesentlichen beantragt, es sei auf die Einleitung einer Prüfung im Sinn von Art. 33 KG zu verzichten.

14. Mit Schreiben vom 19. Januar 2012 bestätigte das Sekretariat den Eingang und mit Schreiben vom 25. Januar 2012 die Vollständigkeit der Meldung.

15. Gemäss Art. 20 Abs. 1 VKU beginnt die Frist von einem Monat für die Einleitung des Prüfungsverfahrens am Tag nach Eingang der vollständigen Meldung, im vorliegenden Fall daher am 19. Januar 2012, und endet im Prinzip am 18. Februar 2012. Da der 18. Februar 2012 aber auf einen Samstag fällt, ist der Fristablauf erst am 20. Februar 2012 (Art. 20 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren).

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

16. 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). Im vorliegenden Fall liegt die Beteiligung an einem Unternehmenszusammenschluss vor.

### B.1.1 Unternehmen

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

### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

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

19. Durch den Erwerb von 100 % der Aktien von Orange erlangt Olympus Bidco (und damit Apax) die Eigentumsrechte an der Gesamtheit des Vermögens des Unternehmens. Damit erfüllt die Transaktion die Bedingungen von Art. 1 Bst. a VKU, was dazu führt, dass der Kauf als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu qualifizieren ist.

### B.2 Vorbehaltene Vorschriften

20. Gesetzlich vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG sind im vorliegenden Fall weder ersichtlich noch wurden solche von den Parteien geltend gemacht.

### B.3 Nebenabreden

21. Zu prüfen ist, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden<sup>11</sup> enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen.<sup>12</sup> Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid.<sup>13</sup> Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.

<sup>7</sup> Meldung, Rz. 23.

<sup>8</sup> Meldung, Rz. 28 f.

<sup>9</sup> Meldung, Beilage 7 (nachfolgend: Share Purchase Agreement), S. 9 ff.

<sup>10</sup> Meldungsentwurf vom 9. Januar 2012.

<sup>11</sup> Gemeint ist eine wettbewerbsbeschränkende Abrede. Liegt keine Wettbewerbsbeschränkung vor, so erübrigt sich jede weitere Prüfung (vgl. JÜRGEN BORER/JUHANI KOSTKA, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, Art. 32 KG N 89).

<sup>12</sup> Vgl. MICHAEL LEUPOLD, Sind Konkurrenzverbote Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes?, SZW 3/99, 150; ANDRAS PALASTHY, Droit des cartels, clause de non-concurrence et restrictions accessoires: une jurisprudence critiquable, in Bull. CEDIDAC n° 31, Juni 1999, p. 1.

<sup>13</sup> Vgl. PHILIPP ZURKINDEN, Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in der Schweiz und das neue schweizerische Kartellgesetz, 1999, 157 f.

22. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die Wettbewerbskommission ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich nach der Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind<sup>14</sup> (EU-Bekanntmachung) gerichtet.<sup>15</sup> Darüber hinaus erfolgte bisher noch kein explizites Abstellen auf die EU-Bekanntmachung.

23. Wettbewerbsabreden können nur dann als "mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden" angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.<sup>16</sup>

24. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungewisseren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.<sup>17</sup>

25. In der Meldung wird betreffend Nebenabreden nichts ausgeführt. Aus Beilage 8.4 ist jedoch ersichtlich, dass France Télécom und die Käuferin ein Konkurrenzverbot vereinbart haben. Auf schriftliche Nachfrage<sup>18</sup> teilte der Rechtsvertreter von Apax telefonisch mit, dass die am Zusammenschluss beteiligten Parteien auf eine Beurteilung der Nebenabreden verzichten. Entsprechend wird von deren Prüfung abgesehen.

#### B.4 Meldepflicht

26. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG). Die beteiligten Unternehmen bestimmen sich vorliegend nach Massgabe von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU. Demgemäss gelten bei der Erlangung der Kontrolle sowohl die kontrollierenden als

auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen.

27. Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei Olympus Bidco um eine von Apax kontrollierte Tochtergesellschaft.<sup>19</sup> Dementsprechend sind die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen Apax (mittels Olympus Bidco) als das kontrollierende Unternehmen und Orange (als das kontrollierte Unternehmen).

28. Der weltweite Umsatz von Apax für das Geschäftsjahr 2010 betrug gemäss Meldung CHF [...] Mio., wobei der in der Schweiz erzielte Umsatz CHF [...] Mio. betrug.<sup>20</sup>

29. Der weltweite Umsatz von Orange für das Geschäftsjahr 2010 betrug gemäss Meldung CHF 1'295 Mio., wobei der in der Schweiz erzielte Umsatz CHF 1'251 Mio. betrug.<sup>21</sup>

30. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind damit erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

#### B.5 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

31. Gemäss Art. 10 Abs. 1 KG unterliegen meldepflichtige Zusammenschlüsse der 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.

32. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

33. In der Regel sehen sich Unternehmen in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

34. Hierzu sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

##### B.5.1 Sachlich und räumlich relevante Märkte

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

<sup>14</sup> ABl. C 56/24 vom 5.3.2005.

<sup>15</sup> RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>16</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.

<sup>17</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.

<sup>18</sup> Schreiben vom 25. Januar 2012.

<sup>19</sup> Vgl. oben Rz 1 f.

<sup>20</sup> Meldung, Rz 30.

<sup>21</sup> Meldung, Rz. 30.

36. Gemäss konstanter Praxis unterscheidet die WEKO im Telekommunikationsbereich im Wesentlichen zwischen folgenden Märkten: Festnetztelefoniemarkt, Breitbandinternetmarkt, Wholesale-Markt für Breitbandinternet, Markt für (TV-) Mehrwertdienste, Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen, Markt für Mobilfunkgeräte, Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen, Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze, Markt für Mobilterminierung, Wholesalemarkt für internationales Roaming.<sup>22</sup> Auf eine weitergehende Unterteilung der Märkte kann für die Zwecke der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens verzichtet werden.

37. Im TV-Bereich unterscheidet die WEKO in ihrer Praxis den Markt für PayTV, für FreeTV, für die Beschaffung von Premium Content und für die Übertragung von TV-Signalen sowie die Weiterverbreitung von Pay TV Programmen.<sup>23</sup>

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

## B.5.2 Telekommunikationsbereich

### B.5.2.1 Festnetztelefoniemarkt

#### B.5.2.1.1 Sachlich relevanter Markt

39. Gemäss Praxis der WEKO bilden Festnetztelefoniedienstleistungen einen eigenen Markt.<sup>24</sup>

40. Endkunden fragen typischerweise an einem bestimmten Standort eine für Sprachtelefonie geeignete Verbindung zum öffentlichen Telefonnetz für abgehende und eingehende Anrufe sowie die Bereitstellung weiterer Dienste nach. Damit eine solche Verbindung erfolgen kann, wird ein Anschluss benötigt, wobei es sich bei standortgebundenen Zugängen in der Regel um einen Festnetzanschluss handelt.<sup>25</sup>

41. Ausgehend von Sprachtelefoniedienstleistungen ist generell festzustellen, dass Telefonieren über das Festnetz in der Regel günstiger ist als das Mobiltelefonieren, respektive dass kaum Preiskorrelationen oder gleichläufige Preisentwicklungen bestehen, was gegen eine Substituierbarkeit spricht. Ebenso lässt sich feststellen, dass das erhebliche Wachstum der Anzahl Mobilfunkanschlüsse zu keinem signifikanten Rückgang der Anzahl Festnetzkunden geführt hat.<sup>26</sup>

42. Ausgehend von Festnetzanschlüssen ist zu fragen, welche Anschlüsse geeignet sind, Sprachtelefonie zu übertragen. Das Übertragen von Sprachtelefonie ist ohne Weiteres basierend auf dem ursprünglichen dafür konzipierten, mehrheitlich aus Kupferkabel bestehenden Anschlussnetz von Swisscom möglich. Mittel IP-Telefonie besteht neben der traditionellen Sprachtelefonie die Möglichkeit über einen Breitbandzugang zu telefonieren. In der Regel wird für IP-basierte Sprachtelefonie der in verschiedenen Zusammenhängen verwendete Begriff VoIP (Voice over IP) benutzt. VoIP wird in der Schweiz mittlerweile von mehreren Fernmeldedienstleistern, darunter auch Kabelnetzunternehmen, angeboten.<sup>27</sup> Mit der Umstellung auf Glasfasertechnologie (FTTH) wird in mittlerer Zukunft zu erwarten sein, dass

vermehrt IP-basierte Sprachtelefonie zum Einsatz kommen wird.

43. Praxisgemäss umfasst der relevante Markt drahtgebundene Festnetzanschlüsse, welche zur Übertragung von Sprachtelefonie geeignet sind, wobei im Fall der IP-basierten Übertragung ein Breitbandanschluss notwendig ist.<sup>28</sup>

#### B.5.2.1.2 Räumlich relevanter Markt

44. Die Festnetztelefonie basiert auf dem Festnetzmarkt der Schweiz und ist fernmelderechtlich auf den schweizerischen Markt beschränkt. Zudem bieten die Fernmeldedienstleister der Schweiz ausschliesslich innerhalb der Schweiz Dienstleistungen an. Es ist folglich von einem nationalen Markt für Festnetztelefonie auszugehen.<sup>29</sup>

## B.5.2.2 Breitbandinternet-Markt

### B.5.2.2.1 Sachlich relevanter Markt

45. Der Breitbandinternetkundenmarkt umfasst sämtliche Endkunden, welche eine breitbandige Verbindung ins Internet nachfragen, und sämtliche Anbieter, die eine solche Verbindung ins Internet anbieten. Bei Internetverbindungen kann grundsätzlich zwischen einer Dial-up- und einer Breitbandverbindung unterschieden werden. Eine Dial-up-Verbindung verwendet die tiefen Frequenzen des Kupferkabels (also die gleichen Frequenzen wie die traditionelle Sprachtelefonie). Hingegen verwenden Breitbandverbindungen in der Regel die höheren Frequenzen des Kupferkabels oder andere Technologien, welche eine hohe Datenübertragungsrate ermöglichen (z. B. CATV, Glasfaser, etc.). Dies erlaubt bei Breitbandverbindungen parallel traditionelle Sprachtelefonie über Kupferkabel und Internetnutzung, was bei Dial-up-Verbindungen nicht möglich ist.

<sup>22</sup> RPW 2010/4, 777 ff. Rz 29 ff., CVC/Sunrise; RPW 2008/4, 669 ff. Rz 20 ff., Sunrise/Tele2; RWP 2008/2, 343 ff. Rz 26 ff., Swisscom/The Phone House; RPW 2008/1, 223 ff. Rz 11 ff., Gutachten TDC Switzerland vs. Swisscom Fixnet betreffend schnellen Bitstromzugang; RPW 2007/2, 252 ff. Rz 67 ff., Terminierung Mobilfunk; RPW 2006/4, 740 ff. Rz 18 ff., Gutachten Interkonkurrenzverfahren (Gutachten); RPW 2006/3, 473 f. Rz 35 ff.; Swisscom Fixnet/Betty Holding; RPW 2006/2, 250 ff. Rz 30 ff., Swisscom Fixnet/Cybernet.

<sup>23</sup> RPW 2005/2, 365 Rz 36 ff., Swisscom – Cinetrade.

<sup>24</sup> RPW 2010/4, 777 Rz 31, CVC/Sunrise; RPW 2008/4, 669 ff. Rz 25 ff., Sunrise/Tele2; RWP 2008/2, 343 ff. Rz 26 ff., Swisscom/The Phone House; RPW 2006/2, 252 Rz 48, Swisscom Fixnet/Cybernet (mit weiteren Hinweisen).

<sup>25</sup> RPW 2010/4, 777 Rz 32, CVC/Sunrise; RPW 2008/4, 670 Rz 25, Sunrise/Tele2; RPW 2005/3, 590 Rz 18, Gutachten Cablecom vs. Swisscom Fixnet betreffend Portierung von Einzelnummern (Cablecom vs. Swisscom).

<sup>26</sup> RPW 2010/4, 777 Rz 33, CVC/Sunrise; RPW 2008/4, 670 Rz 26, Sunrise/Tele2; RPW 2005/3, 590 Rz 19, Cablecom vs. Swisscom.

<sup>27</sup> RPW 2010/4, 777 Rz 34, CVC/Sunrise; RPW 2008/4, 670 Rz 28, Sunrise/Tele2; RPW 2005/3, 590 Rz 22 f., Cablecom vs. Swisscom.

<sup>28</sup> RPW 2010/4, 778 Rz 35, CVC/Sunrise; RPW 2008/4, 670 Rz 29, Sunrise/Tele2; RPW 2005/3, 590 Rz 28, Cablecom vs. Swisscom.

<sup>29</sup> RPW 2010/4, 778 Rz 36, CVC/Sunrise; RPW 2008/4, 670 Rz 37, Sunrise/Tele2; RPW 2007/2, 314 Rz 35, Swisscom/Fastweb (mit weiteren Hinweisen); RPW 2006/2, 253 Rz 54, Swisscom Fixnet/Cybernet.

46. Die internationale Fernmeldeunion (ITU) definiert einen Dienst oder ein System als breitbandig, wenn die Datenübertragungsrate 2048 kbit/s übersteigt. Bei kleineren Bandbreiten wird von Dial-up-Verbindungen gesprochen. Diese erlauben Geschwindigkeiten bis 56 kbit/s ohne und 128 kbit/s mit ISDN-Modem.<sup>30</sup> Zwar ist der sachlich relevante Markt für Dial-up-Verbindungen nicht im Breitbandinternetmarkt enthalten, dennoch wird – aufgrund seiner geringen Bedeutung – auf eine gesonderte Betrachtung verzichtet.

47. Der relevante Markt umfasst aus Sicht der Endkunden den Zugang zu Breitbanddiensten. Hierzu gehören die leitungsgebundene Bereitstellung eines Internetzugangs, welche auf dem Netz und insbesondere der Kupferleitung von Swisscom beruhen sowie CATV, PLC und Glasfaser.<sup>31</sup>

48. Auf weitere Marktabgrenzungen kann vorliegend verzichtet werden, da in diesem Bereich insgesamt keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf das Zusammenschlussvorhaben bestehen.<sup>32</sup>

49. Insbesondere im Hinblick auf die Kapazitätsgrenzen des Kupferkabelnetzes (ca. 20 Mbit/s), besteht die Möglichkeit, dass der Breitbandinternetmarkt in Zukunft weiter unterteilt wird, wenn die Marktgegenseite (Endkunde) die verwendeten Technologien nicht mehr als substituierbar ansieht. Dies ist jeweils bei der Überschreitung der maximalen Kapazitätsgrenzen der einzelnen verwendeten Technologien (Kupferkabel, CATV, Glasfaser) möglich.<sup>33</sup> Im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist eine solche Marktabgrenzung jedoch noch nicht von Bedeutung, so dass für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens hierauf verzichtet werden kann.

#### **B.5.2.2.2. Räumlich relevanter Markt**

50. Breitbandinternet basiert auf der in der Schweiz fix installierten Verbindungstechnologie zu den einzelnen Haushalten (z. B. Kupferkabelnetz, CATV-Netz, Glasfasernetz). Diese sind fernmelderechtlich auf den schweizerischen Markt beschränkt. Somit ist analog zum Festnetztelefoniemarkt von einem nationalen Markt auszugehen (vgl. Rz. 41).<sup>34</sup>

### **B.5.2.3 Wholesale-Markt für Breitbandinternet**

#### **B.5.2.3.1. Sachlich relevanter Markt**

51. Die WEKO hat den Wholesale-Markt für Breitbandinternet als Vorleistungsmarkt für drahtgebundene Dienstleistungen beschrieben, welche es den Nachfragern (Internet Service Providern; nachfolgend: ISP) ermöglichen, Endkunden drahtgebundene Anschlüsse für Breitbandinternet anzubieten.<sup>35</sup> Dieser Markt umfasst die (aktuell oder potenziell) zum Wiederverkauf angebotenen drahtgebundenen Breitbandzugänge.

52. ISP nutzen die von ihnen bei einem Netzbetreiber nachgefragten Internetzugänge nicht selbst, sondern bieten diese Dritten gegen Entgelt zur Nutzung an. Hierzu ist es notwendig, dass ISP eine entsprechende Infrastruktur aufbauen und ihrerseits Verträge mit Endkunden schliessen. Damit treten ISP mit Netzbetreibern, welche Endkunden ein Breitbandinternetangebot offerieren, in Konkurrenz.

53. Um allerdings überhaupt als Anbieter von Breitbandinternetdiensten auf dem Endkundenmarkt auftreten zu können, benötigen sie daher ein entsprechendes Vorleistungsprodukt von einem Netzbetreiber, der über eine entsprechende Infrastruktur (Kupferkabelnetz, CATV, Glasfasernetz etc.) verfügt. In der Schweiz bietet heute hauptsächlich Swisscom Vorleistungsprodukte auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet an,<sup>36</sup> weshalb im Rahmen des vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhabens auf eine vertiefte Betrachtung dieses Marktes verzichtet werden kann.<sup>37</sup>

#### **B.5.2.3.2. Räumlich relevanter Markt**

54. ISP fragen die zum Wiederverkauf vorgesehenen drahtgebundenen Breitbandzugänge regelmässig in der ganzen Schweiz nach. Der Zugang zu Breitbanddiensten auf Wholesale-Ebene wird aufgrund des flächendeckenden Anschlussnetzes von Swisscom gesamtschweizerisch zu weitgehend homogenen Bedingungen angeboten. Es ist deshalb von einem räumlich relevanten Markt auszugehen, welcher die ganze Schweiz umfasst.<sup>38</sup>

### **B.5.2.4 Markt für (TV-) Mehrwertdienste**

#### **B.5.2.4.1. Sachlich relevanter Markt**

55. Im Entscheid Swisscom Fixnet/Betty Holding hat die WEKO einen Markt für TV-Werbe- und Mehrwertdienstplattformen abgegrenzt. Dabei handelt es sich um Angebote, die einen Zusammenhang mit TV-Sendungen aufweisen und vor allem über das Festnetztelefon und über das Mobiltelefon, beispielsweise per SMS, angeboten werden.<sup>39</sup>

56. Ob zwischen Mehrwertdiensten, welche im Rahmen von TV- oder Radiosendungen und Mehrwertdiensten für die Verwendung in schriftlichen Publikationen zu unterscheiden ist, kann im vorliegend zu beurteilenden Fall offen bleiben, da in diesem Markt keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen.

<sup>30</sup> RPW 2010/4, 778 Rz 37 f., *CVC/Sunrise*; RPW 2008/4, 670 Rz 21 f., *Sunrise/Tele2*.

<sup>31</sup> RPW 2010/4, 778 Rz 39, *CVC/Sunrise*.

<sup>32</sup> Zur weiteren Marktabgrenzung vgl. insb. Schlussbericht vom 5. September 2011 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG, S. 48 ff.

<sup>33</sup> RPW 2010/4, 778 Rz 40, *CVC/Sunrise*.

<sup>34</sup> RPW 2010/4, 778 Rz 41, *CVC/Sunrise*; RPW 2008/4, 670 Rz 37, *Sunrise/Tele2*; RPW 2006/2, 253, *Swisscom Fixnet/Cybernet* (mit Hinweisen).

<sup>35</sup> RPW 2010/4, 778 Rz 42, *CVC/Sunrise*; RPW 2010/1, 126 ff. Rz 70 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

<sup>36</sup> RPW 2010/4, 778 Rz 42 ff., *CVC/Sunrise*.

<sup>37</sup> Zur weiteren Marktabgrenzung vgl. insb. Schlussbericht vom 5. September 2011 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG, S. 48 ff.

<sup>38</sup> RPW 2010/4, 778 Rz 45, *CVC/Sunrise*.

<sup>39</sup> RWP 2006/3, 473 Rz 36, *Swisscom Fixnet/Betty Holding*.

#### B.5.2.4.2. Räumlich relevanter Markt

57. Mehrwertdienste werden von der Marktgegenseite, d. h. den Endkonsumenten, in der Regel im jeweiligen Sprachgebiet des Landes nachgefragt.<sup>40</sup> Folglich ist für die Schweiz von drei räumlich relevanten Märkten auszugehen: Je einem relevanten Markt für die deutsch-, die französisch- und die italienischsprachige Schweiz.

#### B.5.2.5 Markt für Mobilfunkdienstleistungen

##### B.5.2.5.1. Sachlich relevanter Markt

58. Um ihren Kunden Mobilfunkabonnemente (häufig inklusive eines vom Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen subventionierten Mobilfunkgeräts) zu verkaufen, benötigen die Mobilfunkanbieter Absatzkanäle. Diese finden sie in Form ihrer eigenen Verkaufsstellen oder in Form von Verkaufsstellen Dritter.

59. Die Verkaufsstellen sind in sogenannte "Street Channel" und "Direct Channel" zu unterscheiden. Zum Street Channel gehören Verkaufsstellen, in welchen ausgebildetes Personal berät und die an stark frequentierten, meist urbanen Standorten platziert sind. Die grösseren Anbieter sind Swisscom, Orange, Sunrise und Mobilezone. Daneben gibt es zahlreiche Fachhändler, welche ebenfalls den Vertrieb von Mobilfunkabonnementen und -geräten der wichtigsten Mobilfunkanbieter übernehmen. Zum Direct Channel gehören hauptsächlich das Internet, das Telefonmarketing und Vertragsabschlüsse per Post oder durch Direktabschlüsse auf der Strasse.

60. Im Entscheid Swisscom/The Phone House analysierte die WEKO die Substituierbarkeit dieser beiden Absatzkanäle und kam zum Schluss, dass der Street Channel als eigener sachlich relevanter Markt abzugrenzen ist.<sup>41</sup>

##### B.5.2.5.2. Räumlich relevanter Markt

61. Die Vertreiber von Mobilfunkdienstleistungen vermitteln Mobilfunkabonnemente, die auf Leistung eines Mobilfunknetzes in der Schweiz basieren. Es kann somit von einem räumlich relevanten Markt ausgegangen werden, welcher das Gebiet der gesamten Schweiz umfasst.<sup>42</sup>

#### B.5.2.6 Markt für Mobilfunkgeräte

##### B.5.2.6.1. Sachlich relevanter Markt

62. Ein Mobilfunkgerät dient nach derzeitigem Kenntnisstand heute noch hauptsächlich der Kommunikation zwischen Personen, wobei die Nutzung des Internets einen immer wichtigeren Stellenwert einnimmt. Hierbei kann zwischen synchronen Kommunikationsformen, wie Gesprächen, und asynchronen Kommunikationsformen, wie beispielsweise Textnachrichten (SMS und MMS), unterschieden werden. Zusätzlich bieten viele Mobilfunkgeräte noch weitere Nutzungsmöglichkeiten wie das Abrufen von E-Mails, das Surfen im Internet, das Hören von Musik, die Verwaltung von Terminen etc. Trotzdem liegt die Hauptfunktion des Mobilfunkgeräts nach derzeitigem Kenntnisstand heute noch in der Kommunikation mit anderen Personen.

63. Auch in diesem Markt kann, gleich wie beim Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen, zwischen den beiden Verkaufskanälen Street Channel und Direct Channel unterschieden werden. Grösstenteils sind dieselben Unternehmen im Markt für Mobilfunkgeräte tätig, wie auch im Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen. Dies ist vor allem der Fall wegen der komplementären Beziehung dieser beiden Produkte.<sup>43</sup>

64. Ob sich eine separate Marktabgrenzung für den Markt für Mobilfunkequipment rechtfertigt, kann im Rahmen des vorliegenden Verfahrens offen bleiben, da in diesem Bereich keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf das Zusammenschlussvorhaben bestehen.

##### B.5.2.6.2. Räumlich relevanter Markt

65. Bis anhin hat die WEKO die räumliche Abgrenzung des Marktes für Mobilfunkgeräte offen gelassen. Eine definitive räumliche Marktabgrenzung kann auch im Rahmen dieses Verfahrens unterbleiben, da in diesen Märkten keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen.

#### B.5.2.7 Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt)

##### B.5.2.7.1. Sachlich relevanter Markt

66. Beim Angebot von Mobilfunkdienstleistungen unterscheidet die WEKO zwei Ebenen: die Wholesale- und die Retail-Ebene.<sup>44</sup>

67. Im Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen fragen Endkunden Kommunikationsmittel nach, welche ihnen ermöglichen über ein Mobilfunknetz mit einer anderen Person in Verbindung zu treten oder im Internet zu surfen. Aus Sicht der Endkunden dienen eingehende bzw. ausgehende Sprachverbindungen dem selben Verwendungszweck, da beide Verbindungen eine Kommunikation ermöglichen. Allenfalls kann unter den Kommunikationspartnern zwischen Anrufer und Angerufenem unterschieden werden, da der Anrufer die finanziellen Folgen der Verbindung zu tragen hat. Eine Ausnahme besteht dann, wenn sich der Kunde im Ausland befindet, da in diesem Fall der sich im Ausland befindliche Angerufene in Abhängigkeit der telefonierten Minuten bezahlt.<sup>45</sup>

<sup>40</sup> RPW 2010/4, 779 Rz 48, CVC/Sunrise; RWP 2006/3, 474 Rz 44, Swisscom Fixnet/Betty Holding.

<sup>41</sup> RPW 2008/2, 343 f. Rz 27 ff., Swisscom/The Phone House.

<sup>42</sup> RPW 2010/4, 779 Rz 52, CVC/Sunrise; RPW 2008/2, 345 Rz 54 f., Swisscom/The Phone House.

<sup>43</sup> RPW 2010/4, 779 Rz 53 f., CVC/Sunrise RPW 2008/2, 343 f. Rz 42 ff., Swisscom/The Phone House.

<sup>44</sup> RPW 2010/4, 779 Rz 47, CVC/Sunrise; RPW 2008/2 345 Rz 47, Swisscom/The Phone House; RPW 2002/1, 118 ff. Rz 88 ff., Mobilfunkmarkt.

<sup>45</sup> RPW 2010/4, 780 Rz 58, CVC/Sunrise; RPW 2008/4, 670 Rz 30, Swisscom/Tele2; RPW 2008/2, 345 Rz 48, Swisscom/The Phone House; RPW 2002/1, 120 Rz 97; Mobilfunkmarkt.

68. Die Marktgegenseite der Endkunden besteht aus a) Mobilfunkanbietern<sup>46</sup>, welche die zur Kommunikation notwendige Infrastruktur aufbauen und anbieten oder b) Weiterverkäufern von SIM-Karten (nachfolgend: Weiterverkäufer) oder Mobile Virtual Network Operator (nachfolgend: MVNO), die ihre Leistungen an Endkunden auf der Grundlage der Leistungen der Mobilfunkanbieter erbringen.

69. Ein Endkunde entscheidet sich hauptsächlich aufgrund zweier Eigenschaften für einen Mobilfunkanschluss: Der Kunde hat einerseits die Möglichkeit zeit- und ortsunabhängig zu telefonieren und ist andererseits immer, wann und wo auch immer er sich gerade aufhält, erreichbar. Diese beiden Eigenschaften des Mobilfunks unterscheiden diesen in entscheidender Weise von einem Festnetzanschluss. Im Weiteren ist ein Mobilfunkanschluss in der Regel personenbezogen, während ein Festnetzanschluss meist ortsbezogen ist. Ein Mobilfunkanschluss beinhaltet daher die wichtigsten Eigenschaften eines Festnetzanschlusses, geht aber gleichzeitig darüber hinaus. In diesem Zusammenhang spricht man auch von asymmetrischer Substituierbarkeit. Das Festnetz kann durch das Mobilfunknetz substituiert werden, nicht jedoch umgekehrt.<sup>47</sup>

70. Die WEKO hat bisher den Transfer von Daten ausdrücklich von der Sprachkommunikation getrennt und für die Sprachtelefonie einen eigenen Markt abgegrenzt.<sup>48</sup> Für den Zweck der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens erscheint es jedoch nicht notwendig den Transfer von Daten gesondert von der Sprachtelefonie zu betrachten. Die Ausführungen betreffen Mobilfunkdienstleistungen aus Endkundensicht und umfassen nachfolgend folglich sowohl Sprachtelefonie als auch den Transfer von Daten.

#### B.5.2.7.2. Räumlich relevanter Markt

71. Die von der Kommunikationskommission (COMCOM) vergebenen Konzessionen haben für das Gebiet der Schweiz Gültigkeit. Auch die Marktgegenseite (Nachfrager von Mobilfunkabonnements) fragt in der Regel Mobilfunkdienstleistungen in der Schweiz nach. Der Retail-Markt Mobilfunkdienstleistungen ist folglich national abzugrenzen.<sup>49</sup>

### B.5.2.8 Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt)

#### B.5.2.8.1. Sachlich relevanter Markt

72. Im Netzzugangsmarkt fragen Weiterverkäufer und MVNO bei den Netzbetreibern Dienstleistungen nach, um diese an Endkunden weiterzuverkaufen.<sup>50</sup> Die WEKO kam in der Untersuchung Mobilfunk zum Schluss, dass je von einem eigenen Markt für ab- bzw. eingehende mobile Fernmeldedienste auszugehen ist.<sup>51</sup> Zum Markt für abgehende mobile Fernmeldedienste hat sich das Sekretariat bisher erst summarisch im Schlussbericht zur Vorabklärung betreffend Zugang zu Mobilfunknetzen geäußert.<sup>52</sup>

73. Im Zusammenhang mit abgehenden mobilen Dienstleistungen stellen die Netzbetreiber die Angebotsseite dar. Die Marktgegenseite besteht aus den Weiterverkäufern und MVNO, die den Zugang auf ein Mobilfunknetz

nachfragen, um Mobilfunkdienstleistungen unter eigenem Namen an Endkunden anbieten zu können.

74. Im Gegensatz zum Wholesale-Markt für eingehende mobile Dienstleistungen haben die Weiterverkäufer und MVNO die Möglichkeit die Leistung bei allen Netzbetreibern nachzufragen, da hinsichtlich der Eigenschaften und des Verwendungszwecks jeder Netzbetreiber, solange noch genügend freie Kapazitäten vorhanden sind, den Zugang zu seinem Mobilfunknetz gewähren kann. Folglich ist von einem einzigen Netzzugangsmarkt auszugehen.<sup>53</sup>

75. Offenbleiben kann für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens, ob der Netzzugangsmarkt in zwei separate Märkte für Sprach- und Datendienstleistungen zu unterteilen ist (vgl. Rz. 70).

#### B.5.2.8.2. Räumlich relevanter Markt

76. In Analogie zur räumlichen Abgrenzung im Endkundenmarkt ist auch für den Netzzugangsmarkt von einem die ganze Schweiz umfassenden Markt auszugehen (vgl. Rz. 71).

### B.5.2.9 Markt für Mobilfunkterminierung (Terminierungsmarkt)

#### B.5.2.9.1. Sachlich relevanter Markt

77. Ein Anruf in Mobilfunknetze setzt sich aus Originierung, Transit und Terminierung zusammen. Die Terminierung stellt sicher, dass ein Anruf zu einem ganz bestimmten Anschluss weitergeleitet wird und von dem entsprechenden Endkunden entgegengenommen werden kann. Beim Markt für Mobilfunkterminierung handelt es sich um die Terminierung eines Sprachanrufes in das jeweilige Netz.<sup>54</sup> In der Schweiz ist jeder Mobilfunkanbieter verpflichtet, Anrufe von anderen Mobilfunkanbietern in sein eigenes Netz zu terminieren.<sup>55</sup>

78. In ihrer ständigen Praxis geht die WEKO – trotz anderer Ansicht der Zusammenschlussparteien – davon aus, dass für die Terminierung von Anrufen in das Mobilfunknetz eines Anbieters kein Substitut besteht, weil jede Mobiltelefonnummer an dasjenige Mobilfunknetz

<sup>46</sup> Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens impliziert die Terminologie "Mobilfunkanbieter", dass der entsprechende Anbieter über ein eigenes Mobilfunknetz verfügt. Ist demgegenüber von Fernmeldediensteanbieter oder von Mobilfunkdienstleistungsanbieter die Rede, umfassen diese Begriffe auch Weiterverkäufer und MVNO.

<sup>47</sup> RPW 2010/4, 780 Rz 59 f., CVC/Sunrise; RPW 2008/2, 344 Rz 50 f., *Swisscom/The Phone House*; RPW 2007/2, 255 Rz 87 ff., *Terminierung Mobilfunk*.

<sup>48</sup> RPW 2010/4, 780 Rz 61, CVC/Sunrise; RPW 2007/2, 254 f. Rz 80 ff.; *Terminierung Mobilfunk*.

<sup>49</sup> RPW 2010/4, 780 Rz 62, CVC/Sunrise; RPW 2008/4, 670 Rz 38 f., *Sunrise/Tele2*; RPW 2008/2, 345 Rz 58 f., *Swisscom/The Phone House*; RPW 2007/2, 261 Rz 136 ff., *Terminierung Mobilfunk*; RPW 2006/2, 253 Rz 53 f., *Swisscom Fixnet/Cybernet*; RPW 2006/2, 122 Rz 105 ff., *Mobilfunkmarkt*.

<sup>50</sup> RPW 2010/4, 780 Rz 63, CVC/Sunrise; RPW 2002/1, 121 Rz 94, *Mobilfunkmarkt*.

<sup>51</sup> RPW 2002/1, 121 Rz 94 ff., *Mobilfunkmarkt*.

<sup>52</sup> RPW 2006/3, 432, *Zugang zu Mobilfunknetzen/Einstellung der Vorabklärung*.

<sup>53</sup> RPW 2010/4, 780 Rz 64 f., CVC/Sunrise.

<sup>54</sup> RPW 2010/4, 780 Rz 68, CVC/Sunrise; RPW 2008/4, 670 Rz 35, *Sunrise/Tele2*; RPW 2006/4, 743 Rz 18, *Gutachten*.

<sup>55</sup> Sog. Interoperabilitätspflicht; vgl. Art. 11 Abs. 2 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10).

gebunden ist, welches der Endkunde über seine SIM-Karte nutzt. Alle Fernmeldedienstleister, die eine Terminierung in das Netz des jeweiligen Mobilfunknetzes nachfragen, haben daher bezüglich dieser Dienstleistung keine Ausweichmöglichkeit.<sup>56</sup> Folglich ist für die Terminierung von Anrufen in ein Mobilfunknetz eines Anbieters jeweils von einem eigenen sachlich relevanten Markt auszugehen. Dies hat zur Folge, dass in der Schweiz derzeit vier Märkte für Mobilfunkterminierung bestehen, namentlich derjenige von Swisscom, Sunrise, Orange und In&Phone SA (nachfolgend: In&Phone). Diese sachliche Marktabgrenzung deckt sich im Übrigen auch mit derjenigen des Bundesverwaltungsgerichts<sup>57</sup> und derjenigen der EU-Kommission<sup>58</sup>.

#### **B.5.2.9.2. Räumlich relevanter Markt**

79. Die Mobilfunkanbieter besitzen nationale Konzessionen, womit sie rechtlich auf ein nationales Angebot in der Schweiz eingeschränkt sind. Folglich bieten die Mobilfunkanbieter ihre Angebote nur schweizweit an. Es ist somit von einem auf die Schweiz begrenzten räumlich relevanten Markt auszugehen.<sup>59</sup>

#### **B.5.2.10 Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)**

##### **B.5.2.10.1. Sachlich relevanter Markt**

80. Beim internationalen Roaming handelt es sich um eine Dienstleistung, die es Endkunden ermöglicht, mit ihrem Mobilfunkgerät (und ihrer SIM-Karte) auch in ausländischen Mobilfunknetzen zu telefonieren, angerufen zu werden oder Daten auszutauschen. Dabei wird zwischen dem sog. outbound und inbound traffic unterschieden. Beim outbound traffic handelt es sich aus Sicht der schweizerischen Mobilfunkanbieter um den Roaming-Verkehr ihres Endkunden im Ausland. Demgegenüber bezieht sich der inbound traffic auf den Verkehr, den Endkunden ausländischer Mobilfunkanbieter in der Schweiz generieren.

81. Um Mobilfunkkunden diese Dienstleistungen anbieten zu können, schliessen die Mobilfunkanbieter auf der Wholesale-Ebene Vereinbarungen betreffend den Zugang zu Kapazitäten auf einem Mobilfunknetz eines ausländischen Mobilfunknetzes ab. Um eine möglichst gute Abdeckung im Ausland zu erreichen, schliessen Mobilfunkanbieter bilaterale Abkommen mit möglichst vielen Mobilfunknetzen in einem Land ab. Roaming-Abkommen werden teilweise auch mit Anbietern abgeschlossen, die Spezialkonditionen anbieten, wie beispielsweise innerhalb von Roaming-Allianzen (z. B. Freemovie Alliance). Auf der Nachfrageseite stehen somit (ausländische) Mobilfunkanbieter, die ihren Endkunden ermöglichen auch im Ausland mobile Dienstleistungen nutzen zu können, indem sie sich in das Mobilfunknetz eines ausländischen Anbieters einbuchen, ohne das Mobilfunkgerät bzw. die SIM-Karte zu wechseln. Der Roaming-Markt bezieht sich lediglich auf den inbound traffic. Der outbound traffic ist hingegen im Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen zu berücksichtigen.<sup>60</sup>

##### **B.5.2.10.2. Räumlich relevanter Markt**

82. Die Roaming-Abkommen zwischen den Mobilfunknetzen verschiedener Länder beziehen sich auf die

Erbringung von Mobilfunkdienstleistungen in einem spezifischen Land. Dabei sind die Mobilfunkanbieter auf das ihre Konzession umfassende Gebiet beschränkt. Folglich ist auch beim Roaming von einem national abgegrenzten Markt auszugehen.<sup>61</sup>

#### **B.5.3 TV-Bereich**

##### **B.5.3.1 Märkte für PayTV, für FreeTV, für die Beschaffung von Premium Content**

###### **B.5.3.1.1. Sachlich relevanter Markt**

83. Der Anbieter von PayTV wählt verschiedene Programminhalte aus, bündelt diese zu Fernsehkanälen und verkauft Abonnemente an die Endverbraucher.<sup>62</sup> Daneben bieten einige im PayTV-Bereich tätige Anbieter auch Video-on-Demand-Dienste an, in deren Rahmen der Konsument seine Programminhalte zu einem gewissen Grad selbst zusammenstellen kann. Für das vorliegend zu prüfende Zusammenschlussvorhaben kann allerdings offen gelassen werden, ob eine separate Marktabgrenzung zwischen PayTV und Video-on-Demand vorgenommen werden muss.

84. FreeTV unterscheidet sich im Wesentlichen von PayTV darin, dass es bei ersterem zwischen dem Zuschauer und Sender kein Austauschverhältnis gibt.<sup>63</sup> Während der Zuschauer beim PayTV für die Programminhalte ein Entgelt zahlt, finanziert sich der Anbieter von FreeTV-Sendungen mittels Werbeeinnahmen (Ausnahme von diesem Grundsatz: SRG ist gebührenfinanziert).

85. Den TV-Märkten sind die Märkte für die Beschaffung von TV-Inhalten vorgelagert. Hierbei erwerben die TV-Anbieter als Käufer von den Lizenzinhabern Übertragungslizenzen an Filmen, Sportveranstaltungen und anderen Inhalten.<sup>64</sup> Hierbei wird in der Regel zwischen Premium Content und dem übrigen Content unterschieden. In ihrer ständigen Praxis grenzt die WEKO Premium Content von übrigem Content in zeitlicher Hinsicht ab.<sup>65</sup> Unter Premium Content fallen einerseits die Erstausstrahlungsrechte an Filmen und andererseits die Erstübertragung von Spitzensportveranstaltungen wie etwa Fussballmeisterschaften oder Formel 1 Rennen.

<sup>56</sup> RPW 2010/4, 781 Rz 69, *CVC/Sunrise*; RPW 2007/2, 252 Rz 70 ff., *Terminierung Mobilfunk*; RPW 2002/1, 120 Rz 95, *Mobilfunkmarkt*.

<sup>57</sup> Urteil des BVerfG B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, E. 9.8, *Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion*.

<sup>58</sup> Vgl. Empfehlung 2003/311/EG der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstleistungsmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABI L 114/45, Anhang, Markt 16.

<sup>59</sup> RPW 2010/4, 781 Rz. 70, *CVC/Sunrise*.

<sup>60</sup> RPW 2010/4, 781 Rz 71 f., *CVC/Sunrise*.

<sup>61</sup> RPW 2010/4, 781 Rz 73, *CVC/Sunrise*.

<sup>62</sup> RPW 2005/2, 366 Rz 36 ff., *Swisscom – Cinetrade*.

<sup>63</sup> RPW 2005/2, 366 Rz 39, *Swisscom – Cinetrade*.

<sup>64</sup> RPW 2005/2, 368 Rz 59, *Swisscom – Cinetrade*.

<sup>65</sup> RPW 2005/2, 368 Rz 60, *Swisscom – Cinetrade*.

### B.5.3.1.2. Räumlich relevanter Markt

86. PayTV- und FreeTV-Angebote werden aus rechtlichen, kulturellen und sprachlichen Gründen regelmässig nur national verbreitet. Bedingt durch die für die Schweiz charakteristischen Sprachregionen liegt die Vermutung nahe, dass der räumlich relevante Markt für PayTV und FreeTV sprachregional abzugrenzen ist.<sup>66</sup> Für die Zwecke der vorliegenden Prüfung kann allerdings aufgrund der geringen Relevanz die räumliche Marktabgrenzung offen gelassen werden.

### B.5.3.2 Markt für die Übertragung von TV-Signalen und für die Weiterverbreitung von PayTV Programmen

#### B.5.3.2.1. Sachlich relevanter Markt

87. Fernsehen kann über Kabelnetze, Satelliten, drahtlos terrestrisch (Fernsehantenne) oder über einen Breitbandinternetanschluss übertragen werden.<sup>67</sup> Um ein TV-Signal empfangen zu können, ist eine einseitige Kommunikation zwischen einer Sendeeinheit und einer Empfangereinheit über ein geeignetes Medium notwendig.

88. Die Verkabelungsquote liegt in der Schweiz bei ca. 85 Prozent der Haushalte. Nur 7 Prozent der Haushalte empfangen Fernsehen direkt via Antenne,<sup>68</sup> so dass bei den privaten Sendern derzeit kein Interesse besteht, Privatfernsehen über terrestrisches DVB (DVB-T) zu verbreiten. Zur drahtgebundenen Übertragung von TV-Signalen stehen heute vorwiegend zwei Möglichkeiten zur Verfügung. Dies ist einerseits die Übertragung über das Coaxial-Kabelnetz der Kabelnetzbetreiber und über das Kupferkabelnetz von Swisscom im Rahmen eines schnellen Breitbandinternetzugangs. Daneben besteht die Möglichkeit TV-Signale über Satellit zu empfangen. Da die Installation einer Empfangsanlage für Satelliten-Signale in der Regel einer Baugenehmigung bedarf, ist auch der Anteil am Empfang von TV-Signalen über Satellit (DVB-S) in der Schweiz von relativ geringer Bedeutung.

89. Durch den Ausbau einer flächendeckenden Glasfaserinfrastruktur steht eine weitere Möglichkeit zur drahtgebundenen Übertragung von TV-Signalen zur Verfügung, welche den Ansprüchen des digitalen Fernsehens mit hoher Bildauflösung (high definition TV nachfolgend HDTV) genügt. Aufgrund der limitierten Bandbreite ist die Übertragung von HDTV über ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line) nur eingeschränkt möglich.

#### B.5.3.2.2. Räumlich relevanter Markt

90. TV-Angebote werden aus rechtlichen, kulturellen und sprachlichen Gründen regelmässig nur national verbreitet. Bezogen auf den deutschen Sprachraum (Deutschschweiz, Deutschland und Österreich) beruhen diese Schranken weniger auf sprachlichen oder kulturellen Differenzen, jedoch verhindern rechtliche Normierungen eine über die Landesgrenzen hinausgehende Verbreitung der Inhalte.<sup>69</sup>

91. Bedingt durch die regionalen Kabelnetzbetreiber werden die zur Übertragung von Fernsehprogrammen geeigneten Infrastrukturen in vielen Fällen regional angeboten. Swisscom hingegen kann im Rahmen der Übertragung von TV-Signalen über den Breitbandinter-

netzugang die Durchleitung von TV-Signalen schweizweit anbieten.

92. Im Rahmen des vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhabens kann allerdings die räumliche Marktabgrenzung offen gelassen werden, da in diesem Bereich keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf das Zusammenschlussvorhaben bestehen.

### B.5.4 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

93. 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.

94. Apax ist bisher nicht im schweizerischen Telekommunikationsmarkt (bzw. im schweizerischen TV-Markt) tätig, weshalb sich die Marktanteilsbetrachtungen lediglich auf die Geschäftstätigkeiten von Orange beschränken. In der nachfolgenden Tabelle (Tabelle 3) werden die Marktanteile von Orange gemäss Meldung bzw. Schreiben vom 26. Januar 2012 aufgeführt und bewertet, ob es sich voraussichtlich um einen betroffenen Markt handelt.<sup>70</sup>

<sup>66</sup> RPW 2005/2, 371 Rz 83, *Swisscom – Cinetrade*.

<sup>67</sup> RPW 2005/2, 369 f. Rz 68 ff., *Swisscom – Cinetrade*.

<sup>68</sup> [www.uvek.admin.ch/infrastrukturstrategie/02570/02597/02603/index.html?lang=de](http://www.uvek.admin.ch/infrastrukturstrategie/02570/02597/02603/index.html?lang=de).

<sup>69</sup> RPW 2005/2, 370 Rz 81, *Swisscom – Cinetrade*.

<sup>70</sup> Meldung, Rz 34 ff.; Schreiben vom 26. Januar 2012 S. 1 ff.

Tabelle 3: geschätzte Marktanteile von Orange

Relevanter Markt	Marktanteil Orange	Voraussichtlich betroffen
Festnetztelefonie	[0-10 %] (auf der Grundlage abgeschlossener Kundenverträge)	Nein
Breitbandinternet	[0-10 %] (auf der Grundlage abgeschlossener Kundenverträge)	Nein
Wholesale-Markt für Breitbandinternet	0 % (kein Angebot von Orange)	Nein
(TV-) Mehrwertdienste	[0-10 %] (auf der Grundlage der Umsätze)	Nein
Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen	[0-10 %] (auf der Grundlage der Zahl der Verkaufsstellen in der Schweiz wie auch aufgrund der Anzahl vermittelter Abonnemente)	Nein
Markt für Mobilfunkgeräte	[0-10 %] (auf der Grundlage verkaufter Mobilfunkgeräte einschliesslich Zubehör)	Nein
Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen	[10-30 %] (Basis bildet das Jahr 2010; auf der Grundlage abgeschlossener Kundenverträge)	Nein
Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze	[10-30 %] (auf der Grundlage der über diesen Vertriebskanal verkauften SIM-Karten)	Nein
Mobilfunkterminierungsmarkt	100 %	Ja
Wholesale-Markt für internationales Roaming	[10-30 %] (auf der Grundlage der eingehenden Anrufterminierung)	Nein
Markt für die Übertragung von TV-Signalen und für die Weiterverbreitung von PayTV Programmen	[0-10 %]	Nein

95. Die vorläufige Analyse ergibt, dass die Marktanteilschwellen lediglich im Mobilfunkterminierungsmarkt erreicht werden. Vor diesem Hintergrund geht die WEKO davon aus, dass der Mobilfunkterminierungsmarkt im vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben der einzige betroffene Markt ist. Auf eine detaillierte Untersuchung der anderen Märkte wird daher verzichtet.

96. [...]

97. [...]

#### **B.5.4.1 Markt für Mobilfunkterminierung (Terminierungsmarkt)**

98. Die vorliegende Marktkonstellation ist dadurch gekennzeichnet, dass in jedem der vier abgegrenzten relevanten Terminierungsmärkte nur ein Anbieter vorhanden ist und damit jeder Anbieter über einen Marktanteil von 100 % verfügt. Orange, Sunrise, Swisscom und

In&Phone besitzen also ein Monopol im eigenen Netz. Die Terminierung von Anrufen findet immer im eigenen Netz des jeweiligen Mobilfunkanbieters statt. Andere Anbieter können nicht auf das Netz anderer Netzbetreiber terminieren, was dazu führt, dass im jeweiligen Markt aktueller und potenzieller Wettbewerb durch andere Anbieter von vornherein ausgeschlossen ist.<sup>71</sup> Dennoch kann hieraus nicht automatisch geschlossen werden, dass die einzelnen Netzbetreiber über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, die es ihnen erlaubt, sich unabhängig zu verhalten.

99. Apax ist derzeit nicht im schweizerischen Telekommunikationsgeschäft tätig und hält keine Beteiligungen an schweizerischen Telekommunikationsunternehmen. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erwarten, dass sich durch die Übernahme von Orange die Marktverhältnisse auf dem Terminierungsmarkt ändern werden. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Verweigerung eines Zusammenschlusses oder die Anordnung von Nebenbestimmungen unzulässig, wenn auf dem fraglichen Markt weder vor noch nach dem Zusammenschluss Wettbewerb besteht und vermehrter Wettbewerb auch nicht zu erwarten ist.<sup>72</sup> Da sich durch den Unternehmenszusammenschluss die Wettbewerbsverhältnisse auf den einzelnen Terminierungsmärkten nicht verändern werden, kann auf eine genauere Analyse der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Terminierungsmarkt verzichtet werden.

## B.6 Schlussfolgerungen

100. Die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens hat ergeben, dass die Marktanteilsschwellen für die Annahme eines betroffenen Marktes (vgl. dazu Rz. 93) in den nachfolgend aufgezählten Märkten nicht überschritten wurden: Markt für Festnetztelefonie, für Breibandinternet, Wholesale-Markt für Breitbandinternet, Markt für (TV-)Mehrwertdienste, für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen, für Mobilfunkgeräte, Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze und Wholesale-Markt für internationales Roaming sowie für die TV-Märkte.

101. Im Mobilfunkterminierungsmarkt verfügt Orange aufgrund ihres Mobilfunknetzes über einen Marktanteil von 100 %. Durch die Übernahme von Orange durch Apax erfolgt allerdings lediglich eine Übernahme durch einen branchenfremden Eigentümer, wodurch sich die Marktsituation im schweizerischen Telekommunikationsmarkt nicht verändern wird. Somit ist für den Mobilfunkterminierungsmarkt nicht zu erwarten, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt wird.

102. Die Voraussetzungen für die Einleitung eines Prüfungsverfahrens nach Art. 33 KG sind daher nicht gegeben.

## C Kosten

103. Für die Beurteilung des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung wird nach Art. 1 Abs. 1 Bst. c i. V. m. Art. 4 Abs. 3 der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (GebV-KG; SR 251.2) eine Pauschalgebühr von CHF 5'000.- erhoben.

104. Haben mehrere Personen gemeinsam eine Verfügung veranlasst oder eine Dienstleistung beansprucht, so haften sie für die Kosten solidarisch (Art. 1a GebV-KG i. V. m. Art. 2 Abs. 2 der allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]). Somit haften Apax und Orange solidarisch für die Kosten der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens.

<sup>71</sup> RPW 2010/4, 782 Rz 79, CVC/Sunrise; RPW 2006/4, 752 Rz 112, Gutachten.

<sup>72</sup> Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.02.2007, E. 6.5.

B 2.3

**6. General Electric Company/Microsoft Corporation/Joint Venture**

*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 16. Februar 2012*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 16. Februar 2012*

1. Am 19. Januar 2012 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über das rubrizierte Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen General Electric Company (nachfolgend: GE) und Microsoft Corporation (nachfolgend: Microsoft) ein Joint Venture im Bereich Informationstechnologie für das Gesundheitswesen zu gründen. GE und Microsoft werden zu je 50 % an diesem Joint Venture beteiligt.

2. Das Joint Venture soll eine sogenannte erweiterbare Health Intelligence Platform (HIP) Software entwickeln und vermarkten. Diese soll in einem Spital vorhandene klinische und betriebliche Daten zusammenführen und verarbeiten. So soll eine (Echtzeit-)Analyse und eine Weitergabe dieser Daten ermöglicht werden. Für die Verwaltung dieser Daten soll eine Datenbanksoftware zum Einsatz kommen. Zusätzlich soll das Joint Venture Applikationssoftware für das Gesundheitswesen entwickeln, welche die bestehenden klinischen und geschäftlichen Software-Systeme und -Lösungen ergänzen und auf der HIP ausgeführt werden können.

3. GE ist ein globales, diversifiziertes Technologie-, Medien- und Finanzdienstleistungsunternehmen. Die wichtigsten Geschäftsbereiche von GE sind: GE Energy Infrastructure, GE Aviation, GE Healthcare, GE Transportation, GE Home & Business Solutions und GE Capital. GE Healthcare ist unter anderem spezialisiert auf diagnostische Bildgebungssysteme, Patienten-Monitoring, Anästhesie-Systeme, Systeme für die Arzneimittelforschung und biopharmazeutische Fertigungstechnologien.

4. Microsoft ist weltweit in den Bereichen Design, Entwicklung und Angebot von Software und verwandten Dienstleistungen tätig. Microsoft ist gegenwärtig in acht Geschäftsbereiche gegliedert: Online Services Division,

Server & Tools Business, Microsoft Business Solutions, Microsoft Office Division, Interactive Entertainment Business, Windows Phone Division, Windows & Windows Live Division und Skype.

5. Microsoft plant seine bestehende HIP, Amalga, in das Joint Venture einzubringen. GE wiederum plant seine in Entwicklung stehende HIP, Qualibria, dem Joint Venture zu übertragen, welche aber die Marktreife noch nicht erlangt hat.

6. Im Bereich Applikationssoftware für das Gesundheitswesen wird GE Healthcare dem Joint Venture ihr Portefeuille von eHealth-Produkten übertragen. Dabei handelt es sich um Softwarelösungen, welche den Austausch von Patienteninformationen zwischen Anbietern und Institutionen der Gesundheitspflege erlauben. Microsoft wird dem seine Identity Access Management Applikationssoftware für den Gesundheitsbereich übertragen, welche beispielsweise eine vereinfachte Anmeldung an verschiedenen Computerarbeitsplätzen ermöglicht. Auch wird Microsoft dem Joint Venture eine nicht-exklusive Lizenz für Microsoft HealthVault gewähren. Microsoft HealthVault erlaubt die Speicherung und den Austausch von Gesundheitsinformationen.

7. Auf dem Markt für Datenbanksoftware ist Microsoft neben den beiden Hauptakteuren Oracle und IBM tätig. GE hingegen bietet keine Datenbanksoftware an. Das Joint Venture wird lediglich eine nicht-exklusive Lizenz zum Gebrauchs von Microsofts SQL Server erhalten.

8. Dieses Zusammenschlussvorhaben wurde am 11. Januar 2012 bei der Europäischen Kommission gemeldet. Am 10. Februar 2012 wurde das Zusammenschlussvorhaben durch die Europäische Kommission im Rahmen eines vereinfachten Verfahrens ohne Auflagen bewilligt.

9. Die vorläufige Prüfung hat ergeben, dass bei den Märkten für HIPs, Applikationssoftware für das Gesundheitswesen und Datenbanksoftware keine betroffene Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen. Auch gibt es bezüglich des Joint Ventures zwischen GE und Microsoft nur geringe horizontale Überlappungen.

10. Es kann daher von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

*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 7. März 2012*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 8. März 2012*

## A Sachverhalt

### A.1 Vorhaben und Parteien

1. Am 10. Februar 2012 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia), die alleinige Kontrolle über den Unternehmensteil Langenthaler Tagblatt (nachfolgend: LT) zu übernehmen.

2. Tamedia ist die Muttergesellschaft eines Medienunternehmens, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig ist. Die Tamedia-Gruppe<sup>1</sup> ist Herausgeberin verschiedener Zeitungen und Zeitschriften sowie Betreiberin elektronischer Medien. Sie ist auch im Bereich Zeitungsdruck tätig. Die Tamedia-Gruppe ist schwergewichtig in der Schweiz tätig.

3. Bei LT handelt es sich um einen Geschäftsbereich der Solothurner Zeitung AG (nachfolgend: SZ). SZ gehört zum Medienkonzern AZ Medien und ist unter anderem Herausgeberin der Solothurner Zeitung sowie des LT. Das LT ist eine sechsmal wöchentlich erscheinende Tageszeitung, die neben Nachrichten zu internationalen und nationalen Themen insbesondere über Ereignisse aus der Region Langenthal berichtet. Unter dem Domain-Namen [www.langenthalertagblatt.ch](http://www.langenthalertagblatt.ch) betreibt das LT eine News-Site, auf der lokale, regionale, nationale und internationale Nachrichten verfügbar sind. Regionale, nationale und internationale Nachrichten werden heute grösstenteils vom Medienkonzern AZ Medien übernommen.

4. Tamedia bezweckt mit der Übernahme des LT, die Geschäftstätigkeit im Printmedienbereich im Raum Solothurn/Langenthal auszubauen und damit die Produktpalette von Tamedia abzurunden. Die AZ Medien haben aus wirtschaftlichen Gründen entschieden, sich aus dem Tageszeitungsgeschäft im Kanton Bern zurückzuziehen und sich auf die Kernmärkte zu konzentrieren.

### A.2 Verfahren

5. Am 23. Januar 2012 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) der Entwurf einer erleichterten Meldung ein. Mit Schreiben vom 1. Februar 2012 nahm das Sekretariat zum Meldungsentwurf Stellung. Es erklärte sich einverstanden, dass sich die Angaben nach Art. 11 Abs. 1 Bst. d bis f der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszu-

sammenschlüssen (VKU; SR 251.4) im Rahmen einer erleichterten Meldung nach Art. 12 VKU vorliegend auf die Märkte beschränken können, in denen sowohl Tamedia als auch LT tätig sind. Gleichzeitig verlangte das Sekretariat in Anwendung von Art. 15 VKU weitere Auskünfte.

6. Mit Schreiben vom 9. Februar 2012 reichte Tamedia die Meldung gemäss Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU ein. In der Meldung wird beantragt, das Zusammenschlussvorhaben sei als unbedenklich zu beurteilen und es sei auf ein Prüfungsverfahren gemäss Art. 33 KG zu verzichten.

7. Mit Schreiben vom 15. Februar 2012 bestätigte das Sekretariat den Eingang und die Vollständigkeit der Meldung.

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

8. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

#### B.1.1 Unternehmen

9. 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).

10. Tamedia bzw. die Tamedia-Gruppe erfüllt den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG ohne weiteres.

11. Ist Gegenstand des Zusammenschlusses ein Teil eines Unternehmens, so gilt dieser Teil als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 VKU). Laut Praxis und Lehre ist hierfür zu verlangen, dass diesem Unternehmensteil eine gewisse eigenständige marktstrategische Bedeutung zukommt und ihm folglich auch ein eigenständiger Umsatz zugerechnet werden kann.<sup>2</sup> LT ist ein Komplex von Vermögenswerten und bildet einen Geschäftsbereich mit eigener Marktpräsenz. Folglich ist LT als Unternehmensteil im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 3 Abs. 2 VKU zu qualifizieren.

12. Tamedia und das LT sind somit als die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zu qualifizieren.

<sup>1</sup> Für die Struktur der Tamedia-Gruppe kann auf [http://www.tamedia.ch/de/unternehmen/Documents/Beteiligungen\\_2011\\_12\\_D.pdf](http://www.tamedia.ch/de/unternehmen/Documents/Beteiligungen_2011_12_D.pdf) (22.2.2012) verwiesen werden.

<sup>2</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang insbesondere RPW 2008/3, 417 Rz 18 ff., *Swisscom AG/Verizon Switzerland*, mit weiteren Hinweisen, sowie MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 10 ff.

### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

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

14. Mit Kaufvertrag vom [...] (nachfolgend: LT-Kaufvertrag) gewährt die SZ der Espace Media AG (nachfolgend: Espace) zwei Call Optionen betreffend den Erwerb des LT, zu welchem eine Marke und Domainnamen sowie Kundendaten der "Berner Rundschau" gehören. Espace hat die Call Option 1 [...] ausgeübt. Espace gehört zur Tamedia-Gruppe (RPW 2007/4, 605 ff., *Tamedia AG / Espace Media Groupe*). Somit erlangt Tamedia die Kontrolle über den Unternehmensteil LT.

### B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

### B.3 Nebenabreden

16. Zu prüfen ist, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen.<sup>3</sup> Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid.<sup>4</sup> Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.

17. In der Meldung werden folgende Bestimmungen als Nebenabreden geltend gemacht:

- Ziff. 16 des LT-Kaufvertrags betreffend Konkurrenz- und Abwerbeverbot.
- Ziff. 19 LT-Kaufvertrag betreffend Fortführung der Geschäfte bis zum Vollzugstermin.

#### B.3.1 Konkurrenz- und Abwerbeverbot

18. Zum Konkurrenzverbot wird in der Meldung ausgeführt, dass die Verkäuferin und die verbundenen Unternehmen des Medienkonzerns AZ Medien einem Konkurrenzverbot [...] unterliegen würden, welches in sachlicher und geographischer Hinsicht auf den Tätigkeitsbereich von LT beschränkt sei (Tageszeitung im Oberaargau/Emmental). Das Konkurrenzverbot sei damit sachlich, örtlich und zeitlich beschränkt und diese Beschränkungen entsprächen der WEKO-Praxis. Die Dauer [...] sei im vorliegenden Fall notwendig, da mit dem Unternehmensteil LT auch Know-how übernommen werde. Tamedia übernehme mit dem Unternehmensteil [...] Dieses Know-how sei zentral, um authentische Artikel über lokale und regionale Ereignisse zu verfassen. Hinzu komme das besondere Know-how über den regionalen/lokalen Werbemarkt und die Werbekunden des LT. Würde für die Verkäuferin kein Konkurrenzverbot gelten,

so hätte sie die Möglichkeit, durch die Gründung eines neuen Titels diese Werbekunden gleich wieder abzuwerben, was den Zusammenschluss verunmöglichen würde. Das Konkurrenzverbot sei aus diesen Gründen mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden und für dessen Durchführung notwendig.

19. Die Verkäuferin und die mit der Verkäuferin verbundenen Unternehmen des Medienkonzerns AZ Medien unterliegen gemäss Meldung zudem einem Abwerbeverbot [...] Dazu wird vorgebracht, dass das Abwerbeverbot nicht alle Arbeitnehmer erfasse. [...] Zudem sei es auch in zeitlicher Hinsicht [...] beschränkt. Deshalb gehe es nicht über das hinaus, was für die Durchführung des Zusammenschlusses notwendig sei.

20. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die Wettbewerbskommission ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich nach der *Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind*<sup>5</sup> (EU-Bekanntmachung) gerichtet.<sup>6</sup>

21. Wettbewerbsabreden können nur dann als "mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden" angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.<sup>7</sup>

22. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungünstigeren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Vgl. MICHAEL LEUPOLD, Sind Konkurrenzverbote Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes?, SZW 3/99, 150; ANDRAS PALASTHY, Droit des cartels, clause de non-concurrence et restrictions accessoires: une jurisprudence critiquable, in Bull. CEDIDAC n° 31, Juni 1999, p. 1.

<sup>4</sup> Vgl. PHILIPP ZURKINDEN, Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in der Schweiz und das neue schweizerische Kartellgesetz, 1999, 157 f.

<sup>5</sup> ABI. C 56/24 vom 5.3.2005.

<sup>6</sup> Vgl. RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>7</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.

<sup>8</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.

23. Der Erwerber hat im Allgemeinen ein grösseres Schutzinteresse als der Veräusserer. Daher gilt grundsätzlich die Regel, dass Einschränkungen, welche den Veräusserer begünstigen, entweder nicht mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind oder von ihrem Geltungsbereich und/oder ihrer Geltungsdauer her stärker eingegrenzt werden müssen als den Erwerber begünstigende Klauseln.<sup>9</sup>

24. Das zulässige zeitliche Mass für Konkurrenzverbote beträgt drei Jahre, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch Know-how übertragen wird, beziehungsweise zwei Jahre, wenn nur der Geschäftswert Gegenstand der Transaktion ist.<sup>10</sup>

25. Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbsverboten muss sich auf das Gebiet beschränken, in dem der Veräusserer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten hat, da der Erwerber in Gebieten, in denen der Veräusserer zuvor nicht präsent war, nicht geschützt zu werden braucht. Der räumliche Geltungsbereich kann auf Gebiete erstreckt werden, in denen der Veräusserer zum Zeitpunkt der Unternehmensübertragung geschäftlich tätig zu werden plante, sofern er bereits entsprechende Investitionen getätigt hat.<sup>11</sup>

26. In gleicher Weise müssen sich Wettbewerbsverbote auf die Waren — einschliesslich verbesserter oder aktualisierter Versionen sowie Nachfolgemodelle — und Dienstleistungen beschränken, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bilden. Hierzu können auch Waren und Dienstleistungen zählen, die sich zum Zeitpunkt der Übertragung in einem fortgeschrittenen Entwicklungsstadium befinden, oder fertig entwickelte Erzeugnisse, die noch nicht auf den Markt gebracht wurden. Der Schutz des Erwerbers vor dem Wettbewerb des Veräusserers in Produkt- oder Dienstleistungsmärkten, in denen das zu übertragende Unternehmen vor der Übertragung noch nicht tätig war, wird als unnötig erachtet.<sup>12</sup>

27. Klauseln, die das Recht des Veräusserers einschränken, Anteile an einem Unternehmen zu erwerben oder zu halten, das mit dem übertragenen Unternehmen im Wettbewerb steht, gelten unter denselben Bedingungen wie bei den zuvor genannten Wettbewerbsverboten als mit der Durchführung des Zusammenschlusses verbunden und für diese notwendig, es sei denn, sie hindern den Veräusserer daran, Anteile allein zu Investitionszwecken zu erwerben oder zu halten, ohne dass damit direkt oder indirekt Leitungsfunktionen oder ein materieller Einfluss im Konkurrenzunternehmen verbunden sind.<sup>13</sup>

28. Die für Wettbewerbsverbote geltenden Grundsätze gelten auch für Abwerbverbote und Vertraulichkeitsklauseln.<sup>14</sup>

29. Die in der Meldung vorgebrachten Gründe decken sich mit der Praxis der Wettbewerbskommission bzw. der EU-Kommission. Das in Ziff. 16 des LT-Kaufvertrags vereinbarte Konkurrenz- und Abwerbverbot kann daher als zulässige Nebenabrede qualifiziert werden.

### B.3.2 Fortführung der Geschäfte bis zum Vollzugstermin

30. Gemäss Ziff. 19.1 des LT-Kaufvertrags ist die Käuferin von der Unterzeichnung dieses Vertrages bis zum Vollzugstermin über alle Rechtsgeschäfte und Entscheidungen, die sich wesentlich auf den Betrieb auswirken können, zu unterrichten. In derselben Zeit ist die Verkäuferin gemäss Ziff. 19.2 des LT-Kaufvertrags verpflichtet, den Betrieb ausschliesslich im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsganges mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns und in Übereinstimmung mit der bisherigen Geschäftspraxis zu führen. Dabei hat die Verkäuferin in Bezug auf den Betrieb insbesondere die in Ziff. 19.3 des LT-Kaufvertrags konkretisierten Handlungen ohne vorgängige Zustimmung durch die Käuferin zu unterlassen.

31. In der Meldung wird dazu unter Bezugnahme auf die Praxis der Wettbewerbskommission ausgeführt, dass die vorliegende Vereinbarung, die Geschäfte bis zum Vollzug des Zusammenschlusses ohne wesentliche Änderungen fortzuführen, für die Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diesen notwendig sei.

32. Nach der Praxis der EU-Kommission ist eine Vereinbarung, wonach bis zur Vollendung eines Zusammenschlusses keine wesentlichen Änderungen am Geschäft des Zielunternehmens vorgenommen werden dürfen, als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig zu erachten.<sup>15</sup>

33. Die Wettbewerbskommission hat diese Praxis jüngst ebenfalls übernommen (RPW 2012/1, 116 Rz 43, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*). Die Wettbewerbskommission hat dabei aber festgehalten, dass es den Parteien im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nach Kartellgesetz ohnehin nicht frei steht, den Verfahrensgegenstand während der Dauer des Verfahrens zu verändern.

34. Die in Ziff. 19 des LT-Kaufvertrags geschlossenen Vereinbarungen können somit ebenfalls als zulässige Nebenabrede qualifiziert werden.

### B.4 Meldepflicht

35. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

<sup>9</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 17.

<sup>10</sup> Vgl. RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>11</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 22.

<sup>12</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 23.

<sup>13</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 25.

<sup>14</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 26.

<sup>15</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 14.

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2010 (in Mio. CHF)<sup>16</sup>

	Tamedia-Gruppe	LT	Insgesamt
<b>Schweiz</b>	[...]	[...]	[...]
<b>Weltweit</b>	CHF 806.3 Mio.	[...]	[...]

36. Wie aus Tabelle 1 hervorgeht, sind die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG vorliegend nicht erreicht. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht jedoch ungeachtet des Erreichens dieser Umsatzschwellen eine 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 oder einen solchen Markt betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

37. Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 hat die Wettbewerbskommission in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die Edipresse-Gruppe auf dem Markt für überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und dem Markt für regionale Tageszeitungen der Regionen Genf und Lausanne marktbeherrschend ist (RPW 1998/1, 61 Rz 96, *Le Temps*). Seit dem Erwerb der Aktienmehrheit an PPSR und der damit verbundenen Übernahme des schweizerischen Geschäfts der Edipresse-Gruppe durch Tamedia (RPW 2009/3, 245 ff., *Tamedia/PPSR*) entfaltet die rechtskräftige Feststellung der Marktbeherrschung auf den oben genannten Märkten auch Wirkung auf die ganze Tamedia-Gruppe.

38. Praxisgemäss ist davon auszugehen, dass der Zusammenschluss Märkte betrifft, die dem Markt für überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und dem Markt für regionale Tageszeitungen der Region Genf und Lausanne benachbart sind (vgl. RPW 2011/3, 411 Rz 6 f., *car4you Schweiz AG (Tamedia)/www.auto-online.ch*; RPW 2011/3, 417 Rz 8 ff., *Tamedia AG/Doodle AG*). Damit sind die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 4 KG erfüllt und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben erweist sich als meldepflichtig.

## B.5 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

39. 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).

40. 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.5.1 Relevante Märkte

#### B.5.1.1 Sachlich relevante Märkte

41. 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).

42. Die Wettbewerbskommission hat im Medienbereich bis anhin ein Vielzahl von relevanten Märkten abgegrenzt (vgl. RPW 2009/3, 254 Rz 72 ff., *Tamedia/PPSR*). Nachfolgend werden jedoch nur diejenigen Märkte aufgeführt, in denen sowohl Tamedia als auch LT tätig sind.

43. Gemäss Meldung sind Tamedia und LT in folgenden Nutzermärkten tätig:

- Lesermarkt für Tageszeitungen (RPW 2009/3, 254 Rz 77, *Tamedia/PPSR*)
- Markt für Nutzer von News-Sites (RPW 2009/3, 259 Rz 97, *Tamedia/PPSR*)
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Rubrikanzeigen (RPW 2009/3, 259 Rz 103 ff., *Tamedia/PPSR*)
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen (RPW 2009/3, 261 Rz 115 ff., *Tamedia/PPSR*)

44. Werbeseitig handelt es sich gemäss Meldung um folgende Märkte:

- Markt für nationale Print-Firmenwerbung in Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen (RPW 2009/3, 265 Rz 158 ff., *Tamedia/PPSR*)
- Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Tages- und Lokalzeitungen sowie (Gratis-)Anzeigern (RPW 2009/3, 256 Rz 158 ff., *Tamedia/PPSR*)
- Markt für Inserenten in nationalen (Print-/Online-)Rubrikanzeigen (RPW 2009/3, 262 Rz 133 ff., *Tamedia/PPSR*)
- Markt für Inserenten in lokalen/regionalen (Print-/Online-)Rubrikanzeigen (RPW 2009/3, 263 Rz 140, *Tamedia/PPSR*)

<sup>16</sup> Das Kalenderjahr 2010 ist das Geschäftsjahr, das dem Verpflichtungsgeschäft und dem Ausübungszeitpunkt der Call Option [...] vorausgeht.

- Markt für (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen (RPW 2009/3, 264 Rz 143, *Tamedia/PPSR*)
- Markt für Online-Firmenwerbung, welcher nach der in der Meldung vertretenen Ansicht nicht weiter zu unterteilen ist.

45. Der in der Meldung vorgenommenen sachlichen Marktabgrenzung kann grundsätzlich gefolgt werden, zumal sie bis auf den Markt für Online-Firmenwerbung der aktuellen Praxis der Wettbewerbskommission entspricht.<sup>17</sup> Betreffend den Markt für Online-Firmenwerbung ist dagegen die jüngste Praxis zu bestätigen, wonach sich dieser zunächst in einen Markt für die Vermittlung von Werbefläche und einen Markt für die Bereitstellung von Werbefläche unterteilt (RPW 2012/1, 153 f. Rz 90 ff., *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*). Beide Märkte lassen sich sodann je weiter in einen Markt für statische Werbeformen (insbesondere Bannerwerbung) und einen Markt für dynamische Werbeformen (insbesondere Suchmaschinen- und Netzwerkwerbung) unterteilen. Vorliegend wird in der Meldung keine Tätigkeit von LT im Markt für die Vermittlung von Werbefläche angegeben. Ebenso bietet LT gemäss Meldung keine dynamischen Werbeformen an, weshalb nachfolgend nur der sachlich relevante Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen weiter analysiert wird.

46. Generell ist anzumerken, dass sich die Situation im Medienbereich in stetigem Wandel befindet. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass diese Marktabgrenzung inskünftig überdacht werden wird (vgl. RPW 2007/4, 607 Rz 31, *Tamedia AG/Espace Media Groupe*). Dabei dürfte auch eine terminologische Angleichung mit der jüngsten Praxis (Bereitstellung von [Werbe-]Fläche) angezeigt sein (vgl. RPW 2012/1, 154 Rz 96 ff., *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*).

#### B.5.1.2 Räumlich relevante Märkte

47. 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).

48. In der Meldung werden die Nutzermärkte räumlich wie folgt abgegrenzt:

- Lesermarkt für Tageszeitungen
  - o WEMF-Wirtschaftsgebiet (nachfolgend: WG 32 (Solothurn))
  - o WG 34 (Berner Mittelland)
- Markt für Nutzer von News-Sites
  - o Deutschschweiz
  - o Grossraum Bern (WG 22 [Berner Oberland], 32, 33 [Berner Seeland], 34)
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Rubrikanzeigen
  - o Deutschschweiz
  - o Grossraum Bern
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen

- o Deutschschweiz
- o Grossraum Bern

49. Werbeseitig werden in der Meldung folgende räumliche Marktabgrenzungen vorgenommen:

- Markt für nationale Print-Firmenwerbung in Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen in der Deutschschweiz
- Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Tages- und Lokalzeitungen sowie (Gratis-)Anzeigen
  - o WG 32
  - o WG 34
- Markt für Inserenten in nationalen (Print-/Online-)Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz
- Markt für Inserenten in lokalen/regionalen (Print-/Online-)Rubrikanzeigen im Grossraum Bern
- Markt für (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen
  - o Deutschschweiz
  - o Grossraum Bern
- Markt für Online-Firmenwerbung in der Deutschschweiz

50. Der in der Meldung vorgenommenen räumlichen Marktabgrenzung kann grundsätzlich gefolgt werden. Dabei ist allerdings in Bezug auf den Lesermarkt für Tageszeitungen und den Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung zu berücksichtigen, dass die WEMF-Wirtschaftsgebiete nach der Praxis der Wettbewerbskommission keine absolute Grösse darstellen. Vielmehr wurden diese als Annäherung für ein Verbreitungsgebiet im konkreten Fall verwendet (RPW 2009/3, 255 f. Rz 80 und 83, *Tamedia/PPSR*, RPW 2007/4, 608 Rz 39 f., *Tamedia AG/Espace Media Groupe*). Vorliegend wäre es aufgrund des Verbreitungsgebiets des LT<sup>18</sup> somit nicht ausgeschlossen, für die oben genannten Märkte eine engere räumliche Marktabgrenzung als die WG 32 und 34 vorzunehmen. Es bestehen jedoch – wie sich nachfolgend zeigen wird – keine Anzeichen, dass eine engere Marktabgrenzung (konkret WEMF-Teilwirtschaftsgebiet 32 Mitte)<sup>19</sup> zu einem anderen Ergebnis führen würde (vgl. Rz 55).

51. Der Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen wurde von der Wettbewerbskommission bisher räumlich noch nicht abgegrenzt. Im Entscheid *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN* wurde jedoch für die dynamischen Werbeformen Bezug auf die Praxis der EU-Kommission genommen, welche den Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen nach Länder- oder Sprachgrenzen abgrenzt. In diesem Sinne kann vorliegend die Deutschschweiz als räumlich relevanter Markt übernommen werden.

<sup>17</sup> Die terminologischen Abweichungen betreffend den Markt für [Inserenten in] (Print-/Online)Ankündigungsanzeigen scheint vorliegend nicht von Bedeutung. Zur einer allfällig zukünftigen Präzisierung vgl. Rz 46.

<sup>18</sup> Verbreitungsgebiet des az Langenthaler Tagblatt <http://service.langenthalertagblatt.ch/inserieren/mediendaten.php> (20.2.2012).

<sup>19</sup> WEMF Gebietskarten → WEMF-Teilwirtschaftsgebiete <http://www.wemf.ch/d/forschung/gebiets-karten.php> (22.12.2012).

### B.5.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

52. 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.

53. Vorliegend werden nur diejenigen Märkte analysiert, in denen sowohl Tamedia als auch LT tätig sind, obwohl nicht ausgeschlossen werden kann, dass es sich bei gewissen Märkten, in denen nur eines der beteiligten Unternehmen tätig ist, um betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU handeln könnte.

Tabelle 2: Marktanteile der beteiligten Unternehmen gemäss Meldung

Markt	Marktanteile im Jahr 2010		
	Tamedia	LT	gemeinsam
Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 32	[10-20 %]	[0-10 %]	[10-20 %]
Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 34	[60-70 %]	[0-10 %]	[60-70 %]
Markt für Nutzer von News-Sites in der Deutschschweiz	[20-30 %]	[0-10 %]	[20-30 %]
Markt für Nutzer von News-Sites im Grossraum Bern	[20-30 %]	[0-10 %]	[20-30 %]
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	[10-20 %]	[0-10 %]	[10-20 %]
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen im Grossraum Bern	[20-30 %]	[0-10 %]	[20-30 %]
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen in der Deutschschweiz	[10-20 %]	[0-10 %]	[10-20 %]
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen im Grossraum Bern	[20-30 %]	[0-10 %]	[20-30 %]
Markt für nationale Print-Firmenwerbung in der Deutschschweiz	[20-30 %]	[0-10 %]	[20-30 %]
Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung im WG 34	[20-30 %]	[0-10 %]	[20-30 %]
Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung im WG 32	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
Markt für Inserenten in nationalen (Print-/Online-) Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
Markt für Inserenten in lokalen/regionalen (Print-/Online-) Rubrikanzeigen im Grossraum Bern	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
Markt für Inserenten in (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen in der Deutschschweiz	[10-20 %]	[0-10 %]	[10-20 %]
Markt für Inserenten in (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen im Grossraum Bern	[10-20 %]	[0-10 %]	[10-20 %]
Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen	[20-30 %]	[0-10 %]	[20-30 %]

54. Wie aus Tabelle 2 hervorgeht, liegen vorliegend folgende betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor:

- Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 34
- Markt für Nutzer von News-Sites in der Deutschschweiz
- Markt für Nutzer von News-Sites im Grossraum Bern

- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen im Grossraum Bern
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen im Grossraum Bern
- Markt für nationale Print-Firmenwerbung in der Deutschschweiz
- Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung im WG 34

- Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen

55. Bezüglich des nach Angaben der Zusammenschlussparteien nicht betroffenen Lesermarkts für Tageszeitungen im WG 32 ist anzumerken, dass bei einer engeren räumlichen Marktabgrenzung<sup>20</sup> hier womöglich auch ein betroffener Markt vorliegen würde. Allerdings scheinen auch bei einer engeren Marktabgrenzung keine Anzeichen für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu bestehen. So ist namentlich davon auszugehen, dass ungeachtet der gemeinsamen Marktstellung von Tamedia und LT mit Ringier (Blick), der NZZ-Gruppe (NZZ) und der AZ-Medien (insbesondere der Solthurner Zeitung) ein ge-

wisser Wettbewerbsdruck besteht. Die Marktstellung von Ringier und der NZZ-Gruppe dürfte sich auch in einem potenziell abzugrenzenden räumlichen Markt WEMF-Teilwirtschaftsgebiet 32 Mitte nicht wesentlich anders präsentieren als im WG 34 (ca. 20 % für Blick und ca. 5 % für NZZ)<sup>21</sup>. Zudem umfasst das Verbreitungsgebiet der Solothurner Zeitung das Verbreitungsgebiet des LT vollumfänglich. Die Solothurner Zeitung hat nach eigenen Angaben in ihrem Verbreitungsgebiet eine durchschnittliche Reichweite von 28.6 %.<sup>22</sup>

### B.5.2.1 Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 34

56. In der Meldung werden die in Tabelle 3 aufgeführten Marktanteile für die beteiligten Unternehmen und ihre drei grössten aktuellen Konkurrenten angegeben.

Tabelle 3: Marktanteile im betroffenen Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 34

		Gesamtmarkt	beteiligte Unternehmen		Grösste aktuelle Konkurrenten		
			Tamedia	LT	Ringier	Freiburger Nachrichten AG	NZZ AG
2010	Tsd Leser	383	[...]	[...]	72	25	20
	MA	100 %	[60-70 %]	[0-10 %]	19 %	7 %	5 %
2009	Tsd Leser	382	[...]	[...]	62	24	20
	MA	100 %	[70-80 %]	[0-10 %]	16 %	6 %	5 %
2008	Tsd Leser	371	[...]	[...]	77	23	22
	MA	100 %	[60-70 %]	[0-10 %]	21 %	6 %	6 %

57. Anlässlich des Zusammenschlusses Tamedia/Media Espace Groupe sah die Wettbewerbskommission bei einem kumulierten Marktanteil der Zusammenschlussparteien von 60 – 70 % im Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 34 im Rahmen der vorläufigen Prüfung keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von Tamedia. Die Marktsituation, insbesondere die Marktstellung der Wettbewerber, hat seither keine wesentlichen Änderungen erfahren (vgl. RPW 2007/4, S.621 Tabelle Lesermärkte, *Tamedia AG/Espace Media Groupe*).

58. Auch niedrige Marktanteilsadditionen können in der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen nicht zwangsläufig als unproblematisch angesehen werden, falls das übernehmende Unternehmen über eine starke Stellung verfügt. Vorliegend erfolgt die Marktanteilsaddition zugunsten des stärksten Marktteilnehmers, was jedoch dadurch zu relativieren ist, dass insbesondere mit Ringer ein relativ starker Wettbewerber vorhanden ist. Zudem können auch die Freiburger Nachrichten AG und die NZZ AG mit ihren jeweiligen Marktanteilen eine nicht zu vernachlässigende disziplinierende Wirkung entfalten (vgl. RPW 2006/2, 256 f. Rz 75 und 87, *Swisscom Fixnet AG – Cybernet (Schweiz) AG*).

59. Vorangehende Ausführungen zeigen, dass die aktuelle Konkurrenz stark genug ist, sodass der Zusammenschluss nicht dazu führt, dass tamedia sich auf dem Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 34 in wesentli-

chem Umfang unabhängig von ihren Konkurrenten verhalten kann.

### B.5.2.2 Übrige betroffene Märkte

60. Wie aus Tabelle 2 ersichtlich ist, handelt es sich bei den Märkten für Nutzer von News-Sites in der Deutschschweiz, für Nutzer von News-Sites im Grossraum Bern, für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen im Grossraum Bern, für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen im Grossraum Bern, für nationale Print-Firmenwerbung in der Deutschschweiz, für lokale/regionale Print-Firmenwerbung im WG 34 und für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen um Märkte, in welchen die Tamedia gegenwärtig einen Marktanteil von [20-30 %] hält und in welchen die Marktanteilsaddition durch die Übernahme des LT jeweils [0-10 %] beträgt.

61. Es lässt sich somit feststellen, dass in den oben genannten Märkten Tamedia und LT zusammen durchschnittlich nicht über einen Marktanteil von mehr als 30 % verfügen. Vorliegend ergeben sich insbesondere auch aufgrund der Analyse der Wettbewerbssituation in den jeweiligen Märkten (Anzahl und Grösse der Wettbewerber) keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

<sup>20</sup> Vgl. vorne Rz 50.

<sup>21</sup> Meldung, Beilage 8; vgl. dazu auch RPW 2007/4, S.621 Tabelle Lesermärkte, *Tamedia AG/Espace Media Groupe*.

<sup>22</sup> Produktbroschüre AZ-Gesmatausgabe, S. 7, [http://www.azgesamt.ausgabe.ch/fileadmin/files/az\\_produktebroschuere.pdf](http://www.azgesamt.ausgabe.ch/fileadmin/files/az_produktebroschuere.pdf) (22.2.2012).

### B.5.3 Ergebnis

62. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 34, dem Markt für Nutzer von News-Sites in der Deutschschweiz, dem Markt für Nutzer von News-Sites im Grossraum Bern, dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen im Grossraum Bern,

dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen im Grossraum Bern, dem Markt für nationale Print-Firmenwerbung in der Deutschschweiz, dem Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung im WG 34 und dem Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

**8. NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN**

*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 9. Januar 2012*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 12. Januar 2012*

**A Sachverhalt****A.1 Vorhaben und Parteien****A.1.1 Das Vorhaben**

1. Am 12. Dezember 2011 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine gemeinsame Meldung der Neue Zürcher Zeitung AG (NZZ), der Ringier AG (Ringier), der Tamedia AG (Tamedia) sowie der cXense AS (cXense) über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen.<sup>1</sup> Danach beabsichtigen NZZ, Ringier, Tamedia und cXense ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen zu gründen, welches sie gemeinsam kontrollieren wollen.

2. Das Gemeinschaftsunternehmen ist noch nicht gegründet. Es wird voraussichtlich die Firma "PPN Schweiz AG" (PPN AG) tragen und seinen Sitz in Zürich haben. Die drei Medienunternehmen NZZ, Ringier und Tamedia beabsichtigen, gemeinsam unter der Bezeichnung "Premium Publisher Network" die Vermarktung der sogenannten Netzwerkwerbung auf ihren Websites aufzubauen. Die PPN AG soll dieses Netzwerk betreiben und die Netzwerkwerbung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung vermarkten (inklusive Rechnungsstellung und Inkasso). Die PPN AG wird dazu die dafür notwendige technische Infrastruktur (insbesondere die sogenannte Ad-Server-Technologie) und die notwendige Verkaufsorganisation bereitstellen.

3. Gemäss Meldung wird die PPN AG lediglich das sogenannte Restinventar der Websites der Medienunternehmen vermarkten. Alle anderen Werbeformen vermarkten die Medienunternehmen weiterhin je getrennt. Dies gilt insbesondere für das sogenannte Premium-Inventar, welches mit Bannerwerbung belegt wird.

4. Die Medienunternehmen sind nicht verpflichtet, ihr gesamtes Restinventar über die PPN AG vermarkten zu lassen. Sie werden sich lediglich verpflichten, [...] Zudem kann jedes Medienunternehmen selbständig entscheiden, welche seiner Websites sie der PPN AG zur Vermarktung des Restinventars ganz oder teilweise zur Verfügung stellt. Die PPN AG wird als eigenständiges Unternehmen auftreten und die Werbung in eigenem Namen und auf eigene Rechnung an ihre Kunden – die Werbetreibenden – verkaufen.

5. In der Meldung werden schliesslich auch verschiedene Nebenabreden geltend gemacht.

**A.1.2 Die Parteien****A.1.2.1 Neue Zürcher Zeitung AG**

6. NZZ ist die Herausgeberin der "Neue Zürcher Zeitung" und der "NZZ am Sonntag" und Teil der NZZ-Gruppe. Die NZZ-Gruppe ist namentlich in den Bereichen Tages- und Sonntagszeitungen, Online-Medien, Fernsehen und Radio, Zeitschriften und Magazine, Bücher sowie Zeitungs- und Akzidenzdruck tätig. Die NZZ-Gruppe ist vor allem in der Schweiz tätig.

7. NZZ ist ein 100 %-Tochterunternehmen der Aktiengesellschaft für die Neue Zürcher Zeitung (AG NZZ) und hält seinerseits folgende Beteiligungen:

[<nzzmediengruppe.ch/unternehmen/beteiligungen/> (9.1.2012)]

8. Die AG NZZ hält nebst der Beteiligung an NZZ folgende Beteiligungen:

[<nzzmediengruppe.ch/unternehmen/beteiligungen/> (9.1.2012)]

9. Gemäss Antwortschreiben vom 19. Dezember 2011 (Antwortschreiben) sind für die NZZ-Gruppe insbesondere folgende Websites registriert:

[...].

**A.1.2.2 Ringier AG**

10. Ringier ist die Muttergesellschaft der im Verlags- und Medienbereich aktiven Gesellschaften der Ringier-Gruppe. Diese gibt weltweit Zeitungen und Zeitschriften heraus und produziert und vermarktet Fernsehsendungen. Die Ringier-Gruppe ist darüber hinaus an Radio- und Fernsehsendern beteiligt und Betreiberin elektronischer Medien im In- und Ausland. Die Ringier-Gruppe ist auch im Bereich Zeitungs- und Akzidenzdruck tätig.

11. Ringier hält in der Schweiz folgende Beteiligungen:

[<www.ringier.ch/index.cfm?rub=280> (9.1.2012)]

12. Gemäss Antwortschreiben sind für die Ringier-Gruppe insbesondere folgende Websites registriert:

[...].

**A.1.2.3 Tamedia AG**

13. Tamedia ist die Muttergesellschaft eines Medienunternehmens, das insbesondere in den Bereichen Verlagswesen und elektronische Medien tätig ist. Die Tamedia-Gruppe ist Herausgeberin verschiedener Zeitungen, Zeitschriften und Betreiberin elektronischer Medien. Sie ist auch im Bereich Zeitungs- und Akzidenzdruck tätig. Die Tamedia-Gruppe ist schwergewichtig in der Schweiz tätig.

<sup>1</sup> Meldung vom 9. Dezember 2011; nachfolgend: Meldung.

14. Tamedia hält in der Schweiz folgende Beteiligungen:

[<[www.tamedia.ch/de/unternehmen/Documents/Beteiligungen\\_2011\\_03\\_D.pdf](http://www.tamedia.ch/de/unternehmen/Documents/Beteiligungen_2011_03_D.pdf)> (9.1.2012)]

15. Gemäss Antwortschreiben sind für die Tamedia-Gruppe insbesondere folgende Websites registriert:

[...].

#### **A.1.2.4 cXense AS**

16. cXense ist eine im Jahr 2010 gegründete norwegische Gesellschaft. Sie ist im Bereich "cloud Computing" tätig und erbringt technische Dienstleistungen für Online-Werbung. cXense betreibt eine Plattform für Online-Werbung, über welche die Kunden eigene Angebote im Bereich Online-Werbung abwickeln können. cXense ist auch im Bereich "web analytics" tätig und ermöglicht ihren Kunden Auswertungen zur Reichweite von Websites und Online-Werbung. cXense verfügt insbesondere über das notwendige Know-how um sogenannte Netzwerkwerbung zu betreiben. Netzwerkwerbung ist eine neue Form von Online-Werbung, die dadurch gekennzeichnet ist, dass die Werbung mittels sogenannter Targeting-Methoden zielgruppenorientiert erfolgt und häufig erfolgsbasiert abgerechnet wird (z.B. "pay-per-click" oder "pay-per-sale") und mit der eine Vielzahl von Websites zu einem virtuellen Werbe-Netzwerk zusammengefasst werden.

## **A.2 Verfahren**

17. Am 14. Oktober 2011 ging beim Sekretariat ein Meldungsentwurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein.<sup>2</sup> Mit Schreiben vom 3. November 2011 nahm das Sekretariat zum Meldungsentwurf Stellung.

18. Gestützt auf die Medienmitteilung der Parteien vom 30. November 2011<sup>3</sup> versandte das Sekretariat Fragebögen an insgesamt 45 Anbieter, Nachfrager und Vermittler von Online-Werbeflächen.

19. Am 12. Dezember 2011 reichten die Parteien die gemeinsame Meldung gemäss Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 Bst. b der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) ein.

20. Mit Schreiben vom 13. Dezember 2011 bestätigte das Sekretariat den Eingang und die Vollständigkeit der Meldung. Gemäss Art. 20 Abs. 1 VKU beginnt die Frist von einem Monat für die Einleitung des Prüfungsverfahrens am Tag nach Eingang der vollständigen Meldung, im vorliegenden Fall daher am 13. Dezember 2011, und endet am 13. Januar 2012.

21. Im Schreiben vom 13. Dezember 2011 verlangte das Sekretariat in Anwendung von Art. 15 VKU weitere Auskünfte und Unterlagen. Die Antwort der meldenden Unternehmen ging am 19. Dezember 2011 ein.

## **B Erwägungen**

### **B.1 Geltungsbereich**

22. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wett-

bewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

#### **B.1.1 Unternehmen**

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

24. Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass die in der Meldung erwähnte einfache Gesellschaft "Premium Publisher Network" nicht als Unternehmen zu qualifizieren ist, da sie weder als Nachfrager noch als Anbieter im Wirtschaftsprozess auftritt. Es erübrigt sich somit zu prüfen, ob bereits die Gründung der einfachen Gesellschaft einen Zusammenschluss darstellt.

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

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

26. Gründen zwei oder mehr Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Vollfunktion) und in dieses Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (Art. 2 Abs. 2 VKU).

##### **B.1.2.1 Erlangung der Kontrolle**

27. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen (Zielunternehmen), wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Zielunternehmens auszuüben (Art. 1 VKU).

28. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG kann die Kontrolle über ein Zielunternehmen sowohl unmittelbar als auch mittelbar erlangt werden. Beim unmittelbaren Kontrollerwerb erlangt dasjenige Unternehmen die Kontrolle, welches aus den jeweiligen Rechtsverhältnissen (Statuten, Aktionärsbindungsvertrag, etc.) direkt am Zielunternehmen berechtigt ist. Dies ist grundsätzlich bei jedem Übernahmevergang der Fall. Wenn jedoch ein Unternehmen an einem Zielunternehmen berechtigt wird, welches seinerseits von einem dritten Unternehmen (Mutterunternehmen) kontrolliert wird, so findet möglicherweise kein unmittelbarer, sondern ausschliesslich ein mittelbarer Kontrollerwerb statt.

<sup>2</sup> Meldungsentwurf vom 13. Oktober 2011.

<sup>3</sup> [www.tamedia.ch/de/mediencorner/medienmitteilungen/Documents/20111130%20MIT%20PPN%20Final%20bereinigt%20DE.pdf](http://www.tamedia.ch/de/mediencorner/medienmitteilungen/Documents/20111130%20MIT%20PPN%20Final%20bereinigt%20DE.pdf) (9.1.2012).

29. Im vorliegenden Zusammenhang ist festzustellen, dass die AG NZZ eine 100 %-Beteiligung am meldenden Unternehmen NZZ hält.<sup>4</sup> Es könnte damit in casu grundsätzlich ein mittelbarer Kontrollwerb durch die AG NZZ vorliegen, sofern diese ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG ist. Möglicherweise wären gar die drei Medienkonzerne je als Ganzes als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren und damit kontrollierend. Dies ist allerdings im vorliegenden Fall nicht entscheidend, weshalb diese Frage offen gelassen werden kann. Es wird im Folgenden unpräjudiziell davon ausgegangen, dass NZZ, Ringier, Tamedia und cXense die kontrollierenden Unternehmen sind.

30. Als Mittel der Kontrolle kommen gemäss Art. 1 Bst. a und b VKU insbesondere in Frage: Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des zu kontrollierenden Unternehmens sowie Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des zu kontrollierenden Unternehmens gewähren.

31. Bei cXense stehen deren 100 %-Aktienbeteiligung an der PPN AG und die sich daraus ergebenden Rechte als Kontrollmittel im Vordergrund. Bei den Medienunternehmen NZZ, Ringier und Tamedia kann sich eine Kontrolle aufgrund [...] ergeben. Gemäss [...] vertraglich zugesichert.

### B.1.2.2 Gemeinsame Kontrolle

32. Gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben.<sup>5</sup> Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss.<sup>6</sup> Die Praxis der Wettbewerbskommission nimmt dabei Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission.<sup>7</sup>

33. Die EU-Kommission führt dazu in ihrer *Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen*<sup>8</sup> (EU-Mitteilung) aus, dass im Unterschied zur alleinigen Kontrolle, bei der ein einzelner Gesellschafter die strategischen Entscheidungen des Unternehmens bestimmen kann, bei einer gemeinsamen Kontrolle Pattsituationen entstehen können, weil zwei oder mehr der Muttergesellschaften die Möglichkeit haben, strategische Entscheidungen zu blockieren. Diese Gesellschafter müssen folglich die Geschäftspolitik des Gemeinschaftsunternehmens einvernehmlich festlegen und zusammenarbeiten.<sup>9</sup>

34. Eine gemeinsame Kontrolle liegt dann vor, wenn die Muttergesellschaften bei allen wichtigen Entscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen.<sup>10</sup> Dort wo bei zwei vorhandenen Muttergesellschaften ungleiche Beteiligungsverhältnisse gegeben sind oder es mehr als zwei

Muttergesellschaften gibt, kann dies unter anderem dann vorliegen, wenn die Minderheitsgesellschafter zusätzliche Rechte haben, die es ihnen ermöglichen, gegen Entscheidungen, die für das strategische Wirtschaftsverhalten des Gemeinschaftsunternehmens wesentlich sind, ein Veto einzulegen.<sup>11</sup> Diese Vetorechte müssen sich allerdings auf strategische geschäftspolitische Entscheidungen in dem Gemeinschaftsunternehmen beziehen. Sie müssen über das hinausgehen, was in der Regel Minderheitsgesellschaftern an Vetorechten eingeräumt wird, um ihre finanziellen Interessen als Kapitalgeber des Gemeinschaftsunternehmens zu schützen. Ein Vetorecht beispielsweise, mit dem ein Verkauf oder eine Abwicklung des Gemeinschaftsunternehmens verhindert werden kann, gibt dem Minderheitsgesellschafter noch keine gemeinsame Kontrolle.<sup>12</sup>

35. In der Meldung wird dazu Folgendes ausgeführt: Die PPN AG werde als eigenständige Aktiengesellschaft von cXense gegründet und eine 100 %-Tochtergesellschaft von cXense sein. NZZ, Ringier und Tamedia erhielten aber vertragliche Kontrollrechte über die PPN AG, [...]. Damit verfüge jedes Medienunternehmen über Vetorechte. [...]. Wichtige Beschlüsse in der Generalversammlung und im Verwaltungsrat könnten nur mit Zustimmung von NZZ, Ringier und Tamedia gefasst werden. Dazu gehörten namentlich [...]. Somit liege eine gemeinsame Kontrolle der vier beteiligten Unternehmen NZZ, Ringier, Tamedia und cXense vor. Jedes Unternehmen könne je einzeln für wichtige Geschäftsentscheidungen sein Vetorecht ausüben.

36. Im Organisationsreglement des Verwaltungsrates der PPN AG (Organisationsreglement) wird gemäss dessen Ziffer 6.1, welche im Wesentlichen der Ziffer 10.1 BCA entspricht, die Zustimmung von jedem der Verwaltungsräte von NZZ, Ringier und Tamedia für folgende Beschlüsse verlangt:

[...].

37. Das Zustimmungserfordernis gemäss Organisationsreglement bzw. BCA führt zu einem Vetorecht von NZZ, Ringier und Tamedia hinsichtlich der genannten Entscheidungen. Dabei handelt es sich unzweifelhaft um strategische geschäftspolitische Entscheidungen im Sinne der vorangehenden Ausführungen<sup>13</sup>. Da cXense [...] können auch keine Verwaltungsratsbeschlüsse gegen den Willen von cXense ergehen. Die genannten strategischen geschäftspolitischen Entscheidungen können somit nur durch Kooperation aller vier Unternehmen – NZZ, Ringier, Tamedia und cXense – erfolgen, mithin diese die PPN AG gemeinsam kontrollieren.

<sup>4</sup> Vgl. vorangehende Rz 7.

<sup>5</sup> Vgl. MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 223.

<sup>6</sup> Vgl. RPW 2008/2, 275 Rz 16, *Sony Ericsson/Motorola*.

<sup>7</sup> Vgl. RPW 2005/2, 349 Rz 23 f., *Swissgrid*; RPW 2006/3, 480 Rz 36, *Atel - EOSH-Aktiven*.

<sup>8</sup> ABl. C 43/10 vom 21.2.2009.

<sup>9</sup> Vgl. EU-Mitteilung, Rz 62.

<sup>10</sup> Vgl. EU-Mitteilung, Rz 63.

<sup>11</sup> Vgl. EU-Mitteilung, Rz 65.

<sup>12</sup> Vgl. EU-Mitteilung, Rz 66; vgl. zum Ganzen auch BSK KG-REINERT (Fn 23), Art. 4 Abs. 3 KG N 231 ff.

<sup>13</sup> Vgl. vorangehende Rz 34.

### B.1.2.3 Vollfunktion

38. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission liegt der Vollfunktionscharakter eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 2 Abs.1 VKU unter folgenden Voraussetzungen vor:<sup>14</sup>

- Das Gemeinschaftsunternehmen muss als Nachfrager oder Anbieter am Markt auftreten.
- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigene Geschäftspolitik verfolgen zu können.
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt, d.h. es ist dazu bestimmt und in der Lage, seine Tätigkeiten zeitlich unbegrenzt, zumindest aber langfristig auszuüben.
- Das Gemeinschaftsunternehmen muss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen.

#### B.1.2.3.1. Marktauftritt

39. Soweit ein Gemeinschaftsunternehmen als Anbieter auf dem Markt auftritt, ist nach der Praxis der Wettbewerbskommission das entsprechende Vollfunktionsmerkmal regelmässig zu bejahen. Tritt es hingegen nur als Nachfrager auf, ist zu prüfen, ob es mehr als eine spezifische Funktion in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften übernimmt. Übt das Gemeinschaftsunternehmen nur eine Hilfsfunktion in der Geschäftstätigkeit der Mutterunternehmen aus und hat somit keinen eigenen Marktzugang bzw. keine eigene Marktpräsenz, handelt es sich nicht um ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen.<sup>15</sup>

40. In der Meldung wird ausgeführt, dass die PPN AG auf dem Markt für die Vermarktung / Vermittlung von Werbung tätig sei und die gleichen Funktionen und Tätigkeiten ausüben werde, wie es die zahlreichen anderen Anbieter von Werbe-Vermarktungsdienstleistungen (z.B. Google, Publigroupe, Goldbach Media etc.) heute schon machen würden. Die PPN AG werde in eigenem Namen und auf eigene Rechnung am Markt auftreten sowie über einen eigenen Marktzugang und eine eigene Marktpräsenz verfügen. Der Marktauftritt der PPN AG erfolge unter ihrer eigenen Firma und damit unabhängig von den kontrollierenden Unternehmen. Die PPN AG erfülle nicht bloss eine Hilfsfunktion in der Geschäftstätigkeit der Medienunternehmen, sondern erbringe eine eigenständige Marktleistung in Konkurrenz zu den anderen, heute bereits etablierten Vermarktern.

41. Gestützt auf die Angaben in der Meldung ist davon auszugehen, dass PPN AG gegenüber Werbetreibenden als Anbieter von Online-Werbeflächen auftreten wird. Das Vollfunktionskriterium des Marktauftritts ist daher zu bejahen.

#### B.1.2.3.2. Selbständige wirtschaftliche Einheit

42. Das Erfordernis der selbständigen wirtschaftlichen Einheit bedeutet nach Praxis und Lehre nicht, dass das Gemeinschaftsunternehmen sämtliche Entscheidungen selbständig treffen können muss. Dass auf strategischer

Ebene die Mutterunternehmen die Entscheidungen treffen und nicht das Gemeinschaftsunternehmen ist gerade Voraussetzung für das Vorliegen gemeinsamer Kontrolle. Das Vollfunktionskriterium der selbständigen wirtschaftlichen Einheit beschlägt daher die Selbständigkeit der Gemeinschaftsunternehmens in operativer / funktionaler Hinsicht.<sup>16</sup>

43. Gemäss Meldung werde die PPN AG eine eigenständige Geschäftspolitik verfolgen und sowohl bei der Produkt- als auch bei der Preisgestaltung der von ihr angebotenen Produkte und Dienstleistungen über weitgehende Autonomie verfügen. [...]. Schliesslich sei in Bezug auf die Preisgestaltung auch zu beachten, dass im Bereich der Netzwerkwerbung die Preisfindung je länger je häufiger über Auktionen erfolge. Die effektiv bezahlten Preise ergäben sich in diesem Fall aus den Geboten der Werbetreibenden und würden nicht vom Anbieter festgelegt. Die weitgehende Autonomie der PPN AG in den marktrelevanten Fragen sei schon allein deshalb notwendig, weil es sich bei der Netzwerkwerbung um eine Werbeform handle, welche sich sehr schnell weiterentwickle. Entsprechend werde auch die PPN AG ihre Angebote und Preismodelle laufend an neue Bedürfnisse der Werbetreibenden anpassen müssen. Dies sei nur möglich, wenn die PPN AG über die entsprechende Autonomie verfüge.

44. Entsprechend den Ausführungen in der Meldung wird die PPN AG als selbständige wirtschaftliche Einheit zu qualifizieren sein.

#### B.1.2.3.3. Auf Dauer angelegt

45. Wann ein Zusammenschluss und die damit einhergehende Veränderung der Marktstruktur von Dauer ist, kann nicht verallgemeinert werden. Die Dauerhaftigkeit kann sich gemäss der Praxis der Wettbewerbskommission aus dem Umstand ergeben, dass das Gemeinschaftsunternehmen gemäss Statuten oder Gründungsverträgen auf unbestimmte Dauer angelegt ist.<sup>17</sup> Auch kann in der Regel die Tatsache, dass die kontrollierenden Unternehmen dem Gemeinschaftsunternehmen Ressourcen übertragen, als Nachweis für die Dauerhaftigkeit gelten.<sup>18</sup>

46. Gemäss Meldung sei es der klare Wille aller Parteien, dass sich die PPN AG langfristig als eigenständiger Vermarkter von Online-Werbung im Markt etablieren könne. Entsprechend sei die PPN AG auf unbestimmte Dauer angelegt. [...].

<sup>14</sup> Vgl. RPW 2011/2, 283 Rz 3, *Resun Plus AG*.

<sup>15</sup> Vgl. RPW 2011/2, 283 Rz 4 f., *Resun Plus AG*.

<sup>16</sup> Vgl. BSK KG-REINERT (Fn 23), Art. 4 Abs. 3 KG N 316.

<sup>17</sup> Vgl. RPW 2005/2, 360 Rz 30, *Cashgate*.

<sup>18</sup> Vgl. RPW 2009/4, 390 Rz 107, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*; vgl. zum Ganzen auch BSK KG-REINERT (Fn 23), Art. 4 Abs. 3 KG N 362.

47. [...].

48. [...].

49. [...].

50. Nachdem die PPN AG noch nicht gegründet ist, kann nicht überprüft werden, ob deren Statuten allenfalls eine Befristung enthalten.

51. Entgegen der in der Meldung vertretenen Ansicht, kann aus dem Umstand, dass gemäss Praxis der Wettbewerbskommission zu gestaffelten Transaktionen die Anlaufzeit maximal ein Jahr betragen darf, nicht darauf geschlossen werden, dass das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer angelegt ist, wenn es für mehr als ein Jahr Dauer gegründet wird.

52. Insgesamt lässt sich vorliegend nicht mit letzter Sicherheit feststellen, ob PPN AG tatsächlich auf Dauer angelegt wird. Die Parteien sind indes auf ihrem in der Meldung geäusserten Willen zu behaften, PPN AG auf unbestimmte Dauer zu gründen bzw. zu betreiben. Unter dieser Prämisse erweist sich das Vollfunktionskriterium der Dauerhaftigkeit als gegeben. Sollte sich nachträglich erweisen, dass PPN AG doch nicht von Dauer ist, ist anzumerken, dass diesfalls ein Widerrufsgrund im Sinne von Art. 38 Abs. 1 Bst. a KG vorliegen könnte.

#### B.1.2.3.4. Management und Ressourcen

53. Ob ein Gemeinschaftsunternehmen nebst dem Management über ausreichende personelle und finanzielle Ressourcen verfügt, lässt sich nicht in allgemeiner Weise bemessen. Welche Ressourcen als ausreichend zu qualifizieren sind, bestimmt sich aufgrund der konkreten Geschäftstätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens.<sup>19</sup>

54. Gemäss Meldung werde die PPN AG mit den für den Geschäftsbetrieb notwendigen finanziellen Ressourcen ausgestattet sein und über ein eigenes Management verfügen, das die Geschäftspolitik der PPN AG festlegen und umsetzen werde. [...]. Diese Ressourcenausstattung versetze die PPN AG in die Lage, eine eigene Geschäftspolitik zu betreiben und am Markt eigenständig aufzutreten.

55. Gestützt auf die Angaben in der Meldung ist davon auszugehen, dass die PPN AG sowohl über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management als auch ausreichende Ressourcen verfügen wird. Die Vollfunktionsgemeinschaft ist auch diesbezüglich zu bejahen.

#### B.1.2.4 Einbringung von Geschäftstätigkeit

56. Nach der Praxis der Wettbewerbskommission ist dieses Tatbestandsmerkmal üblicherweise weit auszulegen. Danach genügt zu dessen Erfüllung bereits die Einbringung von Vertriebsorganisation, Produktionsanlagen oder wesentlichem Know-how.<sup>20</sup>

57. In der Meldung wird dazu ausgeführt, dass [...]. Die Medienunternehmen würden ihrerseits die Vermarktung eines Teils ihres Restinventars / ihrer Websites in die PPN AG einbringen. Bisher sei diese Geschäftstätigkeit von anderen Vermarktern (insbesondere Google) ausgeführt worden. Die Medienunternehmen würden diese Geschäftstätigkeit zusammen mit dem gesamten dazu gehörenden Marktumsatz in die PPN AG einbringen. Dieser Marktumsatz, den bisher die anderen Vermarkter

(insbesondere Google) mit dem Verkauf der Netzwerkwerbung auf den Websites der drei Medienunternehmen erzielt hätten, werde neu von der PPN AG erzielt.

58. Aufgrund der Angaben in der Meldung ist auch das Kriterium des Einbringens von Geschäftstätigkeit vorliegend als erfüllt zu betrachten. Die PPN AG ist damit als Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen zu qualifizieren.

#### B.1.3 Beteiligte Unternehmen

59. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU).

60. Entsprechend dem zuvor Ausgeführten sind NZZ, Ringier, Tamedia und cXense als kontrollierende Unternehmen einerseits und die PPN AG als kontrolliertes Unternehmen andererseits als beteiligt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU zu betrachten.

#### B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

#### B.3 Nebenabreden

62. Zu prüfen ist, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden<sup>21</sup> enthält, die mit dem Vorhaben bzw. dem Gemeinschaftsunternehmen unmittelbar verbunden und für sein Funktionieren notwendig sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen.<sup>22</sup> Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid.<sup>23</sup> Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.

63. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die Wettbewerbskommission ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich nach der *Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs*,

<sup>19</sup> Vgl. BSK KG-REINERT (Fn 23), Art. 4 Abs. 3 KG N 331.

<sup>20</sup> Vgl. RPW 2008/1, 125 Rz 17, *General Electric Company/Credit Suisse Private Equity*; vgl. auch BSK KG-REINERT (Fn 23), Art. 4 Abs. 3 KG N 374 ff.

<sup>21</sup> Gemeint ist eine wettbewerbsbeschränkende Abrede. Liegt keine Wettbewerbsbeschränkung vor, so erübrigt sich jede weitere Prüfung (vgl. JÜRGEN BORER/JUHANI KOSTKA, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, Art. 32 KG N 89).

<sup>22</sup> Vgl. MICHAEL LEUPOLD, Sind Konkurrenzverbote Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes?, SZW 3/99, S. 150; ANDRAS PALASTHY, Droit des cartels, clause de non-concurrence et restrictions accessoires: une jurisprudence critiquable, in Bull. CEDIDAC n° 31, Juni 1999, p. 1.

<sup>23</sup> Vgl. PHILIPP ZURKINDEN, Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in der Schweiz und das neue schweizerische Kartellgesetz, 1999, S. 157 f.

die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind<sup>24</sup> (EU-Bekanntmachung) gerichtet.<sup>25</sup> Hinsichtlich Bezugs- und Lieferpflichten erfolgte bisher noch kein explizites Abstellen auf die EU-Bekanntmachung. Es erscheint aber als sachgerecht, sich auch diesbezüglich an die EU-Bekanntmachung anzulehnen.

64. Wettbewerbsabreden können nur dann als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sind in wirtschaftlicher Hinsicht mit der Unternehmensgründung verbunden und sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.<sup>26</sup>

65. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder gar nicht oder nur unter deutlich ungewisseren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.<sup>27</sup>

66. In der Meldung wird dazu Folgendes ausgeführt: "Für die getroffenen Nebenabreden wird auf die beiliegenden Vertragsentwürfe verwiesen (Beilage 8, Beilage 15, Beilage 16). Relevant dürften insbesondere folgende Bestimmungen sein:

[...].

Der Inhalt dieser Bestimmungen ergibt sich aus deren Wortlaut, weshalb darauf verwiesen wird."

67. Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass es sich beim Meldeverfahren nach Art. 9 und 32 f. KG um ein durch die Parteien eingeleitetes Verfahren im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) in Verbindung mit Art. 39 KG handelt. Danach sind die Parteien verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken. Zwar gilt aufgrund von Art. 12 VwVG in Verbindung mit Art. 39 KG auch für das Meldeverfahren die Untersuchungsmaxime<sup>28</sup>, wonach der Sachverhalt von der Behörde von Amtes wegen festzustellen ist.<sup>29</sup> Die Untersuchungsmaxime erfährt aber durch Art. 13 Abs. 1 Bst. a VwVG eine Abschwächung. In diesen Fällen liegt es in der Autonomie des Privaten, ein Verwaltungsverfahren

anzuheben und dessen Gegenstand zu bestimmen. Es gilt damit in jenen Fällen die Dispositionsmaxime.<sup>30</sup> Die Dispositionsmaxime beschlägt als Gegenstück zur Offizialmaxime die Frage der Verfügung über den Verfahrensgegenstand. D.h. sie beantwortet die Frage, wer über die Einleitung und Beendigung sowie den Umfang eines Verfahrens bestimmen kann. Unter Herrschaft der Dispositionsmaxime bestimmen die Parteien, ob ein Verfahren eröffnet wird. Sie haben es grundsätzlich auch in der Hand, das Verfahren durch Rückzug wieder zu beenden. Auch bestimmen die Parteien, worüber die Behörde entschieden soll. Dabei gilt, dass die Behörde nicht mehr oder etwas anderes bewilligen kann, als der Private verlangt hat.<sup>31</sup>

68. Für die Prüfung der Nebenabreden bedeutet die Dispositionsmaxime, dass die Parteien der Wettbewerbsbehörde in der Meldung anzugeben haben, welche Bestimmungen sie als Nebenabreden geprüft haben wollen. Es ist nicht Sache der Behörde, nach Vertragsbestimmungen zu forschen, für welche die Parteien die Qualifizierung als Nebenabrede geltend machen könnten.

69. Soweit ersichtlich enthält Ziffer 2.1 des PPN-Gesellschaftsvertrags keine potenziell wettbewerbsbeeinträchtigende Abrede, welche nicht bereits Gegenstand des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens bildet. Eine eigenständige Abrede, wie etwa ein Konkurrenzverbot oder die Abrede von Bezugs- und Lieferpflichten ist nicht gegeben. Ziffer 2.1 des PPN-Gesellschaftsvertrags stellt daher keine eigenständige Nebenabrede dar. Dasselbe gilt auch für die Ziffern 3 und 4 des PPN-Gesellschaftsvertrags.

70. [...] des PPN-Gesellschaftsvertrags statuiert im Wesentlichen [...]. Da jedoch [...], liegt keine mit dem Gemeinschaftsunternehmen unmittelbar verbundene Abrede vor. Es ist auch nicht ersichtlich, weshalb eine Abrede ausserhalb des PPN-Vermarktungsvertrags (bei welchem sowohl NZZ, Ringier und Tamedia als auch die PPN AG Vertragsparteien sind) für den vorliegenden Zusammenschluss unabdingbar wäre. Ziffer 7.3 des PPN-Gesellschaftsvertrags ist daher nicht als Nebenabrede zu qualifizieren. Dasselbe gilt auch für die Auftragsabwicklung und Ertragsaufteilung in Ziffer 8 des PPN-Gesellschaftsvertrags.

71. [...] Diese Bestimmung hat einen Einfluss auf die Frage der gemeinsamen Kontrolle. Eine Wettbewerbsabrede, welche über den Gegenstand des Zusammenschlussverfahrens bildenden Umfang hinausgeht, ist nicht ersichtlich. Ziffer 10 BCA stellt damit auch keine gesondert zu prüfende Nebenabrede dar.

<sup>24</sup> ABl. C 56/24 vom 5.3.2005.

<sup>25</sup> Vgl. RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>26</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.

<sup>27</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.

<sup>28</sup> Als Gegensatz zur Verhandlungsmaxime.

<sup>29</sup> Vgl. CHRISTOPH AUER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], 2008, Art. 12 VwVG N 6.

<sup>30</sup> Vgl. AUER (Fn 65), in: Kommentar VwVG, Art. 12 VwVG N 8; ebenso RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, 1996, S. 172 f., N 897.

<sup>31</sup> Vgl. AUER (Fn 65), in: Kommentar VwVG, Art. 12 VwVG N 8.

72. Der PPN-Vermarktungsvertrag regelt [...].

73. Ziffer 1 des PPN-Vermarktungsvertrags definiert den Gegenstand des Vertrags. In Ziffer 1.1 des PPN-Vermarktungsvertrags wird dabei eine Begriffsbestimmung vorgenommen, welche für sich genommen keine wettbewerbliche Relevanz aufweist und daher nicht als Nebenabrede in Frage kommt.

74. Nach [...] des PPN-Vermarktungsvertrags [...]. Eine Wettbewerbsbeschränkung ist in dieser Bestimmung nicht ersichtlich, womit auch hier keine Nebenabrede vorliegt.

75. Gemäss [...] des PPN-Vermarktungsvertrags [...]. Auch diese Bestimmung regelt lediglich den Gegenstand des Vertrages. Wettbewerbsbeschränkungen wie Exklusivrechte, Bezugs- und Lieferpflichten oder dergleichen werden auch hier nicht ersichtlich statuiert. Daher ist auch Ziffer 1.3. des PPN-Vermarktungsvertrags nicht als Nebenabrede zu qualifizieren.

76. [...].

77. [...].

78. Wettbewerbsverbote im Verhältnis der Gründerunternehmen zu einem Gemeinschaftsunternehmen können als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wenn sich diese Verpflichtungen auf die Waren, Dienstleistungen und Gebiete beziehen, die in der betreffenden Gründungsvereinbarung vorgesehen sind. Zwischen den Gründerunternehmen und einem Gemeinschaftsunternehmen bestehende Wettbewerbsverbote können so lange als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wie das Gemeinschaftsunternehmen besteht.<sup>32</sup>

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2010 (in Mio. CHF)

	NZZ-Gruppe	Ringier-Gruppe	Tamedia-Gruppe	cXense
Schweiz	[>100]	[>100]	[>100]	[...]
Weltweit	518,4	1263,9	806,3	[...]

84. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind damit erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

#### B.5 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

85. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

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

79. Hinsichtlich Abreden über Bezugs- und Lieferpflichten in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen verweist die EU-Bekanntmachung auf die Grundsätze, die bei der Übertragung von Unternehmen Anwendung finden, sofern die Gründerunternehmen in einem dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens vor- oder nachgelagerten Markt tätig bleiben.<sup>33</sup> Bezugs- und Lieferpflichten, mit denen sichergestellt werden soll, dass die zuvor bereitgestellten Mengen weiter geliefert werden, können für eine Übergangszeit bis zu fünf Jahren gerechtfertigt sein.<sup>34</sup>

80. Soweit in casu ein Konkurrenzverbot [...] vereinbart wird, kann dieses im Rahmen der erwähnten Grundsätze als zulässige Nebenabrede qualifiziert werden.

81. [...].

82. Die Bestimmungen in den Ziffern 5 und 7 des PPN-Vermarktungsvertrags gehen wiederum nicht über den Umfang an Wettbewerbseinschränkungen hinaus, welche bereits Gegenstand der Zusammenschlussprüfung bilden. Sie sind daher auch nicht als separate Nebenabreden zu qualifizieren.

#### B.4 Meldepflicht

83. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Mrd CHF oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Mio. CHF erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Mio. CHF erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

86. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

<sup>32</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 36.

<sup>33</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 44.

<sup>34</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 33.

87. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

88. Hierzu sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

### B.5.1 Marktabgrenzung

89. Aufgrund der Befragung von potenziellen Marktteilnehmern hat sich gezeigt, dass im Online-Bereich verschiedene Begriffsdefinitionen vorliegen. Eine allgemeingültige Definition der unterschiedlichen Formen von Online-Werbung ist nicht möglich. Für die vorliegende Beurteilung wird grundsätzlich auf die Begriffsdefinition in der Meldung abgestützt. Dabei handelt es sich aber lediglich um eine Momentaufnahme, da sich die Technologie und damit die Formen von Online-Werbung in stetem Wandel befinden.

- **Bannerwerbung:** Bei der Bannerwerbung bucht der Werbetreibende einen bestimmten Platz auf einer bestimmten Website, an dem seine Werbung erscheinen soll. Er bucht für seine Werbung mit anderen Worten ein bestimmtes Umfeld (z.B. Startseite von nzz.ch). Zur Verfügung stehen dem Werbetreibenden dazu grossflächige Formate. Weit verbreitet sind z.B. das sogenannte Leaderboard (zuoberst quer über der Website platziert), der sogenannte Skyscraper (rechts am Rande der Website der Höhe nach platziert) und das sogenannte Rectangle (grossflächiges Rechteck). Die Bannerwerbung dient in erster Linie dazu, die Marken / das Image des Werbetreibenden bei den Nutzern zu verankern oder in Erinnerung zu rufen. Bannerwerbung wird daher auch als Imagewerbung bezeichnet.
- **Suchmaschinenwerbung:** Dies ist diejenige Form von Online-Werbung, die auf Suchmaschinen Seiten ausgeliefert wird. Im Fall von Google wird z.B. alle auf google.ch ausgelieferte Werbung als Suchmaschinenwerbung bezeichnet. Suchmaschinen unterscheiden sich von anderen Websites dadurch, dass sie praktisch nur aus einer Suchmaske bestehen. Der Inhalt der Anzeige wird durch den Nutzer gesteuert, indem er durch seine Suchabfrage die Ausgabe bestimmter Suchergebnisse provoziert. Suchmaschinen sind aus diesem Grund prädestiniert für Werbung, bei welcher der Werbetreibende – wie bei der Netzwerkwerbung – ganz bestimmte Nutzer ansprechen will (z.B. jene die sich für Bergsport interessieren und eine entsprechende Suchabfrage starten). Sowohl bei der Netzwerkwerbung als auch bei der Suchmaschinenwerbung liegt der Focus auf Performance und Zielgruppengenauigkeit. Deshalb sind Suchmaschinenwerbung und Netzwerkwerbung eng miteinander verwandt und letztere hat sich aus der Suchmaschinenwerbung heraus entwickelt. Anders als bei der Netzwerkwerbung weiss der Werbekunde bei Suchmaschinenwer-

bung, dass seine Werbung auf der Resultatseite einer bestimmten Suchmaschine (z.B. Google oder local.ch) ausgeliefert wird.

- **Netzwerkwerbung:** Dies ist Online-Werbung, bei der der Werbetreibende lediglich den Kontext und/oder das Profil der Nutzer bestimmt, an welche die Werbung ausgeliefert werden soll. Anders als bei Bannerwerbung bucht der Werbetreibende aber keine bestimmte Website (Umfeld). Stattdessen liegt der Focus auf Performance und Zielgruppengenauigkeit. In der Regel wird diese Form der Werbung in einem Netzwerk mit zahlreichen Websites ausgeliefert. Der Werbetreibende weiss nicht, auf welcher Website im Netzwerk seine Werbung ausgeliefert werden wird.

#### B.5.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

91. In ihrer bisherigen Praxis hat die Wettbewerbskommission im Online-Werbebereich insbesondere einen Markt für Online-Firmenwerbung abgegrenzt.<sup>35</sup> Die daneben im Onlinebereich abgegrenzten Nutzer- und Inserentenmärkte sind vorliegend nicht von Bedeutung.<sup>36</sup>

92. Ob der Markt für Online-Firmenwerbung weiter zu unterteilen ist, hat die Wettbewerbskommission bisher offen gelassen.<sup>37</sup> In der Befragung des Sekretariats hat sich gezeigt, dass im Bereich der Bannerwerbung der Übergang zwischen Offline- und Online-Werbung durch den Fortschritt der Technologien zunehmend fließend wird. Da die PPN AG nach Angaben gemäss Meldung nicht im Bereich der Bannerwerbung tätig sein wird, kann diese Frage im vorliegenden Verfahren offen gelassen werden.

93. In der Meldung wird geltend gemacht, dass im Bereich der Online-Werbung ein gesonderter Markt für Vertrieb und Vermarktung von Netzwerkwerbung abzugrenzen sei. Dies wird damit begründet, dass sich die Netzwerkwerbung durch ihre typischen Elemente (kein zugesicherter Werbeplatz, Kontextabhängigkeit, Ausrichtung auf Zielgruppen, erfolgsbasierte Abrechnung, Belegung von Restinventar) stark von den übrigen Formen der Online-Werbung, insbesondere von der Bannerwerbung, unterscheidet. Dieser Auffassung kann, wie sich nachfolgend zeigt, nicht gänzlich gefolgt werden.

94. Die EU-Kommission grenzt in ihrer Praxis grundsätzlich zwei hier interessierende Märkte im Bereich der Online-Werbung ab: einen Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen und einen Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen.<sup>38</sup> Diese Unterteilung kann im vorliegenden Fall grundsätzlich übernommen werden.

<sup>35</sup> Vgl. RPW 2007/4, 612 Rz 80 f., *Tamedia AG/Espace Media Groupe*.

<sup>36</sup> Vgl. RPW 2009/3, 257 Rz 90 ff, *Tamedia/PPSR*.

<sup>37</sup> Vgl. RPW 2009/4, 397 Rz 181, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*.

<sup>38</sup> Vgl. Fall Nr. COMP/M.5676 *SevenOne Media/G+J Electronic Media Service/Tomorrow Focus Portal/IP Deutschland/JV* vom 27.7.2010, Rz 25 ff.

95. Auf die Abgrenzung des dritten von der EU-Kommission im Online-Bereich abgegrenzten Marktes – dem Markt für die Bereitstellung von Online-Display-Ad-serving-Technologie – kann im vorliegenden Fall verzichtet werden. Da die Technologie keine länderspezifischen Elemente aufweist und der entsprechende Markt in räumlicher Hinsicht international<sup>39</sup> abzugrenzen wäre, läge ohnehin kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

#### **B.5.1.1.1. Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen**

96. Bei den Marktgegensetzen handelt es sich angebotsseitig um die Betreiber von Websites, welche Dritten Werbeflächen auf diesen Plattformen zur Verfügung stellen. Nachfrager sind Werbetreibende, die Werbung auf den angebotenen Websites schalten wollen sowie Vermittler, welche Online-Werbeflächen für Werbetreibende oder andere Vermittler nachfragen.

97. Die Befragung der Marktteilnehmer hat ergeben, dass nachfrageseitig nicht ein einziger Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen besteht. Die Werbetreibenden fragen je nach Ziel, welches sie mit einer Werbekampagne erreichen wollen, unterschiedliche Formen der Bereitstellung von Online-Werbeflächen nach. Die überwiegende Mehrheit der Unternehmen gab bei der Befragung an, dass sie die verschiedenen Formen der Bereitstellung von Online-Werbeflächen als nicht substituierbar erachtet. Dies wurde zumeist damit begründet, dass mit jeder Form (insbesondere Banner- und Suchmaschinenwerbung) andere Ziele verfolgt würden. Teilweise wurde es auch damit begründet, dass jede Form andere Formate, andere Reichweiten oder andere Abrechnungsarten aufwies.

98. Aufgrund der von den Befragten angegebenen Bedürfnissen lässt sich der Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen grundsätzlich in zwei Märkte einteilen:

- **Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen:** Bei der statischen Werbeform definiert der Werbetreibende nur den Ort, an welchem er seine Werbung geschaltet haben will. Das heisst, die Aufschaltung seiner Werbung hängt lediglich davon ab, dass ein Internetnutzer die fragliche Website besucht. Das Aufschalten ist an keinerlei sonstigen Bedingungen gebunden, mit anderen Worten findet eine unbedingte Aufschaltung statt. Oftmals wird diese Werbeform mit der Methode CPM ("cost-per-mille" bzw. "pay-per-1000-page-impressions") abgerechnet. Gewisse Unternehmen assoziieren mit diesen Werbeformen tendenziell eine Breitenwirkung bzw. ein sogenanntes "Branding".
- **Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen:** Die dynamischen Werbeformen kennzeichnen sich dadurch, dass die Aufschaltung bedingt erfolgt. Sobald der Internetnutzer eine bestimmte Internetseite besucht, wird zugleich ein Evaluationsprozess in Gang gesetzt. Dabei wird geprüft, ob der Internetnutzer in ein vom Werbetreibenden

vorgegebenes Profil passt. Dies kann sich beispielsweise auf den Inhalt des Artikels beziehen, welchen sich der Internetnutzer anschaut (kontextbezogen). Es kann aber auch sein, dass personenspezifische Kriterien geprüft werden (z.B. Herkunft des Besuchers anhand seiner IP-Adresse, Eingabe von sogenannten "Key Words", in der Vergangenheit besuchte Websites oder vom Besucher eingegebene Persönlichkeitsprofile). Üblicherweise wird diese Werbeform mit der Methode PPC ("pay-per-click") abgerechnet. Mit diesen Werbeformen wird für gewöhnlich eher eine Tiefenwirkung bzw. sogenannte "Performance" angestrebt.

99. Basierend auf den in Rz 89 vorgenommenen Begriffsdefinitionen lassen sich den beiden obigen Märkten folgende Werbeformen zuordnen: Bannerwerbung dem Markt für statische Werbeformen sowie Such- und Netzwerkwerbung dem Markt für dynamische Werbeformen.

100. Gemäss Meldung ist der Bereich der Bannerwerbung, das heisst der statischen Werbeformen nicht vom Zusammenschluss tangiert. Die Parteien machen geltend, dass über die PPN AG nur das sogenannte Restinventar vermarktet werde. Nach ihrer Definition gehört Bannerwerbung eindeutig nicht zum Restinventar. Mit anderen Worten kann über die PPN AG keine Bannerwerbung geschaltet werden. Die drei Medienunternehmen bleiben gemäss ihren Angaben Konkurrenten in diesem Bereich, wovon in der Folge auszugehen ist. Der vorliegende Zusammenschluss ändert somit nichts an der momentanen Marktsituation im Bereich der statischen Werbeformen bzw. führt weder zu einer Begründung noch zu einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

101. In der Folge stellt sich die Frage, ob sich der zuvor abgegrenzte Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen weiter unterteilen lässt. Insbesondere, ob innerhalb dieses Marktes ein eigener Markt für Netzwerkwerbung abzugrenzen ist, wie dies die Meldung nahe legt.

102. Die Antworten zur Befragung bei den Unternehmen lassen diesbezüglich keinen zweifelsfreien Schluss zu. Es wird vornehmlich zwischen Bannerwerbung und Suchmaschinenwerbung bzw. zwischen Bannerwerbung und Netzwerkwerbung unterschieden. Netzwerkwerbung und Suchmaschinenwerbung werden von den Werbetreibenden kaum in Relation gesetzt. So wird auch in der Meldung die Netzwerkwerbung primär von der Bannerwerbung unterschieden.

<sup>39</sup> Vgl. Fall Nr. COMP/M.4631 Google/DoubleClick vom 11.3.2008, Rz 89.

103. Es sind insgesamt keine stichhaltigen Gründe ersichtlich, welche eine weitere Unterteilung des Marktes für dynamische Werbeformen insbesondere in einen Markt für Suchmaschinenwerbung und einen Markt für Netzwerkwerbung rechtfertigen würden. Eine solche Unterteilung hätte im Übrigen ohnehin wenig praktische Bedeutung. Aufgrund der von den Befragten geltend gemachten geringen Wechselkosten wären bei der Beurteilung der Marktsituation in einem Markt für Netzwerkwerbung die Anbieter von Suchmaschinenwerbung als potenzielle Konkurrenten zu berücksichtigen.

104. Auch in der Wissenschaft wird mit Bezug auf die Entscheidung in der Sache Google/DoubleClick<sup>40</sup> eine Unterscheidung unterschiedlicher Märkte basierend auf den Evaluationsprozessen – konkret suchgebunden und nicht-suchgebunden – eher abgelehnt.<sup>41</sup>

#### **B.5.1.1.2. Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen**

105. Die EU-Kommission grenzt in ihrer Praxis einen Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen vom Markt für den Direktvertrieb von Online-Werbeflächen ab.<sup>42</sup> Einen Grund dafür sieht sie einerseits darin, dass Direktverkäufe des Website-Betreibers über eigenes Betriebspersonal mit hohen Fixkosten einhergehen würden.<sup>43</sup>

106. Die EU-Kommission hat in ihrer Marktuntersuchung zudem festgestellt, dass Website-Betreiber ihre Entscheidung beim Verkauf ihres Inventars im Hinblick auf die Gewinnmaximierung treffen würden. Es sei ein unbestrittenes Gesetz des Marktes, dass das lukrativste Inventar ("Spitzeninventar") bei Werbetreibenden beliebter sei und im Allgemeinen direkt verkauft werde. Website-Betreiber investierten in ihr eigenes Vertriebspersonal, um mehr Einnahmen zu erzielen, und versuchten folglich, so viel Werbefläche wie möglich über diesen Kanal zu verkaufen. Für das Restinventar, das auf einer weniger exponierten Position auf der Website platziert werde und daher preiswerter sei, wähle der Website-Betreiber für gewöhnlich den Verkauf über den Kanal der Vermittlung, der mit weniger Kosten verbunden sei. Der Verkauf von zusätzlichem Inventar, insbesondere von preiswerteren Flächen, über direkte Verhandlungen impliziere zusätzliche Kosten (z. B. für das benötigte zusätzliche Vertriebspersonal), die die Rentabilität der verkauften Flächen reduzieren würden, während die Kosten für den Verkauf dieser Flächen über Vermittler geringer seien. Dies schliesse nicht aus, dass Website-Betreiber einige ihrer Werbeflächen für den Direktverkauf vorsehen würden und, falls die Verhandlungen nicht abgeschlossen würden oder nicht ausreichend Einnahmen erzielt würden, den Verkauf an einen Vermittler übergeben würden. Deshalb seien Direktverkäufe auch für grosse Website-Betreiber, die sowohl den direkten als auch den indirekten Vertriebskanal nutzen würden, nicht unbedingt eine Alternative für ihr Restinventar oder zumindest für einen Teil davon.<sup>44</sup>

107. Die Erkenntnisse aus der im vorliegenden Verfahren gemachten Befragung sind weitgehend deckungsgleich mit den Feststellungen der EU-Kommission. Direktverkäufe und Vermittlungsverkäufe von Online-Werbeflächen sind daher im Folgenden als zwei unterschiedlichen Märkten zugehörig anzusehen.

108. Bei den Marktgegensetzen handelt es sich angebotsseitig um die Vermittler von Online-Werbeflächen und nachfrageseitig einerseits um Werbetreibende und andererseits um die Betreiber von Websites. Website-Betreiber verkaufen Anzeigenflächen an Werbetreibende entweder direkt über ihren eigenen Vertrieb oder aber über Vermittler. Vereinfacht ausgedrückt «bündeln» Vermittler verfügbare Werbeflächen, die Website-Betreiber verkaufen und / oder Werbetreibende erwerben wollen und ermöglichen so die Zusammenführung zwischen dem Angebot an Werbeflächen und der Nachfrage nach Werbeflächen für die Platzierung von Anzeigen.<sup>45</sup>

109. Entsprechend der für den Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen vorgenommenen Abgrenzung drängt sich beim Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen auch eine weitere Unterteilung in einen Markt für statische Werbeformen und einen Markt für dynamische Werbeformen auf.

110. Die Befragungen des Sekretariats haben gezeigt, dass im Markt für statische Werbeformen praktisch keine Vermittlungen stattfinden und die Werbeflächen fast ausschliesslich im Direktvertrieb vermarktet werden. Im Folgenden wird daher der Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen nicht weiter untersucht.

#### **B.5.1.2 Räumlich relevante Märkte**

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

#### **Bereitstellung für Online-Werbeflächen**

112. Das Internet weist die Besonderheit auf, dass kaum technische Einschränkungen für das grenzüberschreitende Anbieten von Online-Werbeflächen bestehen.

113. Die Marktuntersuchung der EU-Kommission hat ergeben, dass Angebot und Nachfrage von Online-Werbeflächen nach nationalen Vorlieben, Sprache und kulturellen Besonderheiten unterschieden werden. Für die EU wurde daher der Markt für die Bereitstellung für Online-Werbefläche nach Länder- oder Sprachgrenzen abgegrenzt.<sup>46</sup>

<sup>40</sup> Vgl. Fall Nr. COMP/M.4631 Google/DoubleClick vom 11.3.2008; Statement of Federal Trade Commission Concerning Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170, at 3, 7 (Dec. 20, 2007).

<sup>41</sup> Vgl. J. D. Ratliff/D. L. Rubinfeld, Online Advertising: Defining relevant Markets, in: Journal of Competition Law and Economics 2010/6, 676 ff.

<sup>42</sup> Vgl. Fall Nr. COMP/M.5676 SevenOne Media/G+J Electronic Media Service/Tomorrow Focus Portal/IP Deutschland/JV vom 27.7.2010, Rz 36.

<sup>43</sup> Vgl. Fall Nr. COMP/M.4631 Google/DoubleClick vom 11.3.2008, Rz 65 f.

<sup>44</sup> Vgl. Fall Nr. COMP/M.4631 Google/DoubleClick vom 11.3.2008, Rz 67.

<sup>45</sup> Vgl. Fall Nr. COMP/M.4631 Google/DoubleClick vom 11.3.2008, Rz 18.

<sup>46</sup> Vgl. Fall Nr. COMP/M.4631 Google/DoubleClick vom 11.3.2008, Rz 83 f.

#### **B.5.1.2.1. Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen**

114. Eine räumliche Marktabgrenzung für die dynamischen Werbeformen ist nur schwer vorzunehmen und wird den dynamischen Marktgegebenheiten kaum gerecht. Die dynamischen Werbeformen sind aus Sicht der Werbetreibenden auf ihre Zielgruppen ausgerichtet und nicht auf die Betreiber von Websites. Anders ausgedrückt, den Werbetreibenden interessiert hier nicht wo, sondern für wen seine Werbung geschaltet wird. Die Nachfrage für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen richtet sich daher nicht nach den Anbietern von Online-Werbefläche, sondern nach dem individuellen Zielpublikum, welches diese Online-Werbeflächen besucht.

115. Wenn sich ein Werbetreibender bspw. für ein Deutschschweizer Zielpublikum interessiert, so werden vermutlich die meisten Aufschaltungen seiner Werbung auf deutschsprachigen Seiten mit der Toplevel-Domain «ch» erfolgen. Die Nachfrage wird dadurch jedoch nicht zu einer Nachfrage nach Deutschschweizer Internetseiten, sondern ist eine Folge vom Profil, welches der Werbekunde für sein Zielpublikum definiert hat. Wählt jedoch der Werbetreibende sein Zielpublikum etwa nach Alter und Geschlecht aus, kann nicht gefolgert werden, dass deutschsprachige Internetseiten aus der Schweiz einen speziellen Stellenwert hätten.

116. Aus der Befragung des Sekretariats kann abgeleitet werden, dass die Nachfrager von Online-Werbeflächen hauptsächlich nationale Kriterien für das Zielpublikum definieren. Sprachregionale oder gar lokale Kriterien scheinen eine untergeordnete Rolle zu spielen. Auch die Anbieter von Online-Werbeflächen gaben in der Befragung an, überwiegend auf nationaler Ebene um Online-Werbeflächen nachgefragt zu werden.

117. Soweit der Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen überhaupt räumlich abgegrenzt werden kann, ist von einem zumindest nationalen Markt auszugehen.

#### **Vermittlung von Online-Werbeflächen**

118. In der Praxis der EU-Kommission wird der Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen räumlich als zumindest EWR-weit angesehen. Dies wird damit begründet, dass Vermittlungsdienste einerseits – vom technischen Standpunkt aus gesehen – grenzüberschreitend im Internet angeboten würden. Andererseits hätten nationale und sprachliche Besonderheiten bei der Online-Vermittlung weit weniger Bedeutung als bei der Bereitstellung von Online-Werbefläche, die aus kommerziellen Gründen nach Länder- und Sprachgrenzen unterteilt sei.<sup>47</sup>

#### **B.5.1.2.2. Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen**

119. Grundsätzlich treffen die Einschätzungen der EU-Kommission auch auf den Schweizer Markt zu. Die Befragung des Sekretariats hat jedoch ergeben, dass nicht nur der technische Aspekt der Vermittlung ausschlaggebend ist. So ist es insbesondere bei der Netzwerkwer-

bung von Bedeutung, dass das Netzwerk möglichst hohe Besucherzahlen in Bezug auf das von den Werbetreibenden vordefinierte Nutzerprofil aufweist.

120. Nur wenn das Nutzerprofil länderspezifische Merkmale aufweist, hat die nationale Reichweite des Netzwerks eine Bedeutung. Aufgrund der Ergebnisse der Befragung des Sekretariats ist zu schliessen, dass dieser nationale Bezug offenbar von Bedeutung ist. Auch wenn die Vermittlung von Online-Werbeflächen technisch nicht an Landesgrenzen gebunden ist, fragen die Werbetreibenden in der Schweiz eher nationale Vermittlungsdienste nach.

121. Soweit der Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen räumlich abgegrenzt werden kann, ist zur Zeit eher von einem nationalen Markt auszugehen.

#### **B.5.1.3 Relevante Märkte**

122. Zusammenfassend sind im vorliegenden Fall folgende zwei Märkte sachlich und räumlich relevant:

- Nationaler Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen;
- Nationaler Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen.

#### **B.5.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

123. 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.

#### **B.5.2.1 Nationaler Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen**

124. Gemäss Meldung sei von einem schweizweiten Gesamtumsatz von 542 Mio. CHF pro Jahr im Bereich von dynamischen Werbeformen (Suchmaschinen- und Netzwerkwerbung) auszugehen. Wie zutreffend dieser Gesamtumsatz für die dynamischen Werbeformen ist, erscheint fraglich. Die vom Sekretariat befragten Unternehmen gaben Umsätze für die gesamte Online-Werbung in der Schweiz zwischen 90 Mio. CHF pro Jahr und 700 Mio. CHF pro Jahr an. Am häufigsten wurde von den Unternehmen auf die von Media-Focus erhobene Online-Werbestatistik verwiesen. Danach beträgt der

<sup>47</sup> Vgl. Fall Nr. COMP/M.5676 *SevenOne Media/G+J Electronic Media Service/Tomorrow Focus Portal/IP Deutschland/JV* vom 27.7.2010, Rz 38.

Gesamtumsatz der Online-Werbung für das Jahr 2010 452,1 Mio. CHF, wovon 125 Mio. CHF auf Suchmaschinenwerbung und 8,7 Mio. CHF auf "Affiliate Marketing"<sup>48</sup> entfallen. Auch wenn Anhaltspunkte bestehen, dass diese Zahlen eher zu tief sind, insbesondere was die Suchmaschinenwerbung anbelangt, kann im Folgenden auf diese Zahlen im Sinne einer konservativen Betrachtungsweise abgestellt werden.

125. Die Umsatzzahlen von Media-Focus sind nicht nach Vermittlung und Bereitstellung differenziert. Im Bereich der Suchmaschinenwerbung hat die Befragung des Sekretariats jedoch ergeben, dass der Anteil an Vermittlung weniger als 10 % des Umsatzes beträgt. Demzufolge liegt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen ein Umsatz von mindestens 90 % von 125 Mio. CHF vor, sprich mindestens 112,5 Mio. CHF. Wie hoch der Umsatz für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen im Bereich Netzwerkwerbung ist, lässt sich nicht feststellen. Wie sich im Folgenden zeigt, liegt jedoch bereits dann kein betroffener Markt vor, wenn der Umsatz für die Bereitstellung für Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen ausschliesslich aus dem betreffenden Umsatz im Bereich der Suchmaschinenwerbung besteht.

126. Nach Angaben in der Meldung erzielen die beteiligten Medienunternehmen im Bereich dynamischen Werbeformen einen Umsatz von [...] (davon rund [...] Netzwerkwerbung und rund [...] Suchmaschinenwerbung). Gemäss Mitteilung der Parteien entfallen [...] dieses Umsatzes betreffend Netzwerkwerbung und [...] des Umsatzes von Suchmaschinenwerbung auf die Bereitstellung von Werbeflächen. Demzufolge dürften die drei Medienunternehmen im Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen zusammen<sup>49</sup> einen Marktanteil von rund [0-10 %] aufweisen.

127. Ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU liegt damit im Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen nicht vor.

#### **B.5.2.2 Nationaler Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen**

128. Gemäss Meldung erwarten die Parteien für die PPN AG einen geschätzten Umsatz von [...]. Ausgehend von den Zahlen gemäss vorangehender Rz 125 liegt im Bereich der Suchmaschinenwerbung ein Umsatz für die Vermittlung von 12,5 Mio. CHF vor. Davon ausgehend, dass die 8,7 Mio. CHF Umsatz des "Affiliate Marketings" vollumfänglich durch Vermittlung erzielt werden, ergibt sich ein Gesamtumsatz für Vermittlung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen von 21,2 Mio. CHF. Mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ist der effektive Umsatz höher. Da aber bereits bei einem Umsatz von 21,2 Mio. CHF kein betroffener Markt vorliegt (Marktanteil PPN AG: rund [0-10 %]), braucht der tatsächliche Umsatz nicht eruiert zu werden.

129. Im Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen liegt damit kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

#### **B.5.2.3 Fazit**

130. Zusammenfassend ergeben sich durch das gemeldete Zusammenschlussvorhaben in keinem der relevanten Märkte Marktanteile von mehr als 20 %. Es liegen damit keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

#### **B.6 Ergebnis der vorläufigen Prüfung**

131. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen, dem Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen sowie dem Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für die Einleitung eines Prüfungsverfahrens nach Art. 33 KG sind daher nicht gegeben.

<sup>48</sup> Was die Werbestatistik von Media-Focus unter dem Begriff des "Affiliate Marketing" genau versteht, insbesondere, ob dieser Begriff mit Netzwerkwerbung deckungsgleich ist, ist unklar. Allerdings handelt es sich dabei zweifellos nicht um Bannerwerbung und ist daher als dynamische Werbeform zu betrachten.

<sup>49</sup> Die Marktanteilsaddition ergibt sich aus der Tatsache, dass die drei Medienunternehmen ihre Werbeflächen im fraglichen Umfang für Netzwerkwerbung zur Verfügung stellen.

B 3	<b>Bundesverwaltungsgericht</b> Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale
B 3	<b>1. Urteil B-4041/2011 vom 14. Dezember 2011 betreffend vorsorgliche Massnahmen in der Untersuchung 32-0224 der Wettbewerbskommission gegen The Swatch Group AG</b>

*Urteil (B-4041/2011) des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Dezember 2011 in Sachen A gegen The Swatch Group AG, Biel/Bienne, Wettbewerbskommission WEKO, Bern (Vorinstanz) betreffend vorsorgliche Massnahmen in der Untersuchung 32-0224 gegen The Swatch Group AG.*

#### **Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest,**

dass die Vorinstanz am 6. Juni 2011 gestützt auf Art. 27 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) die Untersuchung 32-0224 betreffend Swatch Lieferstopp wegen möglicherweise unzulässiger Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen gemäss Art. 7 KG eröffnet hat (vgl. Medienmitteilung der Vorinstanz vom 8. Juni 2011);

dass sie mit Verfügung vom 6. Juni 2011 für den Zeitraum dieser Untersuchung vorsorgliche Massnahmen angeordnet und die Verpflichtungserklärung der Beschwerdegegnerin vom 26. Mai 2011 genehmigt hat (Dispositiv Ziff. 1), welche die Lieferungen mechanischer Uhrwerke (Mouvements) und Assortiments während der Untersuchung regelt sowie den Umfang der Lieferreduktion für das Jahr 2012 festlegt;

dass die Vorinstanz in Ziff. 2 des Dispositivs der Verfügung festgehalten hat, diese Genehmigung gelte ab dem 6. Juni 2011 bis am 31. Dezember 2012, verkürze sich aber mit der Rechtskraft einer anderslautenden Verfügung der Vorinstanz;

dass nach Ziff. 3 des Dispositivs Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung mit Sanktionen gemäss Art. 50 oder 54 KG belegt werden;

dass die Vorinstanz einer allfälligen Beschwerde gegen Ziff. 1 und 2 des Dispositivs die aufschiebende Wirkung entzogen hat (Dispositiv Ziff. 4);

dass die Vorinstanz die Verfügung der Beschwerdegegnerin eröffnet (Dispositiv Ziff. 6) und am 23. Juni 2011 auf ihrer Homepage veröffentlicht hat;

dass die Beschwerdeführerin die Verfügung der Vorinstanz vom 6. Juni 2011 mit Beschwerde vom 18. Juli 2011 beim Bundesverwaltungsgericht anfecht und beantragt, die vorinstanzliche Verfügung sei - verbunden mit oder ohne Rückweisung der Sache an die Vorinstanz - aufzuheben und die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, die Lieferungen an die Beschwerdeführerin für die nächsten Jahre so beizubehalten, wie die Bestellungen für das Jahr 2012 erfolgt seien, und die Beschwerdegegnerin sei weiter anzuweisen, die bisherige Situation

bis zum Hauptentscheid der Vorinstanz unverändert beizubehalten;

dass sie des Weiteren die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde beantragt;

dass entgegen dem, was die Vorinstanz verfügt habe, vorsorgliche Massnahmen den Zweck hätten, einen drohenden Schaden abzuwenden und anzuordnen seien, um den beabsichtigten Nutzen eines Endentscheids nicht im Voraus in Frage zu stellen oder zu vereiteln;

dass die angeordneten vorsorglichen Massnahmen unverhältnismässig seien, da sich erstens das Jahr 2010 wegen der Finanzkrise und des daraus resultierenden Bestellungenrückgangs nicht als Referenzjahr eigne und zweitens die Lieferreduktionen sich für 2012 in doppelter Weise auf die von der Beschwerdegegnerin unabhängigen Marken auswirkten, da neben ETA auch die übrigen Lieferanten der Beschwerdeführerin wegen der auf 70 % reduzierten Bestellmenge weniger als bisher liefern würden;

dass drittens auf dem Markt im Moment keine Alternative zu ETA und Nivarox, deren marktbeherrschende Stellung unbestritten sei, vorhanden seien, weshalb die kurze Frist von sechs Monaten der Beschwerdeführerin zu wenig Zeit lasse, um nach anderen Lieferanten oder Auswegen zu suchen;

dass dies zur Folge habe, dass die Beschwerdeführerin im Jahr 2012 51 % weniger Mouvements als beabsichtigt bestellen könne, was einer effektiven Lieferbeschränkung von 14 % im Vergleich zum Jahr 2010 gleichkomme;

dass deshalb die vorsorglichen Massnahmen im Ergebnis ungenügend für die Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs unter den verschiedenen Marktakteuren und zur Verhinderung eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils ungeeignet seien;

dass die Vorinstanz mit Vernehmlassung vom 1. September 2011 die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolgen beantragt;

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 6. September 2011 den Antrag der Beschwerdeführerin auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen hat;

dass die Beschwerdegegnerin mit Beschwerdeantwort vom 12. September 2011 unter Kosten- und Entschädigungsfolgen beantragt, auf die Anträge der Beschwerdeführerin sei nicht einzutreten, eventualiter seien diese

abzuweisen und die angefochtene Verfügung sei zu bestätigen;

dass die Vorinstanz mit Schreiben vom 7. Oktober 2011 auf eine Stellungnahme zur Beschwerdeantwort verzichtet und ergänzend festhält, die Beschwerdegegnerin äussere sich in ihrer Beschwerdeantwort ausführlich zu materiellen und rechtlichen Punkten, die Gegenstand der laufenden Untersuchung der WEKO gegen die Beschwerdegegnerin seien und zu denen sie während der laufenden Untersuchung keine weiteren Ausführungen mache, woraus aber keinesfalls abgeleitet werden könne, die WEKO teile die Auffassung der Beschwerdegegnerin;

dass die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 10. Oktober 2011 die Vereinigung der Verfahren gegen die angefochtene Verfügung beantragt und an ihren Anträgen in der Sache festhält;

dass die Beschwerdegegnerin mit Stellungnahme vom 10. Oktober 2011 ebenfalls an ihren Anträgen und Ausführungen festhält;

dass die Vorinstanz mit Schreiben vom 28. Oktober 2011 ihre Feststellungen vom 7. Oktober 2011 betreffend Äusserungen im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen zu materiellen Fragen, welche Gegenstand der laufenden Untersuchungen seien, wiederholt und festhält, dass es sich bei den diesbezüglichen Ausführungen um reine Parteibehauptungen handeln würde, zu welchen sie während der laufenden Untersuchung nicht Stellung nehme;

dass die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 31. Oktober 2011 an ihren Anträgen festhält;

dass die Beschwerdegegnerin in ihrer Stellungnahme vom 31. Oktober 2011 auf ihre bisherigen Ausführungen verweist,

#### **und zieht in Erwägung,**

dass das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) beurteilt und es sich bei der angefochtenen Verfügung um eine Zwischenverfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VwVG handelt;

dass die Wettbewerbskommission gemäss Art. 33 Bst. f VGG eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts ist und sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz richtet, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG);

dass gemäss Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG gegen eine selbständig eröffnete Zwischenverfügung, welche nicht die Zuständigkeit oder den Ausstand betrifft (Art. 45 VwVG), Beschwerde geführt werden kann, wenn diese einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann;

dass hierfür praxismässig ein tatsächlicher Nachteil sowie ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Änderung der Zwischenverfügung ausreicht und dieses Interesse auch wirtschaftlicher Natur

sein kann, soweit es der Beschwerdeführerin nicht einzig darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (vgl. Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 14. Juni 2004 in Sachen U. gegen S. AG, A. AG und Wettbewerbskommission betreffend vorsorgliche Massnahmen, publiziert in: Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW], Bern, 2004/3 859, E. 1.3; Isabelle Häner, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, ZSR 1997 II, S. 379 f. m.w.H.), und dass dieser Nachteil aufgrund der Aktenlage lediglich glaubhaft sein muss;

dass die Beschwerdeführerin glaubhaft darlegt, sie erleide durch die Lieferplafonierung im Jahr 2011 und die Lieferreduktion im Jahr 2012 Umsatzeinbussen und damit einen nicht mehr wiedergutzumachenden Nachteil;

dass sie als Kundin der Beschwerdegegnerin von der angefochtenen Verfügung berührt ist, ein aktuelles und schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung hat und damit auch als Nichtadressatin der Verfügung - obwohl sie am vorinstanzlichen Verfahren nicht teilgenommen hat - beschwerdelegitimiert ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG; vgl. BGE 130 II 149, E. 1.1);

dass die angefochtene Verfügung der Beschwerdeführerin nicht schriftlich eröffnet wurde und sie diese frühestens mit deren Aufschaltung auf der Homepage der Vorinstanz am 23. Juni 2011 zur Kenntnis genommen hat;

dass die Beschwerdefrist 30 Tage beträgt und diese Frist in Verfahren betreffend aufschiebende Wirkung und andere vorsorgliche Massnahmen nicht stillsteht (Art. 22a Abs. 2 und Art. 50 Abs. 1 VwVG), weshalb die Beschwerde vom 25. Juli 2011 rechtzeitig eingereicht worden ist;

dass auch die Formerfordernisse von Art. 52 VwVG erfüllt sind und damit auf die Beschwerde einzutreten ist;

dass Beschwerdeverfahren gestützt auf Art. 4 VwVG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 Bst. b des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (SR 273) bei Gleichartigkeit vereinigt werden können, dass indessen die Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin, welche Gegenparteien nicht zur Kenntnis gebracht werden können, einer Verfahrensvereinigung entgegenstehen (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG), weshalb die Beschwerdeverfahren nicht vereinigt werden;

dass gemäss Praxis und Lehre im Verfahren einer kartellrechtlichen Untersuchung nach Art. 27 KG von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei analog zu Art. 56 VwVG vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden können, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte Interessen einstweilen sicherzustellen, und dass über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im summarischen Verfahren entschieden wird (vgl. BGE 130 II 149, E. 2.1; 130 II 521, E. 2, m.w.H.);

dass solche vorsorgliche Massnahmen, die vor Anordnung einer Verfügung ergehen, darauf abzielen, die Wirksamkeit der kartellrechtlichen Untersuchung und einer allfälligen Verfügung sicherzustellen, und dass mit sichernden Vorkehren der bestehende tatsächliche oder

rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten werden soll, während mit gestaltenden Massnahmen ein Rechtsverhältnis provisorisch geschaffen oder einstweilen neu geregelt werden soll (vgl. BGE 130 II 149, E. 2.2; RPW 2004/3 859, E.4);

dass die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 49 Bst. a-c VwVG mit der Beschwerde die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit der Verfügung rügen kann;

dass die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid die vier Erfordernisse für den Erlass vorsorglicher Massnahmen während des Untersuchungsverfahrens (vgl. BGE 130 II 149, E. 2.2; RPW 2004/3 859, E. 4, m.w.H.) geprüft hat und zum Schluss gekommen ist, dass davon die günstige Entscheidprognose, der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil sowie die zeitliche Dringlichkeit vorliegen und die Beschwerdeführerin diese Voraussetzungen in ihrer Beschwerde auch nicht bestreitet;

dass die Beschwerdeführerin einzig das vierte Erfordernis der Verhältnismässigkeit der vorsorglichen Massnahmen bestreitet und zu deren Unangemessenheit vorbringt, die in den Ziff. 1 und 2 der Vereinbarung festgelegten Liefermengen würden unter ihrem effektiven Bedarf liegen und sie in der Produktion einschränken sowie die Beschwerdegegnerin im Wettbewerb bevorteilen;

dass die Beschwerdegegnerin demgegenüber vorbringt, die Beschwerdeführerin könne keine unbeschränkte Lieferpflicht verlangen, da im vorsorglichen Verfahren nicht mehr beantragt werden könne, als im Untersuchungsverfahren zu erreichen sei, und die mechanischen Uhrwerke von ETA, welche die Beschwerdeführerin beziehe, im Jahr 2011 nicht und im Jahr 2012 lediglich in geringem Masse reduziert würden, was bedeute, dass die Beschwerdeführerin diese geringfügige Reduktion zumindest kurzfristig aus ihren Lagerbeständen überbrücken könne;

dass im Kartellrecht unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen sowohl auf dem zivil- als auch auf dem verwaltungsrechtlichen Weg verfolgt werden können und wegen der Parallelität dieser Verfahrenswege der öffentlich-rechtliche Weg primär darauf ausgerichtet ist, einen funktionierenden Wettbewerb sicherzustellen, woraus folgt, dass vorsorgliche Massnahmen vorab dann anzuordnen sind, wenn dies dem Schutz des wirksamen Wettbewerbs dient (vgl. BGE 130 II 149, E. 2.4), dass die Beschwerdeführerin aber auf diesem Weg keine unbeschränkte Lieferpflicht der Beschwerdegegnerin durchsetzen kann;

dass die Beschwerdeführerin sich im Wesentlichen auf Ausführungen zur marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdegegnerin und deren weiteren Stärkung im Wettbewerb beschränkt, mit dem Hinweis auf ihre Produktionsausfälle und voraussichtlichen Gewinneinbussen aber nicht darzulegen vermag, dass von den von der Vorinstanz im vorsorglichen Verfahren genehmigten Liefermengen die Gefahr gravierender und irreversibler Strukturveränderungen ausgeht;

dass die Beschwerdeführerin in ihren Ausführungen nicht glaubhaft macht, durch die vorsorglichen Massnahmen sei der wirksame Wettbewerb bedroht, sondern vielmehr ihre Ansichten und Einschätzungen zu materiellen kartellrechtlichen Fragen vorbringt, die durch die Vorinstanz in der Untersuchung zu prüfen, nicht aber im Beschwerdeverfahren gegen die vorsorglichen Massnahmen zu hören sind, da sie die Untersuchung und deren abschliessende Verfügung präjudizieren können (vgl. RPW 2004/3 859, E. 4.6 f., m.w.H.);

dass die von der Vorinstanz genehmigte Vereinbarung demgegenüber den Abnehmerinnen von ETA und Nivarox, zu welchen die Beschwerdeführerin gehört, während der Untersuchung eine im Voraus bestimmbare Liefermenge sicherstellt (nämlich eine unveränderte Anzahl mechanischer Uhrwerke und Assortiments für das Jahr 2011 auf der Basis der Bestellmengen 2010, eine auf 85 % reduzierte Anzahl mechanischer Uhrwerke [beim Einbau in eigene Uhren] bzw. eine auf 70 % reduzierte Anzahl mechanischer Uhrwerke [für Kunden, die eine eigene Werkproduktion haben und keine eigenen Fertighuhren anbieten], und eine auf 95 % der Bestellmengen 2010 reduzierte Anzahl Assortiments für das Jahr 2012) und damit als geeignete und erforderliche Massnahme zum Schutz des Wettbewerbs während der Untersuchung anzusehen ist;

dass diese vorsorgliche Massnahme bis zum Abschluss der wettbewerbsrechtlichen Untersuchung oder maximal bis zum 31. Dezember 2012 gilt, welche damit auch zeitlich nicht als unangemessen erscheint und zudem jederzeit bei veränderten Verhältnissen von der Vorinstanz abgeändert werden kann;

dass bei diesem Verfahrensausgang die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG);

dass die Verfahrenskosten gestützt auf Art. 63 Abs. 4 bis VwVG und Art. 2 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2) sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien richten und deshalb bei der Bemessung der Gerichtsgebühr die Zwischenverfügung vom 6. September 2011 als aufwanderhöhend und die Vielzahl der Beschwerden gegen die gleiche angefochtene Verfügung als aufwandsvermindernd zu berücksichtigen sind;

dass die Beschwerdegegnerin mit ihrem Hauptantrag, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, unterliegt und mit ihrem Eventualantrag, die Beschwerde sei abzuweisen, obsiegt und ihr bei diesem Verfahrensausgang gestützt auf Art. 64 VwVG und Art. 7 VGKE eine Parteientschädigung zu Lasten der Beschwerdeführerin zuzusprechen ist;

dass bei der Festsetzung der Parteientschädigung zu berücksichtigen ist, dass sich einerseits der Vertretungsaufwand der Beschwerdegegnerin durch die Mehrzahl der Beschwerdeantworten reduziert hat und andererseits der Aufwand für die Ausführungen in der Sache zur Untersuchung der WEKO im vorliegenden Beschwerdeverfahren über die vorsorglichen Massnahmen nicht erforderlich war.

---

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:****1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 2'500.- festgelegt und mit dem Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

**3.**

Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin eine Parteienschädigung von Fr. 3'000.- (inkl. Mehrwertsteuer) auszurichten.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde);
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 32-0224; Gerichtsurkunde);
- das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (Gerichtsurkunde).

[Rechtsmittelbelehrung]

---

B 3	<b>1. Urteil B-4201/2011 vom 14. Dezember 2011 betreffend vorsorgliche Massnahmen in der Untersuchung 32-0224 der Wettbewerbskommission gegen The Swatch Group AG</b>
-----	---

*Urteil (B-4201/2011) des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Dezember 2011 in Sachen B gegen The Swatch Group AG, Biel/Bienne, Wettbewerbskommission WEKO, Bern (Vorinstanz) betreffend vorsorgliche Massnahmen in der Untersuchung 32-0224 gegen The Swatch Group AG.*

**Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest,**

dass die Vorinstanz am 6. Juni 2011 gestützt auf Art. 27 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) die Untersuchung 32-0224 betreffend Swatch Lieferstopp wegen möglicherweise unzulässiger Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen gemäss Art. 7 KG eröffnet hat (vgl. Medienmitteilung der Vorinstanz vom 8. Juni 2011);

dass sie mit Verfügung vom 6. Juni 2011 für den Zeitraum dieser Untersuchung vorsorgliche Massnahmen angeordnet und die Verpflichtungserklärung der Beschwerdegegnerin vom 26. Mai 2011 genehmigt hat (Dispositiv Ziff. 1), welche die Lieferungen mechanischer Uhrwerke (Mouvements) und Assortiments während der Untersuchung regelt sowie den Umfang der Lieferreduktion für das Jahr 2012 festlegt;

dass die Vorinstanz in Ziff. 2 des Dispositivs der Verfügung festgehalten hat, diese Genehmigung gelte ab dem 6. Juni 2011 bis am 31. Dezember 2012, verkürze sich aber mit der Rechtskraft einer anderslautenden Verfügung der Vorinstanz;

dass nach Ziff. 3 des Dispositivs Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung mit Sanktionen gemäss Art. 50 oder 54 KG belegt werden;

dass die Vorinstanz einer allfälligen Beschwerde gegen Ziff. 1 und 2 des Dispositivs die aufschiebende Wirkung entzogen hat (Dispositiv Ziff. 4);

dass die Vorinstanz die Verfügung der Beschwerdegegnerin eröffnet (Dispositiv Ziff. 6) und am 23. Juni 2011 auf ihrer Homepage veröffentlicht hat;

dass die Beschwerdeführerin die Verfügung der Vorinstanz vom 6. Juni 2011 mit Beschwerde vom 25. Juli 2011 beim Bundesverwaltungsgericht anfecht und unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Bundes im Hauptbegehren beantragt,

"Ziff. 1 des Dispositivs der Verfügung sei aufzuheben und wie folgt zu fassen:

1. ETA liefert während der gesamten Dauer der Untersuchung mechanische Uhrwerke an die Beschwerdeführerin. Der Umfang der Lieferungen ist nicht begrenzt.

2. Nivarox liefert während der gesamten Dauer der Untersuchung mechanische Uhrwerke an die Beschwerdeführerin. Der Umfang der Lieferungen ist nicht begrenzt.

3. ETA und Nivarox dürfen die Beschwerdeführerin gegenüber anderen Kunden (insbesondere auch gegenüber Tochtergesellschaften von The Swatch Group AG) nicht diskriminieren.

4. Im Hinblick auf die Lieferbedingungen von ETA und Nivarox gilt Folgendes:

a) Die am 23. Juni 2011 bestehenden Preise sind als kostendeckend und mit einer marktüblichen Marge versehen zu betrachten.

ETA und Nivarox sind berechtigt, die heute bestehenden Preise für jeweils Ende Jahr im Rahmen der Steigerung des Landesindex für Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik zu erhöhen.

Darüber hinausgehende Preiserhöhungen sind vor deren Durchsetzung dem Sekretariat der WEKO zu melden und von diesem - nach Anhörung eines vom Sekretariat der WEKO zu bestimmenden, neutralen Experten - abschliessend zu genehmigen.

b) ETA und Nivarox werden mit der Beschwerdeführerin individuell eine Mengenplanung vornehmen (Jahresplanung und gestützt darauf eine rollende 4-Monats-Planung). Die in der Planung festgelegten Mengen und Fristen sind für die Vertragsparteien verbindlich.

c) ETA und Nivarox dürfen die Beschwerdeführerin gegenüber anderen Abnehmern (insbesondere auch gegenüber Tochtergesellschaften von The Swatch Group AG) nicht diskriminieren oder unangemessene Geschäftsbedingungen verlangen (wie z.B. die Einreichung von Plänen für bestellte Assortiments).

d) Werden die bestellten Produkte nicht innert der vereinbarten Zahlungsfristen bezahlt, dürfen ETA und Nivarox weitere Lieferungen zurückbehalten, bis die betreffenden fälligen Forderungen, welche vom Zahlungsverzug betroffen sind, bezahlt sind.

e) ETA und Nivarox sind berechtigt, ihre Lieferungen an die Bedingung zu knüpfen, dass die Beschwerdeführerin die schriftliche Erklärung abgibt, wonach die Beschwerdeführerin ausschliesslich solche Abnehmer mit mechanischen Uhrwerken und Assortiments beliefert, welche ihrerseits die schriftliche Erklärung abgegeben haben, wonach sie die mechanischen Uhrwerke bzw. Assortiments nicht zu Fälschungszwecken missbrauchen.

Das Recht von ETA und Nivarox, von der Beschwerdeführerin eine solche Erklärung einzuholen, ist an die Bedingung geknüpft, dass ETA und Nivarox ihrerseits eine derartige Erklärung gemäss Ziff. 6 Bst. e Abs. 1 zuhanden des Sekretariats der WEKO abgeben.

ETA und Nivarox sind jedoch nicht berechtigt, von der Beschwerdeführerin die Herausgabe der ihrer-

seits von ihren Abnehmern eingeholten Erklärungen oder die Offenlegung der Namen dieser Abnehmer zu verlangen.'

1.2. Ziff. 2 des Dispositivs der Verfügung sei aufzuheben und wie folgt zu fassen:

'2. Ziff. 1 gilt ab dem 6. Juni 2011 bis zum Abschluss der Untersuchung.'";

dass die Beschwerdeführerin eventualiter beantragt, der Umfang der Lieferungen von ETA und Nivarox gemäss Ziff. 1 und 2 ihres Hauptbegehrens habe mindestens der Liefermenge des Jahres 2010 zu entsprechen;

dass die Beschwerdeführerin subeventualiter beantragt,

"3.1 Es sei festzustellen, dass Ziff. 1 Unterziffer 7 des Dispositivs der Verfügung nichtig sei, und die Ziff. 1 Unterziffer 6 Bst. e) des Dispositivs sei aufzuheben und wie folgt zu fassen:

'e) ETA und Nivarox können die weitere Reduktion von Lieferungen eines Kunden bei der WEKO beantragen, wenn ihre Produkte nachgewiesenermassen in Fälschungen eingebaut werden und dies direkt auf eine Sorgfaltspflichtverletzung des Kunden zurückgeführt werden kann. Eine solche liegt nicht vor, wenn der Kunde sämtliche in seinem Einflussbereich stehenden, zumutbaren Vorsichtsmassnahmen ergreift, um den Einbau von Fälschungen zu verhindern.'

3.2 Es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerin nicht unter Ziff. 1 Unterziffer 2 des Dispositivs der Verfügung fällt.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Bundes.'";

dass die Beschwerdeführerin zu ihrer Beschwerdebefugnis vorbringt, sie gehöre seit Jahrzehnten zu den Abnehmerinnen von ETA-Uhrwerken und Nivarox-Assortiments und sei in Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit unbedingt auf die Belieferung durch ETA - und erst recht durch Nivarox -angewiesen, weshalb sie als Marktteilnehmerin nach bundesgerichtlicher Praxis zur Konkurrentenbeschwerde von den vorsorglichen Massnahmen direkt betroffen sei und ein schutzwürdiges Interesse am Ausgang des Massnahmeverfahrens habe;

dass sie zum räumlich relevanten Markt ausführt, aus Marketinggründen komme für sie die Verwendung ausländischer Komponenten für eine "swiss-made"-Uhr nicht in Frage, und dass zur marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdegegnerin festzuhalten sei, dass neu eintretende Unternehmen aufgrund der hohen Kosten bei geringen Stückzahlen nicht konkurrenzfähig wären, andererseits Nivarox von grossen Skaleneffekten (über 5 Mio. Einheiten/Jahr) profitiere und über einen einzigartigen technologischen und kommerziellen Vorsprung verfüge, und frühestens in 20 Jahren mit einer wirtschaftlichen Alternative zu Nivarox zu rechnen sei;

dass vor Ablauf von 10 Jahren auch nicht mit einer wirtschaftlichen Alternative zu ETA zu rechnen sei und es keine wirtschaftliche Alternative zu den Produkten von ETA gebe;

dass die geplante Lieferreduktion den Output der Beschwerdeführerin deutlich reduziere, weil sich durch die

Reduktion der Assortiments um 5 % eine Kumulation der Lieferreduktion von 20-35 % ergebe, und mit der Lieferreduktion gegenüber X.\_\_\_\_\_, dem einzigen unabhängigen Hersteller von Standard-Ebauches, diesem auch verunmöglicht werde, die Versorgungslücke zu füllen;

dass der Beschwerdeführerin im Jahr 2012 durch die geplanten Lieferreduktionen Einnahmen in Millionenhöhe entgingen, aus welchen Marktanteilsverluste entstünden, die auch durch den Hauptentscheid nicht mehr wiedergutmacht werden könnten;

dass die Beschwerdeführerin gerade im derzeitigen Umfeld des Wachstums dringend darauf angewiesen wäre, ihre Umsätze steigern zu können, um Geld für Investitionen in Innovationen zu generieren, weshalb keineswegs behauptet werden könne, die Lieferplafonierungen und Lieferbeschränkungen stellten keine Wettbewerbsbehinderung dar;

dass die Lieferbeschränkungen der Beschwerdegegnerin den wirksamen Wettbewerb beseitigen würden, wodurch die Beschwerdegegnerin ihren Marktanteil um mindestens 15 % steigern könne;

dass die Lieferbeschränkung eine völlig untaugliche und unverhältnismässige Massnahme zur Fälschungsbekämpfung darstelle und es sich dabei um eine reine Schutzbehauptung der Beschwerdegegnerin handle;

dass das Ziel vorsorglicher Massnahmen, nämlich die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sicherzustellen, nur dann erreicht werden könne, wenn die Beschwerdegegnerin verpflichtet werde, die Beschwerdeführerin bis zum Hauptentscheid unbeschränkt zu beliefern;

dass die Vorinstanz mit Vernehmlassung vom 1. September 2011 die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolgen beantragt;

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 6. September 2011 den Antrag der Beschwerdeführerin auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und den Erlass vorsorglicher Massnahmen abgewiesen hat;

dass die Beschwerdegegnerin mit Beschwerdeantwort vom 12. September 2011 unter Kosten- und Entschädigungsfolgen beantragt, auf die Anträge der Beschwerdeführerin sei nicht einzutreten, eventualiter seien diese abzuweisen und die angefochtene Verfügung sei zu bestätigen;

dass die Vorinstanz mit Schreiben vom 7. Oktober 2011 auf eine Stellungnahme zur Beschwerdeantwort verzichtet und ergänzend festhält, die Beschwerdegegnerin äussere sich in ihrer Beschwerdeantwort ausführlich zu materiellen und rechtlichen Punkten, die Gegenstand der laufenden Untersuchung der WEKO gegen die Beschwerdegegnerin seien und zu denen sie während der laufenden Untersuchung keine weiteren Ausführungen mache, woraus aber keinesfalls abgeleitet werden könne, die WEKO teile die Auffassung der Beschwerdegegnerin;

dass die Beschwerdegegnerin mit Stellungnahme vom 10. Oktober 2011 zur Vernehmlassung der Vorinstanz an ihren Anträgen festhält;

dass die Beschwerdeführerin in ihrer abschliessenden Stellungnahme vom 31. Oktober 2011 an ihren Anträgen zur Sache (Hauptbegehren, Eventualbegehren, Subeventualbegehren) festhält;

dass die Vorinstanz mit Schreiben vom 28. Oktober 2011 ihre Feststellungen vom 7. Oktober 2011 betreffend Äusserungen im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen zu materiellen Fragen, welche Gegenstand der laufenden Untersuchungen seien, wiederholt und festhält, dass es sich bei den diesbezüglichen Ausführungen um reine Parteibehauptungen handeln würde, zu welchen sie während der laufenden Untersuchung nicht Stellung nehme;

dass die Beschwerdegegnerin am 31. Oktober 2011 auf das Einreichen einer weiteren Stellungnahme verzichtete,

#### **und zieht in Erwägung,**

dass das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) beurteilt und es sich bei der angefochtenen Verfügung um eine Zwischenverfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VwVG handelt;

dass die Wettbewerbskommission gemäss Art. 33 Bst. f VGG eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts ist und sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz richtet, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG);

dass gemäss Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG gegen eine selbständig eröffnete Zwischenverfügung, welche nicht die Zuständigkeit oder den Ausstand betrifft (Art. 45 VwVG), Beschwerde geführt werden kann, wenn diese einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann;

dass hierfür praxisgemäss ein tatsächlicher Nachteil sowie ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Änderung der Zwischenverfügung ausreicht und dieses Interesse auch wirtschaftlicher Natur sein kann, soweit es der Beschwerdeführerin nicht einzig darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (vgl. Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 14. Juni 2004 in Sachen U. gegen S. AG, A. AG und Wettbewerbskommission betreffend vorsorgliche Massnahmen, publiziert in: Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW], Bern, 2004/3 859, E. 1.3; ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, ZSR 1997 II, S. 379 f. m.w.H.), und dass dieser Nachteil aufgrund der Aktenlage lediglich glaubhaft sein muss;

dass die Beschwerdeführerin glaubhaft darlegt, sie erleide durch die Lieferplafonierung im Jahr 2011 und die Lieferreduktion im Jahr 2012 Umsatzeinbussen und damit einen nicht mehr wiedergutzumachenden Nachteil;

dass sie als Kundin der Beschwerdegegnerin von der angefochtenen Verfügung berührt ist, ein aktuelles und schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung hat und damit auch als Nichtadressatin der Verfügung - obwohl sie am vorinstanzlichen Verfahren nicht teilgenommen hat - beschwerdelegitimiert ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG; vgl. BGE 130 II 149, E. 1.1);

dass die angefochtene Verfügung der Beschwerdeführerin nicht schriftlich eröffnet wurde und sie diese frühestens mit deren Aufschaltung auf der Homepage der Vorinstanz am 23. Juni 2011 zur Kenntnis genommen hat;

dass die Beschwerdefrist 30 Tage beträgt und diese Frist in Verfahren betreffend aufschiebende Wirkung und andere vorsorgliche Massnahmen nicht stillsteht (Art. 22a Abs. 2 und Art. 50 Abs. 1 VwVG), weshalb die Beschwerde vom 25. Juli 2011 rechtzeitig eingereicht worden ist;

dass auch die Formerfordernisse von Art. 52 VwVG erfüllt sind und damit auf die Beschwerde einzutreten ist;

dass gemäss Praxis und Lehre im Verfahren einer kartellrechtlichen Untersuchung nach Art. 27 KG von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei analog zu Art. 56 VwVG vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden können, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte Interessen einstweilen sicherzustellen, und dass über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im summarischen Verfahren entschieden wird (vgl. BGE 130 II 149, E. 2.1; 130 II 521, E. 2, m.w.H.);

dass solche vorsorglichen Massnahmen, die vor Anordnung einer Verfügung ergehen, darauf abzielen, die Wirksamkeit der kartellrechtlichen Untersuchung und einer allfälligen Verfügung sicherzustellen, und dass mit sichernden Vorkehren der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten werden soll, während mit gestaltenden Massnahmen ein Rechtsverhältnis provisorisch geschaffen oder einstweilen neu geregelt werden soll (vgl. BGE 130 II 149, E. 2.2; RPW 2004/3 859, E.4);

dass die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 49 Bst. a-c VwVG mit der Beschwerde die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit der Verfügung rügen kann;

dass die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid die vier Erfordernisse für den Erlass vorsorglicher Massnahmen während des Untersuchungsverfahrens (vgl. BGE 130 II 149, E. 2.2; RPW 2004/3 859, E. 4, m.w.H.) geprüft hat und zum Schluss gekommen ist, dass davon die günstige Entscheidprognose, der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil und die zeitliche Dringlichkeit vorliegen und die Beschwerdeführerin diese Voraussetzungen in ihrer Beschwerde auch nicht bestreitet;

dass die Beschwerdeführerin einzig das vierte Erfordernis der Verhältnismässigkeit der vorsorglichen Massnahmen bestreitet und zu deren Unangemessenheit vorbringt, die in den Ziff. 1 und 2 der Vereinbarung festgelegten Liefermengen würden unter ihrem effektiven Bedarf liegen und sie in der Produktion einschränken

sowie die Beschwerdegegnerin im Wettbewerb bevorzugen;

dass die Beschwerdegegnerin demgegenüber vorbringt, die Beschwerdeführerin könne keine unbeschränkte Lieferpflicht verlangen, da im vorsorglichen Verfahren nicht mehr beantragt werden könne, als im Untersuchungsverfahren zu erreichen sei, und die mechanischen Uhrwerke von ETA, welche die Beschwerdeführerin beziehe, im Jahr 2011 nicht und im Jahr 2012 lediglich in geringem Masse reduziert würden, was bedeute, dass die Beschwerdeführerin diese geringfügige Reduktion zumindest kurzfristig aus ihren Lagerbeständen überbrücken könne;

dass im Kartellrecht unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen auf dem zivilrechtlichen- und dem verwaltungsrechtlichen Weg verfolgt werden können und wegen der Parallelität dieser Verfahrenswege der öffentlich-rechtliche Weg primär darauf ausgerichtet ist, einen funktionierenden Wettbewerb sicherzustellen, woraus folgt, dass vorsorgliche Massnahmen vorab dann anzuordnen sind, wenn dies dem Schutz des wirksamen Wettbewerbs dient (vgl. BGE 130 II 149, E. 2.4), dass die Beschwerdeführerin aber auf diesem Weg keine unbeschränkte Lieferpflicht der Beschwerdegegnerin durchsetzen kann;

dass die Beschwerdeführerin sich im Wesentlichen auf Ausführungen zur marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdegegnerin und deren weiterer Stärkung im Wettbewerb beschränkt, mit dem Hinweis auf ihre Produktionsausfälle und voraussichtlichen Gewinneinbußen aber nicht darzulegen vermag, dass durch die von der Vorinstanz im vorsorglichen Verfahren genehmigten Liefermengen die Gefahr gravierender und irreversibler Strukturveränderungen ausginge;

dass die Beschwerdeführerin in ihren Ausführungen nicht glaubhaft macht, durch die vorsorglichen Massnahmen sei der wirksame Wettbewerb bedroht, sondern vielmehr ihre Ansichten und Einschätzungen zu materiellen kartellrechtlichen Fragen vorbringt, die durch die Vorinstanz in der Untersuchung zu prüfen, nicht aber im Beschwerdeverfahren gegen die vorsorglichen Massnahmen zu hören sind, da sie die Untersuchung und deren abschliessende Verfügung präjudizieren können (vgl. RPW 2004/3 859, E. 4.6 f., m.w.H.);

dass die von der Vorinstanz genehmigte Vereinbarung demgegenüber den Abnehmerinnen von ETA und Nivarox, zu welchen die Beschwerdeführerin gehört, während der Untersuchung eine im Voraus bestimmbare Liefermenge sicherstellt (nämlich eine unveränderte Anzahl mechanischer Uhrwerke und Assortiments für das Jahr 2011 auf der Basis der Bestellmengen 2010, eine auf 85 % reduzierte Anzahl mechanischer Uhrwerke [beim Einbau in eigene Uhren] bzw. eine auf 70 % reduzierte Anzahl mechanischer Uhrwerke [für Kunden, die eine eigene Werkproduktion haben und keine eigenen Fertighuhren anbieten], und eine auf 95 % der Bestellmengen 2010 reduzierte Anzahl Assortiments für das Jahr 2012) und damit als geeignete und erforderliche Massnahme zum Schutz des Wettbewerbs während der Untersuchung anzusehen ist;

dass diese vorsorgliche Massnahme bis zum Abschluss der wettbewerbsrechtlichen Untersuchung oder maximal bis zum 31. Dezember 2012 gilt und damit auch zeitlich nicht als unangemessen erscheint und zudem jederzeit bei veränderten Verhältnissen von der Vorinstanz abgeändert werden kann;

dass die Beschwerdeführerin im Verfahren betreffend die vorsorglichen Massnahmen nicht mehr verlangen kann, als die angefochtene Verfügung regelt, und ihre weitergehenden Anträge damit abzuweisen sind;

dass bei diesem Verfahrensausgang die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG);

dass die Verfahrenskosten gestützt auf Art. 63 Abs. 4 bis VwVG und Art. 2 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2) sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien richten und deshalb bei der Bemessung der Gerichtsgebühr die Zwischenverfügung vom 6. September 2011 als aufwanderhöhend und die Vielzahl der Beschwerden gegen die gleiche angefochtene Verfügung als aufwandsvermindernd zu berücksichtigen sind;

dass die Beschwerdegegnerin mit ihrem Hauptantrag, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, unterliegt und mit ihrem Eventualantrag, die Beschwerde sei abzuweisen, obsiegt und ihr bei diesem Verfahrensausgang gestützt auf Art. 64 VwVG und Art. 7 VGKE eine Parteientschädigung zu Lasten der Beschwerdeführerin zuzusprechen ist;

dass bei der Festsetzung der Parteientschädigung zu berücksichtigen ist, dass sich einerseits der Vertretungsaufwand der Beschwerdegegnerin durch die Mehrzahl der Beschwerdeantworten reduziert hat und andererseits der Aufwand für die Ausführungen in der Sache zur Untersuchung der WEKO im vorliegenden Beschwerdeverfahren über die vorsorglichen Massnahmen nicht erforderlich war.

#### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 2'500.- festgelegt und mit dem Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

3.

Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung vom Fr. 3'000.- (inkl. Mehrwertsteuer) auszurichten.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde);
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde);

- 
- die Vorinstanz (Ref.-Nr. 32-0224; Gerichtsurkunde); [Rechtsmittelbelehrung]
  - das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (Gerichtskurkunde).
-

**Abkürzungsverzeichnis**

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

<b>A</b>			
AF	Arrêté fédéral	GebrV	and Trade Verordnung über Gebrauchsgegenstände
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	GRUR	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
DPC	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 100  
Abrede 2 ff., 13 ff., 74 ff., 85 ff., 93, 100 ff., 127 ff., 138 ff.,  
146 f., 151 f.  
Acquiring -  
Anhörung 2, 4, 77 f., 93, 162  
Apotheker/innen -  
Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken -  
Befristung des Entscheids -  
Breitbanddienste -  
Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -  
Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 6  
Effizienzprüfung -  
Einstellung einer Untersuchung -  
einvernehmliche Regelung 4 f., 12  
Erheblichkeit 103, 105  
Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -  
Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarznei-  
mitteln 7
- I**
- Indizienbeweis -  
Interchange Fee 6, 25, 43, 61  
Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 94 f., 117, 120, 141  
Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 95, 114,  
127, 138, 144, 147 f.  
Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -  
Krankenversicherer 7  
Kreditkarten -  
Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung -  
marktbeherrschende Stellung 6, 8, 10, 74 f., 77 ff., 87, 93 f.,  
98, 100, 112, 117, 120, 128, 136, 141, 153, 157, 158  
Marktgegenseite 18, 77 f., 94 ff., 103 ff., 110, 118, 128 ff., 141  
f., 153 ff.  
Marktorganisation -  
Marktstruktur 81, 94, 100, 150  
Marktzutrittsschranken 98  
Meldepflicht 116 f., 124, 128, 140 f., 152 f.  
Missbrauch 5, 8 f., 15, 74 f., 94, 98, 160, 162
- N**
- Netzwerk 18 f, 125, 142, 146 f., 149 f., 153 ff.  
Netzwerkkosten -  
Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -  
potenzieller Wettbewerb 98, 136  
Preisabrede 3  
Preisbindung zweiter Hand 4, 16
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 9  
Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 2 ff, 8, 12, 14, 18 f., 93, 133, 158, 162  
Senkung Herstellkosten -  
Submission 2 ff, 59, 65, 68 f.  
Submissionskartell -
- T**
- Tarife -  
Tarifvertrag -  
Tierärzte/innen 7  
Transparenzmassnahmen -

---

<b>U</b>	vorbehaltene Vorschriften 93, 115, 127, 139, 150
Umstossung der Vermutung -	vorgezogene Recyclinggebühren -
Untersuchung 2 ff., 74 ff., 82, 85, 87 ff, 92 ff., 101, 103, 105, 112, 116, 132, 135, 151, 155 f., 158 ff., 162 ff.	
unzulässige Wettbewerbsabrede 3, 8, 74 f., 77 ff., 87, 100, 112	<b>W</b> Wettbewerb um den Markt -
<b>V</b>	<b>X</b>
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -	<b>Y</b>
Veröffentlichung 168	<b>Z</b>
Verschulden -	Zahlungsmittel -
Vierparteiensysteme -	zweiseitige Märkte -

---